



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2022, Vol. 1, Part 2**

**2022, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2022] 1 F.C.R., {<sup>185-411</sup><sub>D-9-D-15</sub>

Renvoi [2022] 1 R.C.F., {<sup>185-411</sup><sub>F-9-F-17</sub>

---

## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, C.M., Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

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

© His Majesty the King in Right of Canada, 2023.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

### ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

CASSANDRA JOHNSON

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2023.

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

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

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	185–411
Digests .....	D-9–D-15

### **Canada v. Deans Knight Income Corporation (F.C.A.) .....** 185

Income Tax — Tax Avoidance — General anti-avoidance rule — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's reassessments for years 2009 to 2012 — Appeal concerning application of general anti-avoidance rule (GAAR) to tax loss monetization arrangement — Respondent becoming wholly owned subsidiary of New Forbes through share exchange — Matco Capital Ltd. (Matco) providing framework for tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement) — Arrangements to be undertaken in way that avoided Matco acquiring control of respondent — Investment Agreement including takeover of respondent in initial public offering (IPO) — Funds raised in IPO to be used by respondent to commence new business that would earn profits, use tax attributes — Prior to closing of IPO, Matco converting convertible debenture acquired from respondent into voting, non-voting shares of respondent so that New Forbes no longer owned shares thereof — Respondent deducting tax attributes to reduce its tax liability — Tax Court considering whether acquisition of control by Matco arising pursuant to *Income Tax Act*, s. 256(8); whether GAAR applied — Determining that Matco did not obtain right to purchase majority of voting shares of respondent such that losses extinguished — Concluding that underlying rationale of Act, ss. 111(5), 256(8) not defeated, accordingly relevant transactions not abusive — Also concluding Matco not having effective control over respondent — Here, Crown arguing that transactions circumvented underlying rationale of Act, ss. 111(1)(a), (5), 256(8) — Further arguing that transactions undertaken resulting in abusive tax avoidance — Whether arrangement with Matco constituting abusive tax avoidance — Questions to be determined under Act, s. 245: whether there was tax benefit;

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	185–411
Fiches analytiques .....	F-9–F-17

### **Canada c. Deans Knight Income Corporation (C.A.F.) .....** 185

Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Règle générale anti-évitement — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012 — L'appel avait trait à l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale — L'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes après un échange d'actions — Matco Capital Ltd. (Matco) a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (convention d'investissement) — Ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée — La convention d'investissement prévoyait l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE) — Les fonds obtenus dans le cadre du PAPE seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux — Avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture convertible acquise de l'intimée en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l'intimée de sorte que New Forbes ne possède plus aucune action de l'intimée — L'intimée a déduit des attributs fiscaux afin de réduire la dette fiscale — La Cour de l'impôt s'est demandé s'il y avait eu acquisition du contrôle par Matco aux termes de l'art. 256(8) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et si la RGAÉ s'appliquait — Elle a conclu que Matco n'avait pas obtenu un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l'intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées — Elle a conclu que les objectifs des art. 111(5) et 256(8) n'avaient pas été contrecarrés et, par conséquent, que les opérations pertinentes n'avaient pas un caractère abusif — Elle a conclu en outre que Matco n'avait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

whether transaction avoidance transaction; whether avoidance transaction abusive — Tax Court's findings with respect to first two questions not in dispute — Third question in GAAR analysis involving determination of object, spirit, purpose of provisions of Act relied upon, whether transactions frustrating purpose — Sufficient herein to focus on s. 111(5) for abuse analysis — Tax Court's statement of underlying rationale of s. 111(5) lacking clarity — Object, spirit, purpose of s. 111(5) to restrict use of specified losses, including non-capital losses, if person or group of persons acquiring actual control over corporation's actions, whether by way of *de jure* control or otherwise — Fact Parliament enacting specific anti-avoidance rules that apply to corporations having unused non-capital losses not reflecting policy that GAAR has no application to them — In GAAR analysis, courts must apply unified textual, contextual, purposive approach to determination of object, spirit, purpose of relevant provisions — Clear statements of government intent, case law acknowledging that Act generally aims to prevent loss trading shedding light on underlying rationale of s. 111(5) — Nothing inconsistent with conclusion that object, spirit, purpose of s. 111(5) taking into account different forms of control — S. 256.1(3) not replacing s. 111(5), not evidencing legislative intent that transactions at issue acceptable if Matco's equity interest within limit set out in s. 256.1 — Tax Court's conclusion that Matco had no effective control of respondent, that respondent freely participated in transactions inconsistent with terms of Investment Agreement — Investment Agreement resulting in New Forbes, respondent handing over actual control of respondent to Matco — Transactions clearly abusive — In conclusion, statutory conditions for application of GAAR met — Transactions relating to Investment Agreement were avoidance transactions — Avoidance transactions circumvented s. 111(5) — Tax benefit denied — Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

pas concrètement le contrôle effectif de l'intimée — Dans la présente instance, la Couronne a fait valoir que les transactions ont contourné la raison d'être des art. 111(1)a, 111(5) et 256(8) de la Loi — Elle a fait valoir en outre qu'un évitement fiscal abusif a découlé des opérations effectuées — Il s'agissait de savoir si l'arrangement avec Matco constituait un évitement fiscal abusif — L'art. 245 de la Loi exige que l'on détermine s'il y a eu avantage fiscal; si l'opération était une opération d'évitement; et si l'opération d'évitement était abusive — Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions à trancher n'étaient pas contestées — Pour la troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, il faut déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contrecarrent cet objectif — Il suffisait dans la présente affaire de se concentrer sur l'art. 111(5) pour l'analyse relative à la question de l'abus — L'énoncé de la Cour de l'impôt concernant la raison d'être de l'art. 111(5) manquait de clarté — L'objet et l'esprit de l'art. 111(5) sont de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle *de jure* ou autrement — Le fait que le législateur a adopté des règles anti-évitement particulières qui s'appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital n'est pas le reflet d'une politique selon laquelle la RGAÉ n'est pas applicable à ces pertes — Dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes — Des énoncés clairs de l'intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes éclairent la raison d'être de l'art. 111(5) — Il n'y a rien d'incohérent dans la conclusion selon laquelle l'objet ou l'esprit de l'art. 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle — L'art. 256.1(3) ne remplace pas l'art. 111(5) et il ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige aient été acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'art. 256.1 — La conclusion de la Cour de l'impôt que Matco n'avait pas un contrôle effectif de l'intimée et que l'intimée a participé de son plein gré aux opérations était contraire aux modalités de la convention d'investissement — La convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco — Les opérations avaient manifestement un caractère abusif — En conclusion, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites — Les opérations liées à la convention d'investissement étaient des opérations d'évitement — Les opérations d'évitement ont contourné l'art. 111(5) — L'avantage fiscal a été refusé — Appel accueilli.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Tax Reviews Inc. (F.C.) ..... 232

Competition — Motion to set aside, vary order issued *ex parte* under *Competition Act*, s. 11 for information from respondent, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), relating to specific matters under inquiry — Motion brought by respondent under *Federal Courts Rules*, r. 399(1)(a) — Applicant (Commissioner of Competition) appointed under Act, s. 7; is responsible for enforcement, administration of Act — CTR described as tax recovery specialist firm that advocates on behalf of its clients to Canada Revenue Agency — Commissioner filed application pursuant to Act, ss. 11(1)(b),(c) for order requiring CTR to produce records, provide written returns of information — In that application, Commissioner explained that inquiry had been commenced under Act, s. 10 concerning certain of CTR’s marketing practices — Commissioner had reason to believe that grounds existed for making of order under Part VII.1 of Act, specifically ss. 74.01(1)(a), 74.011(1) — CTR informed that Commissioner would be seeking order under Act, s. 11, was invited to participate in “pre-issuance dialogue” — Hearing of Commissioner’s application taking place — Court then issuing disputed order — Whether disputed order should be varied — In *ex parte* applications under Act, s. 11, Commissioner subject to heavy burden to make full, frank disclosure of all relevant facts, circumstances surrounding application — Commissioner must ensure that Court not misled as to potential relevance of information for inquiry in question — Commissioner not failing to meet elevated duty of full, frank disclosure applying in *ex parte* proceedings under Act, s. 11 — Alleged shortcomings, defects in Commissioner’s disclosure having to be such that they may have led Court to refuse to grant order in question or certain of specifications therein — None of defects that CTR identified rising to that level — Court had very good appreciation of CTR’s position from materials submitted — Contrary to CTR’s position, Court not misled by any aspect of Commissioner’s disclosure — CTR objected to several specifications in disputed order that required specific information, maintained that information at issue not relevant to issues in this matter — Such specifications were relevant to Commissioner’s inquiry into whether CTR made false or misleading representations, as contemplated by Act, ss. 74.01(1)(a), 74.011(1) — Would not impose excessive, disproportionate or unnecessary burden on CTR — Regarding scope of information sought, while change made to specification in disputed order to limit specific records sought, remaining provisions not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome — Commissioner not failing to meet elevated duty of full and frank disclosure — Commissioner under no legal obligation to discuss with CTR relevance of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### Canada (Commissaire de la concurrence) c. Canada Tax Reviews Inc. (C.F.) ..... 232

Concurrence — Requête visant à faire annuler et modifier une ordonnance *ex parte* rendue en vertu de l’art. 11 de la *Loi sur la concurrence* pour obtenir des renseignements de la défenderesse, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), concernant des questions particulières faisant l’objet d’une enquête — Requête présentée par la défenderesse sur le fondement de l’alinéa 399(1)a des *Règles des Cours fédérales* — Le demandeur (commissaire de la concurrence) est nommé en vertu de l’art. 7 de la Loi et il est chargé d’assurer et de contrôler l’application de la Loi — La société CTR se décrit comme étant une société spécialisée dans le recouvrement fiscal qui défend les intérêts de ses clients auprès de l’Agence du revenu du Canada — Le commissaire a déposé une demande fondée sur les art. 11(1)b) et c) de la Loi afin d’obtenir une ordonnance enjoignant à la société CTR de produire des documents et de fournir des renseignements sous forme de déclarations écrites — Dans sa demande, le commissaire a expliqué qu’une enquête avait été entreprise selon l’art. 10 de la Loi, concernant certaines des pratiques commerciales de la société CTR — Le commissaire avait des raisons de croire qu’il existait des motifs justifiant de rendre une ordonnance en vertu de la partie VII.1 de la Loi, et plus précisément des art. 74.01(1)a) et 74.011(1) — La société CTR a été informée que le commissaire solliciterait une ordonnance en vertu de l’art. 11 et a été invitée à participer à un « dialogue préalable à la demande » — La demande d’ordonnance du commissaire a été instruite — La Cour a ensuite rendu l’ordonnance contestée — Il s’agissait de savoir si l’ordonnance contestée devrait être modifiée — Dans les demandes *ex parte* présentées en vertu de l’art. 11 de la Loi, le commissaire a l’obligation rigoureuse de faire une divulgation complète et franche de tous les faits pertinents entourant la demande — Le commissaire doit veiller à ne pas induire la Cour en erreur quant à la pertinence que les renseignements pourraient avoir pour l’enquête en question — Le commissaire n’a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche qui s’applique aux procédures *ex parte* relevant de l’art. 11 de la Loi — Les manquements et lacunes allégués dans la divulgation du commissaire doivent être tels qu’ils auraient pu conduire la Cour à refuser de rendre l’ordonnance en question ou certaines de ses dispositions — Aucune des lacunes relevées par la société CTR ne répondait à ces exigences — La Cour a très bien compris le point de vue de la société CTR à partir des documents soumis — Contrairement à l’argument de la société CTR, aucun des aspects de la divulgation du commissaire n’a induit la Cour en erreur — La société CTR s’est opposée à plusieurs dispositions de l’ordonnance contestée qui l’enjoignent à fournir certains renseignements en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

one or more aspects of draft order during process of pre-application dialogue — Motion dismissed with some limited exceptions.

Practice — Judgments and Orders — Respondent, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), seeking to set aside, vary portions of order issued *ex parte* under *Competition Act*, s. 11 — Motion brought by CTR under *Federal Courts Rules*, r. 399(1)(a) — Applicant (Commissioner) had previously filed application pursuant to Act, ss. 11(1)(b),(c) for order requiring CTR to produce records, provide written returns of information — Inquiry commenced concerning certain of CTR's marketing practices — Court issuing disputed order following hearing of Commissioner's application — Whether disputed order should be varied — General test for having order set aside or varied on motion under Rules, r. 399(1)(a) is whether CTR disclosing *prima facie* case why order should not have been made — Even where respondent demonstrating specific conclusions to justify motion, Court affording Commissioner opportunity to be heard, retaining discretion to dismiss respondent's motion — After having considered any additional information provided by Commissioner, Court may remain satisfied that information described in Order still relevant, is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome — In such circumstances, Court may exercise its discretion to deny relief respondent seeking.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

particulier et a maintenu que ces renseignements n'étaient pas pertinents pour les questions qui se posaient dans l'affaire — Ces dispositions étaient pertinentes pour l'enquête du commissaire visant à déterminer si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses, suivant les art. 74.01(1)a) et 74.011(1) de la Loi — Elles n'imposeraient pas un fardeau excessif, disproportionné ou inutile à la société CTR — En ce qui concerne la portée des renseignements sollicités, bien qu'une modification ait été apportée à l'ordonnance contestée pour limiter les documents spécifiques sollicités, les autres dispositions n'étaient ni excessives, ni disproportionnées, ni inutilement onéreuses — Le commissaire n'a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche — Le commissaire n'avait aucune obligation légale de discuter avec la société CTR de la pertinence d'un ou de plusieurs éléments d'un projet d'ordonnance au cours du processus de dialogue préalable à la demande — Requête rejetée, sous réserve de quelques exceptions.

Pratique — Jugements et ordonnances — La défendresse, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), a demandé l'annulation et la modification d'une ordonnance *ex parte* rendue en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur la concurrence* — La requête a été présentée par la société CTR sur le fondement de l'alinéa 399(1)a) des *Règles des Cours fédérales* — Le demandeur (le commissaire) avait précédemment déposé une demande fondée sur les art. 11(1)b) et c) de la Loi afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à la société CTR de produire des documents et de fournir des renseignements sous forme de déclarations écrites — Une enquête a été entreprise concernant certaines des pratiques commerciales de la société CTR — Après audition de la demande du commissaire, la Cour a rendu l'ordonnance contestée — Il s'agissait de savoir si l'ordonnance contestée devrait être modifiée — Le critère général pour obtenir l'annulation ou la modification d'une ordonnance dans le cadre d'une requête fondée sur l'alinéa 399(1)a) consiste à se demander si la société CTR a présenté une preuve *prima facie* indiquant les raisons pour lesquelles l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue — Même lorsque le défendeur fait la preuve de certaines conclusions justifiant la requête, la Cour donne au commissaire l'occasion d'être entendu et conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la requête du défendeur — Une fois qu'elle a examiné les renseignements supplémentaires fournis par le commissaire, la Cour peut demeurer convaincue que les renseignements visés par l'ordonnance sont tout de même pertinents et que leur portée n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse — Dans de telles circonstances, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder au défendeur les mesures sollicitées.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **TVA Group Inc. v. Bell Canada (F.C.A.) . . . . . 283**

Broadcasting — Appeal from two decisions, mandatory order issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) — Impugned decisions following first game of National Hockey League playoffs, evening of April 10, 2019, when appellants withdrew TVA Sports channel signal from respondents' subscribers — Following day, respondents applied for temporary injunction; day after that, Quebec Superior Court ordered appellants to restore signal; appellants complied — CRTC concurrently intervened in dispute between appellants, respondents, rendering impugned decisions — CRTC first determined appellants, respondents engaged in dispute; later, decided standstill rule in *Discretionary Services Regulations*, s. 15(1), applying here — Then, CRTC determined appellants contravened *Discretionary Services Regulations*, s. 15 by withholding TVA Sports channel signal from distribution by respondents — In order attached to decision, issued under *Broadcasting Act* (Act), s. 12(2), CRTC required appellants to continue to offer programming service to respondents until dispute resolved — Impugned decisions made by CRTC while appellants, respondents in negotiating process aimed at renewing affiliation agreement binding on parties in respect of specialty services — On appeal, appellants alleging impugned decisions invalid because regulatory provisions under which they were made considered *ultra vires* powers conferred on CRTC under Act — Respondents, like appellants, asking Court to conclude impugned regulatory provisions *ultra vires* powers conferred by Act but to confirm CRTC's decisions — Main issue whether impugned regulatory provisions exceeding powers conferred on CRTC by Act; whether in conflict with *Copyright Act*, ss. 3(1)(f), 13(4) — Parliament entrusted CRTC with regulating, monitoring Canadian broadcasting system (Act, ss. 3, 5); to do so, Act giving CRTC broad powers — Broad powers include enacting regulations set out in Act, s. 10, i.e. impugned regulatory provisions herein — Impugned regulatory provisions establishing dispute settlement mechanism, requiring programming and distribution undertakings to continue providing respective services until agreement reached or CRTC renders decision — Pending resolution of conflict, standstill rule at heart of case aimed at ensuring existing services maintained by undertakings — Analysis of whether CRTC has power to adopt impugned regulatory provisions done particularly in light of Act, s. 10 — Act, s. 10(1)(h), clearly stating Parliament granted CRTC power to make regulations in order to intervene in disputes arising between programming undertakings, distribution undertakings concerning carriage of programming — At first sight, wording of Act, s. 10(1)(h) granting CRTC jurisdiction to adopt impugned regulatory provisions, standstill rule — Parliament, through

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Groupe TVA Inc. c. Bell Canada (C.A.F.) . . . . . 283**

Radiodiffusion — Appel interjeté à l'encontre de deux décisions et d'une ordonnance rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) — Les décisions contestées s'inscrivaient dans la foulée du premier match des séries éliminatoires de la Ligue nationale de hockey, le soir du 10 avril 2019, alors que les appelantes ont retiré le signal de la chaîne TVA Sports aux abonnés des intimées (Bell) — Le lendemain les intimées ont déposé une injonction provisoire et le surlendemain la Cour supérieure du Québec a ordonné aux appelantes de rétablir le signal et celles-ci se sont conformées à l'ordonnance de la Cour supérieure — En parallèle, le CRTC est intervenu dans le litige opposant les appelantes et intimées en rendant les décisions contestées — Le CRTC a déterminé d'abord que les appelantes et intimées étaient engagées dans un différend; plus tard, il a décidé que la règle du statu quo prévue à l'art. 15(1) du *Règlement sur les services facultatifs* s'appliquait en l'espèce — Par après, le CRTC a déterminé que les appelantes ont contrevenu à l'art. 15 du *Règlement sur les services facultatifs* en retenant leur signal de la chaîne TVA Sports pour distribution par les intimées — Dans son ordonnance jointe à cette décision et rendue aux termes de l'art. 12(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* (la Loi), le CRTC a exigé que les appelantes continuent d'offrir leur service de programmation aux intimées jusqu'à ce que le différend soit réglé — Les décisions contestées ont été rendues par le CRTC alors que les appelantes et intimées étaient dans un processus de négociations qui visaient à renouveler une entente d'affiliation qui liait les parties relativement à des services spécialisés — Dans le cadre du présent appel, les appelantes ont allégué que les décisions contestées étaient invalides au motif que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elles ont été rendues étaient *ultra vires* des pouvoirs qui ont été conférés au CRTC en vertu de la Loi — Quant aux intimées, ils demandaient, à l'instar des appelantes, de conclure que les dispositions réglementaires contestées étaient *ultra vires* des pouvoirs conférés par la Loi mais de confirmer les décisions de la CRTC — Il s'agissait principalement de savoir si les dispositions réglementaires contestées outrepassaient les pouvoirs conférés au CRTC par la Loi et si elles entraient en conflit avec les art. 3(1)f) et 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* — Le législateur fédéral a confié au CRTC la mission de réglementer et de surveiller le système canadien de radiodiffusion (art. 3 et 5 de la Loi) et, pour ce faire, la Loi confie à la CRTC de vastes pouvoirs — Parmi ces vastes pouvoirs, on relève celui d'adopter des règlements énoncés à l'art. 10 de la Loi, en l'occurrence, les dispositions réglementaires contestées en l'espèce — Lesdites dispositions réglementaires contestées édictent un mécanisme de règlement des différends et exigent

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Act, s. 10(1)(h), intended to give CRTC power to intervene through regulations in specific aspect of economic relationships between programming undertakings and distribution undertakings — Follows that impugned regulatory provisions are *intra vires* CRTC's powers, fall within regulatory power given to CRTC by Parliament in Act s. 10(1)(h) — Regarding impact of standstill rule on parties' contractual relationship, evidence in record demonstrating appellants not actually terminating agreement in question with respondents — Purpose of standstill rule to prevent programming undertaking bound by affiliation agreement from withholding signal in context of negotiations in which such dispute arises, or from simply abandoning service — Rule allowing CRTC in particular to maintain affiliation agreement in question as it existed before dispute — Regarding whether impugned provisions conflicted with *Copyright Act*, ss. 3(1)(f), 13(4), CRTC not actually hearing argument relating to *Copyright Act*, which explained why CRTC did not render decision on that issue — Yet, respondents, appellants requesting that issue be addressed now despite CRTC's silence thereon in decision — Passing reference to copyright in appellants' submissions to CRTC not sufficient to warrant review, analysis of issue — Appeal dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

des entreprises de programmation et de distribution de continuer à fournir leurs services respectifs jusqu'à ce qu'elles parviennent à un accord ou, le cas échéant, que le CRTC rende une décision — Ainsi, dans l'attente d'une résolution du conflit, cette règle, dite du statu quo, et qui était au cœur du présent litige, vise à assurer le maintien des services existants par les entreprises — L'analyse consistant à savoir si le CRTC détient le pouvoir d'adopter les dispositions réglementaires contestées devait se faire plus particulièrement à la lumière de l'art. 10 de la Loi — À sa face même, l'art. 10(1)(h) de la Loi indique clairement que le législateur a octroyé au CRTC le pouvoir d'établir des règlements afin d'intervenir dans un différend concernant la fourniture de programmation entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution — A priori donc, le libellé de l'art. 10(1)(h) de la Loi confère au CRTC la compétence pour adopter les dispositions réglementaires contestées, et à plus forte raison, la règle du statu quo — Le législateur, aux termes de l'art. 10(1)(h) de la Loi, a voulu donner au CRTC le pouvoir d'intervenir par voie réglementaire dans un aspect précis des rapports économiques entre les entreprises de programmation et les entreprises de distribution — Il s'ensuivait que les dispositions réglementaires contestées sont *intra vires* des pouvoirs du CRTC et s'inscrivent dans le pouvoir de réglementation dévolu à ce dernier par le législateur à l'art. 10(1)(h) de la Loi — En ce qui concerne l'impact de la règle du statu quo sur la relation contractuelle des parties, la preuve au dossier a démontré que dans les faits, les appelantes n'avaient pas mis fin à l'entente en question avec les intimées — La règle du statu quo a pour objet d'empêcher qu'une entreprise de programmation liée à une entente d'affiliation retire son signal dans un contexte de négociations dans lequel survient un différend, ou qu'elle abandonne tout simplement le service — Cette règle permet au CRTC en particulier de maintenir le statu quo de l'entente d'affiliation en question tel qu'elle existait avant le différend — En ce qui concerne la question à savoir si les dispositions contestées entraînent en conflit avec les art. 3(1)(f) et 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, le CRTC n'a pas été véritablement saisi de l'argumentaire relatif à la *Loi sur le droit d'auteur*, ce qui expliquait pourquoi il ne s'est pas prononcé à cet égard — Pourtant, les intimées et appelantes demandaient qu'on se penche maintenant sur cette question malgré le silence du CRTC dans sa décision — Or, la référence en question limitée au droit d'auteur contenue dans les prétentions des appelantes devant le CRTC ne justifiait pas à elle seule que cette question soit abordée et analysée — Appel rejeté.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Makivik Corporation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) ..... 311**

Aboriginal Peoples — Lands — Nunavik Inuit Land Claims Agreement — Wildlife management — Appeal from decision of Federal Court dismissing application for judicial review of decision of Minister of Environment and Climate Change (Minister) to vary annual total allowable take (TAT) of polar bears in Southern Hudson Bay, set by Nunavik Marine Region Wildlife Board (NMRWB) — *Nunavik Inuit Land Claims Agreement* (NILCA), Article 5 establishing co-management regime for wildlife — Minister reduced TAT, established certain non-quota limitations (NQLs) on harvesting — Appellant Makivik Corporation questioning Minister’s jurisdiction, reasonableness or correctness of her decision — Federal Court declining to grant declaratory relief — Applicants submitting Federal Court made errors of principle, of law, of mixed fact and law in deciding issues raised by its application, in declining to grant declaratory relief — Respondent’s cross-appeal related to granting by Federal Court of motion by Makivik to strike out portion of affidavit — Minister explaining decision taking into account fact differences existing between available scientific information, Inuit traditional knowledge — Whether Minister gave full regard to integration of Nunavik Inuit knowledge when making decision; whether Minister’s approach to Board’s traditional knowledge study was in accordance with NILCA, honour of Crown; whether NILCA authorizes Minister’s reliance on “cautious management approach” as justification for limiting Nunavik Inuit harvesting; whether NILCA authorizes Minister to consider politics of international trade, issues related to *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna* (CITES); whether decision to vary non-quota limitations established by NMRWB unlawful; whether declaratory relief should be granted — No basis to interfere with Federal Court finding that Minister took into account Inuit traditional knowledge in coming to decision — Processes followed by NMRWB, Minister not dissimilar — Minister having to give NMRWB reasons in writing for rejecting initial decision of NMRWB — Failure of Minister to do so herein constituting less-than-purposive interpretation, implementation of NILCA’s requirements to give reasons, breach of honour of Crown — Failure to communicate Environment and Climate Change’s concerns could also be characterized as breach of procedural fairness — Minister cautious in fixing TAT — Open for Minister to do so, to conclude that TAT necessary to effect conservation purpose — Both NMRWB, Minister entitled under NILCA to come to judgment on that question — NILCA not barring NMRWB or Minister from taking into account CITES — Open to Minister to consider CITES under certain conditions — Failure to communicate in reasons any

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Makivik Corporation c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) ..... 311**

Peuples autochtones — Terres — Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik — Gestion des ressources fauniques — Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l’Environnement et du Changement climatique (ministre) visant à modifier la prise totale autorisée (PTA) annuellement d’ours blancs pour le sud de la baie d’Hudson, établie par le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (CGRFRMN) — Le chapitre 5 de l’*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* (ARTIN) prévoit un régime de cogestion des ressources fauniques — La ministre a réduit la PTA et a établi certaines limites non quantitatives pour la récolte — L’appelante, la Société Makivik, a remis en cause la compétence de la ministre ainsi que le caractère raisonnable ou correct de sa décision — La Cour fédérale a refusé de rendre un jugement déclaratoire — Les demandeurs ont soutenu que la Cour fédérale a commis des erreurs de principe, des erreurs de droit et des erreurs mixtes de fait et de droit, en tranchant les questions soulevées dans leur demande, et en refusant de rendre un jugement déclaratoire — L’appel incident de l’intimé concernait la décision de la Cour fédérale d’accueillir une requête de Makivik en radiation d’une partie d’un affidavit — La ministre a expliqué que sa décision a tenu compte de l’existence de différences entre l’information scientifique disponible et le savoir traditionnel inuit — Il s’agissait de savoir si la ministre a tenu pleinement compte de l’intégration des connaissances des Inuits du Nunavik afin d’en arriver à sa décision; si la démarche adoptée par la ministre à l’égard de l’étude du savoir traditionnel des Conseils était conforme à l’ARTIN et au principe de l’honneur de la Couronne; si l’ARTIN autorise la ministre à se fonder sur une « approche de gestion prudente » comme justification pour restreindre la récolte des Inuits du Nunavik; si l’ARTIN autorise la ministre à tenir compte des politiques du commerce international ou des questions liées à la CITES (*Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d’extinction*); si la décision de modifier les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN était illégale, et si un jugement déclaratoire devrait être rendu — Il n’y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale portant que la ministre a tenu compte du savoir traditionnel inuit disponible en parvenant à sa décision — Les processus suivis par le CGRFRMN et la ministre étaient assez semblables — Le ministre doit fournir des motifs écrits au CGRFRMN justifiant le rejet d’une décision initiale prise par le CGRFRMN — L’omission de la ministre de faire de même en l’espèce constituait une interprétation et une mise

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

concerns about non-quota limitations established by NMRWB in its initial decision breach of honour of Crown — Good reasons in this case to grant declaratory relief, despite Supreme Court directive in *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon* to exercise judicial forbearance, restraint — Circumstances changed since Federal Court making its remedial decision — Here, Minister's conduct in relation to non-quota limitations, Inuit traditional knowledge failing to uphold honour of Crown — Prerequisites for granting declaratory relief met in this case — Crown failing to interpret, implement process to determine TAT, non-quota limitations for Southern Hudson Bay subpopulation of polar bears in accordance with honour of Crown — Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court dismissing application for judicial review of decision of Minister of Environment and Climate Change (Minister) to vary annual total allowable take (TAT) of polar bears in Southern Hudson Bay, set by Nunavik Marine Region Wildlife Board (NMRWB) — *Nunavik Inuit Land Claims Agreement* (NILCA) establishing co-management regime for wildlife — Minister reduced TAT, established certain non-quota limitations on harvesting — Federal Court dealt with standard of review applicable to Minister's decision before Supreme Court recast law of judicial review in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* — Federal Court concluded that whether Minister adhered to decision-making process set out in NILCA should be reviewed on correctness standard, but that Minister's decision as whole should be reviewed on standard of reasonableness

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en œuvre des exigences prévues par l'ARTIN moins fondées sur l'objet visé, qui est de fournir une décision motivée, et constituait un manquement au principe de l'honneur de la Couronne — L'omission de transmettre les préoccupations d'Environnement et Changement climatique pourrait également être qualifiée de manquement à l'équité procédurale — La ministre a fait preuve de prudence en fixant la PTA — Il lui était loisible d'agir ainsi et de conclure que la PTA était nécessaire pour mettre en œuvre un objectif de conservation — Le CGRFRMN et la ministre avaient tous deux le droit, en vertu de l'ARTIN, d'avoir un avis à ce sujet — L'ARTIN n'empêche pas le CGRFRMN et le ministre de tenir compte de la CITES — Il était loisible à la ministre d'en tenir compte à certaines conditions — L'omission de communiquer dans les motifs les préoccupations concernant les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN dans sa décision initiale équivalait à un manquement au principe de l'honneur de la Couronne — Il y avait en l'espèce des motifs valables de rendre un jugement déclaratoire, malgré la directive donnée par la Cour suprême dans l'arrêt *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon* quant à l'exercice d'une retenue judiciaire — Depuis que la Cour fédérale a rendu sa décision sur la réparation, les circonstances ont changé — Dans la présente affaire, la ministre n'a pas préservé l'honneur de la Couronne, non seulement en ce qui concerne les limites non quantitatives, mais également en ce qui a trait au savoir traditionnel inuit — Les conditions préalables à l'octroi d'un jugement déclaratoire ont été remplies en l'espèce — La Couronne n'a pas interprété et mis en œuvre le processus pour déterminer la PTA et les limites non quantitatives pour la sous-population d'ours blancs du sud de la baie d'Hudson en conformité avec l'honneur de la Couronne — Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l'Environnement et du Changement climatique (la ministre) visant à modifier la prise totale autorisée (PTA) annuellement d'ours blancs pour le sud de la baie d'Hudson, établie par le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (CGRFRMN) — *L'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* (ARTIN) établit un régime de cogestion de la faune — La ministre a réduit la PTA et a établi certaines limites non quantitatives pour la récolte — La Cour fédérale a examiné la question de la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre avant que la Cour suprême reformule le droit en matière de contrôle judiciaire dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov* — La Cour fédérale a conclu que la question de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

— Appellant Makivik Corporation submitting that Court should apply appellate standard of review set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, except on question of whether appropriate to grant declaratory relief on component of Minister’s decision found unreasonable — Further submitting that Federal Court’s decision on standard of review ignored principles of modern treaty interpretation set out by Supreme Court in *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon* — What are the principles applicable to the interpretation of modern treaties and how do they determine the approach to the review of the Minister’s decision? — Correctness standard of review applicable to Minister’s decision on matters of treaty interpretation, scope of Aboriginal, treaty rights under *Constitution Act, 1982*, s. 35, procedural fairness — First, that standard consistent with *Vavilov* — No reason not to apply *Vavilov* because it dealt only with standard of review in administrative matters — Standard of review in Aboriginal and treaty rights expressly addressed therein — Second, this was consistent with both what occurred, what was said in *Nacho Nyak Dun* — Modern treaties intended to renew relationship between Indigenous peoples, Crown to one of equal partnership — Deferring to “partner’s” view of meaning of or compliance with treaty inconsistent with nature of that relationship — Authority of Minister to vary or reject decisions of NMRWB not limited to cases in which NMRWB’s decision unreasonable or unlawful.

### **Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)** **(F.C.) ..... 383**

Customs and Excise — *Excise Tax Act* — Motion by respondent pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 51(1) appealing prothonotary’s order refusing motion to strike applicant’s judicial review application — In judicial review application, applicant seeking declaration that: (1) respondent failed to afford procedural fairness in audit of applicant, failed to provide notice of or any opportunity to respond to any proposed adjustments, contrary to published policy thereon; (2) assessments made without evidentiary foundation, contrary to findings of fact respondent making; (3) assessments made for

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

savoir si la ministre avait respecté le processus décisionnel prévu par l’ARTIN devrait être examinée selon la norme de la décision correcte, mais que la décision de la ministre dans son ensemble devrait être examinée selon la norme de la décision raisonnable — L’appelante, la Société Makivik, a soutenu que la Cour devrait appliquer la norme de contrôle en appel établie dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, sauf à l’égard de la question de savoir si un jugement déclaratoire sur la partie de la décision de la ministre jugée déraisonnable devrait être rendu — Elle a soutenu en outre que la décision de la Cour fédérale sur la norme de contrôle n’a pas tenu compte des principes d’interprétation des traités modernes, énoncés par la Cour suprême dans l’arrêt *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon* — Quels sont les principes applicables à l’interprétation des traités modernes et comment ils déterminent la démarche à l’égard de la révision de la décision de la ministre? La norme de contrôle applicable à la décision de la ministre était celle de la décision correcte à l’égard des questions d’interprétation de traités, de la portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que de l’équité procédurale — En premier lieu, cette norme était conforme à l’arrêt *Vavilov* — Il n’y avait aucune raison de ne pas appliquer l’arrêt *Vavilov* parce qu’il ne traitait que de la norme de contrôle applicable en matière administrative — Dans cet arrêt, la norme de contrôle à l’égard des droits ancestraux et issus de traités a été traitée expressément — En second lieu, cette norme était conforme tant à ce qui s’est produit qu’à ce qui a été dit dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun* — Les traités modernes visent à renouveler la relation entre les peuples autochtones et la Couronne afin qu’ils soient des partenaires égaux — S’en remettre à l’opinion d’un « partenaire » sur le sens ou le respect du traité est incompatible avec la nature de cette relation — Le pouvoir de la ministre de modifier ou de rejeter des décisions du CGRFRMN n’est pas limité aux cas où la décision de ce dernier est déraisonnable ou illicite.

### **Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)** **(C.F.) ..... 383**

Douanes et Accise — *Loi sur la taxe d’accise* — Requête présentée par le défendeur au titre du paragraphe 51(1) des *Règles des Cours fédérales* pour interjeter appel de l’ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé la requête en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse — Dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse a cherché à obtenir un jugement déclarant que : 1) le défendeur a manqué à son devoir d’équité procédurale lors de sa vérification de la demanderesse, n’a pas fourni d’avis des rajustements proposés ou n’a pas offert la possibilité de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

improper purpose of seeking to deprive Federal Court of jurisdiction in applicant's application for relief in related file — Respondent filed motion to strike applicant's application on basis that it was plain, obvious that applicant could not obtain relief it was seeking; that judicial review application was attempt to circumvent comprehensive tax regime — In his order, Prothonotary noted that allegations applicant raising in its application included claims relating to lack of procedural fairness, lack of evidentiary foundation, acting for improper purpose, all of which engaged administrative law principles — Prothonotary determined that conduct of respondent, not assessment itself, was subject matter of application; that it could not be said that applicant's application was bereft of any chance of success — In notice of motion, respondent argued that Prothonotary erred in fact, law in: failing to acknowledge that essential nature of application was attack on assessment; failing to properly consider adequate alternative remedies; failing to find that declarations applicant sought were not available remedies in administrative law — Whether Prothonotary erred in issuing order — Regarding essential nature of application, Prothonotary determined that relief sought went beyond challenge to respondent's assessments; noted that applicant alleging failure of procedural fairness, which engaged administrative law principles — Respondent taking too narrow a view of issues raised in application — Application not attack on assessment but on procedural fairness of assessment — Therefore, was within Federal Court's jurisdiction — With respect to alternative remedies, respondent's complaint that Prothonotary not properly addressing adequate alternative remedies was disagreement with result — No merit to respondent's assertion that Prothonotary failed to properly address alternate remedies — Regarding remedies in administrative law, respondent failed to acknowledge that applicant claimed that respondent engaged in abuse of process — Distinction existing between conduct of assessment, issuance of assessment — On issue of procedural fairness, clear from case law that Federal Court retaining ability to grant remedies if respondent breaching procedural fairness — Prothonotary in present case found that notice of application sought clearly identifiable administrative law remedies in declarations sought — Threshold to strike notice of application high — In this case, was not plain, obvious that application had no chance of success — Overall, Prothonotary identified, applied applicable law; respondent not establishing any error — Motion dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

produire des observations en réponse à ces rajustements, ce qui allait à l'encontre de la politique publiée à cet égard; 2) le défendeur a établi les cotisations sans fondement probatoire et de manière contraire aux conclusions de fait tirées par le défendeur à la date de ces cotisations; et 3) les cotisations ont été établies dans l'objectif illégitime de chercher à priver la Cour fédérale de sa compétence dans la demande de redressement présentée par la demanderesse dans un dossier connexe — Le défendeur a déposé une requête en radiation de la demande de la demanderesse au motif qu'il était manifeste et évident que la demanderesse ne pourrait pas obtenir le redressement qu'elle demandait et que la demande de contrôle judiciaire était une tentative de contourner le régime fiscal global — Le protonotaire a fait remarquer dans son ordonnance que les allégations soulevées par la demanderesse dans sa demande comprenaient des allégations relatives à un vice en matière d'équité procédurale, à une absence de fondement probatoire et à une action à objectif illégitime, lesquelles mettaient toutes en cause des principes de droit administratif — Le protonotaire a jugé que l'objet de la demande était la conduite du défendeur et non la cotisation elle-même, et qu'il n'était pas possible de dire que la demande de la demanderesse n'avait aucune chance d'être accueillie — Dans l'avis de requête, le défendeur a soutenu que le protonotaire avait commis une erreur de fait et de droit : en omettant de reconnaître que la demande avait pour nature essentielle la contestation de la cotisation; en omettant d'examiner, comme il le devait, la question des autres recours adéquats; en ne concluant pas que les jugements déclaratoires sollicités par la demanderesse n'étaient pas des réparations permises en droit administratif — Il s'agissait de savoir si le protonotaire a commis une erreur dans l'ordonnance qu'il a rendue — En ce qui concerne la nature essentielle de la demande, le protonotaire a déterminé que la réparation demandée allait au-delà de la contestation des cotisations établies par le défendeur; il a fait remarquer que la demanderesse alléguait l'existence d'un manquement à l'équité procédurale qui mettait en jeu des principes de droit administratif — Le défendeur avait une vision trop étroite des questions soulevées dans la demande — Il ne s'agissait pas d'une contestation de la cotisation, mais plutôt du respect de l'équité procédurale lors de l'établissement de la cotisation — Par conséquent, cela relevait de la compétence de la Cour fédérale — En ce qui concerne les autres recours, la plainte du défendeur selon laquelle le protonotaire n'a pas abordé adéquatement les autres recours appropriés constituait un désaccord avec le résultat — L'affirmation du défendeur selon laquelle le protonotaire n'a pas abordé adéquatement la question des autres recours n'était pas fondée — En ce qui concerne les recours en droit administratif, les observations du défendeur ne tenaient pas

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Motion by respondent pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 51(1) appealing prothonotary's order refusing to strike applicant's judicial review application — Respondent argued plain, obvious that applicant could not obtain relief it was seeking; that judicial review application was attempt to circumvent comprehensive tax regime — Prothonotary noted that allegations applicant raised in application included claims relating to lack of procedural fairness, lack of evidentiary foundation, acting for improper purpose, all of which engaged administrative law principles — Determined that conduct of respondent, as it related to issuance of assessment, not assessment itself, was subject matter of application; that it could not be said that application was bereft of any chance of success — Prothonotary did not err in issuing order — Clear from case law that Federal Court retaining ability to grant remedies if respondent breaching procedural fairness — Prothonotary in present case found that notice of application sought clearly identifiable administrative law remedies in declarations sought — Threshold to strike notice of application high — In this case, was not plain, obvious that application had no chance of success.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

compte du fait que la demanderesse alléguait que le défendeur avait commis un abus de procédure — Il y a une distinction à faire entre la réalisation d'une cotisation et l'établissement d'une cotisation — Sur la question de l'équité procédurale, il ressortait clairement de la jurisprudence que la Cour fédérale conserve le pouvoir d'accorder des réparations si le défendeur a contrevenu à l'équité procédurale — Dans la présente affaire, le protonotaire a conclu que l'avis de demande visait l'obtention de réparations relevant du droit administratif qui étaient clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés — Le critère pour radier une demande est très strict — Dans la présente affaire, il n'était pas évident et manifeste que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie — Dans l'ensemble, le protonotaire a cerné et appliqué les règles de droit applicables, et le défendeur n'a établi l'existence d'aucune erreur — Requête rejetée.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Requête présentée par le défendeur au titre du paragraphe 51(1) des *Règles des Cours fédérales* pour interjeter appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé de radier la demande de contrôle judiciaire déposée par la demanderesse — Le défendeur a fait valoir qu'il était manifeste et évident que la demanderesse ne pourrait pas obtenir le redressement qu'elle demandait et que la demande de contrôle judiciaire était une tentative de contourner le régime fiscal global — Le protonotaire a fait remarquer que les allégations soulevées par la demanderesse dans sa demande comprenaient des allégations relatives à un vice en matière d'équité procédurale, à une absence de fondement probatoire et à une action à objectif illégitime, lesquelles mettaient toutes en cause des principes de droit administratif — Il a jugé que l'objet de la demande était la conduite du défendeur dans l'établissement de la cotisation, et non la cotisation elle-même, et qu'il n'était pas possible de dire que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie — Le protonotaire n'a commis aucune erreur dans l'ordonnance qu'il a rendue — Il ressortait clairement de la jurisprudence que la Cour fédérale conserve le pouvoir d'accorder des réparations si le défendeur a contrevenu à l'équité procédurale — Dans la présente affaire, le protonotaire a conclu que l'avis de demande visait l'obtention de réparations relevant du droit administratif qui étaient clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés — Le critère pour radier une demande est très strict — Dans la présente affaire, il n'était pas évident et manifeste que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Attorney General) v. Iris Technologies Inc. (F.C.A.) ..... 401**

Customs and Excise — *Excise Tax Act* — Appeal from Federal Court decision upholding prothonotary’s decision dismissing appellant’s motion to strike respondent’s application for judicial review relating to auditing, assessment of respondent by Minister of National Revenue under *Excise Tax Act* — In notice of application, respondent seeking three declarations: it was denied procedural fairness in audit, assessment process, there was no evidentiary foundation upon which assessment could be issued under Act, assessments were issued for improper purpose of depriving Federal Court of jurisdiction to hear administrative law grievances raised by respondent in related application — Appellant submitted in particular that Federal Court failed to recognize that true essence of respondent’s application for judicial review was attack on validity of assessments, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Whether respondent’s application for judicial review had to be struck out — When grounds of review cited in application were situated in context of legislative mandate of Minister under Act, respective jurisdictions of Tax Court, Federal Court, notice of application was, in essence, collateral challenge to validity of assessments issued under Act, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Declarations respondent sought here were of no practical effect — They were purely academic — Application was bereft of any possibility of success — Therefore, Federal Court’s order set aside; respondent’s application for judicial review struck out — Appeal allowed.

Practice — Pleadings — Motion to Strike — Federal Court upholding prothonotary’s decision dismissing appellant’s motion to strike respondent’s application for judicial review relating to auditing, assessment of respondent by Minister of National Revenue under *Excise Tax Act* — Appellant submitted in particular that Federal Court failed to recognize that true essence of respondent’s application for judicial review was attack on validity of assessments, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Whether respondent’s application for judicial review had to be struck out — When grounds of review cited in application were situated in context of legislative mandate of Minister under Act, respective jurisdictions of Tax Court, Federal Court, notice of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Canada (Procureur général) c. Iris Technologies Inc. (C.A.F.) ..... 401**

Douanes et Accise — *Loi sur la taxe d’accise* — Appel à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale, qui a maintenu la décision d’un protonotaire rejetant la requête de l’appelant visant à radier la demande de contrôle judiciaire de l’intimée se rapportant à la vérification et à la cotisation dont elle a fait l’objet par le ministre du Revenu national au titre de la *Loi sur la taxe d’accise* — Dans son avis de demande, l’intimée a sollicité trois jugements déclaratoires portant qu’elle avait été privée de son droit à l’équité procédurale, lors du processus de vérification et de cotisation, qu’aucun élément de preuve ne permettait d’établir une cotisation au titre de la Loi et que les cotisations ont été établies dans le but illégitime de priver la Cour fédérale de sa compétence d’entendre les griefs en matière de droit administratif soulevés par l’intimée dans une demande connexe — L’appelant a fait valoir plus particulièrement que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du fait que la demande de contrôle judiciaire de l’intimée était en réalité une contestation de la validité des cotisations, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt — Il s’agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire de l’intimée devait être radiée — Lorsque les motifs de contrôle invoqués dans la demande étaient situés dans le contexte du mandat législatif que la Loi confère au ministre et dans les compétences respectives de la Cour de l’impôt et de la Cour fédérale, l’avis de demande était, dans les faits, une contestation indirecte de la validité des cotisations établies au titre de la Loi, ce qui est une question relevant de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt — En l’espèce, les jugements déclaratoires sollicités par l’intimée n’avaient pas d’effet concret — Ils étaient purement théoriques — La demande n’avait aucune chance d’être accueillie — Par conséquent, l’ordonnance de la Cour fédérale a été annulée et la demande de contrôle judiciaire de l’intimée a été radiée — Appel accueilli.

Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — La Cour fédérale a maintenu la décision d’un protonotaire de rejeter la requête de l’appelant visant à radier la demande de contrôle judiciaire de l’intimée se rapportant à la vérification et à la cotisation dont elle a fait l’objet par le ministre du Revenu national au titre de la *Loi sur la taxe d’accise* — L’appelant a fait valoir plus particulièrement que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du fait que la demande de contrôle judiciaire de l’intimée était en réalité une contestation de la validité des cotisations, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt — Il s’agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire de l’intimée devait être radiée — Lorsque les motifs de contrôle invoqués dans la

*Suite à la page suivante*



## **CONTENTS** (Concluded)

application was, in essence, collateral challenge to validity of assessments issued under Act, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Declarations respondent sought here were of no practical effect — They were purely academic — Application was bereft of any possibility of success — Therefore, Federal Court's order set aside; respondent's application for judicial review struck out.

## **SOMMAIRE** (Fin)

demande étaient situés dans le contexte du mandat législatif que la Loi confère au ministre et dans les compétences respectives de la Cour de l'impôt et de la Cour fédérale, l'avis de demande était, dans les faits, une contestation indirecte de la validité des cotisations établies au titre de la Loi, ce qui est une question relevant de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt — En l'espèce, les jugements déclaratoires sollicités par l'intimée n'avaient pas d'effet concret — Ils étaient purement théoriques — La demande n'avait aucune chance d'être accueillie — Par conséquent, l'ordonnance de la Cour fédérale a été annulée et la demande de contrôle judiciaire de l'intimée a été radiée.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Benjamin Moore & Co. v. Canada (Attorney General)*, T-1340-20, T-1441-20, 2022 FC 923, has been reversed on appeal (A-188-22, 2023 FCA 168), reasons for judgment handed down July 26, 2023. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Difederico v. Amazon.Com, Inc.*, T-445-20, 2022 FC 1256, has been affirmed on appeal (A-189-22, 2023 FCA 165), reasons for judgment handed down July 25, 2023. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Fraser v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, T-101-18, T-102-18, T-103-18, T-1358-12, T-465-20, T-1884-19, 2021 FC 821, has been reversed on appeal (*Canadian Broadcasting Corporation v. Canada (Parole Board)*, A-251-21, 2023 FCA 166). The reasons for judgment, handed down July 27, 2023, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Peguis First Nation v. Canada (Attorney General)*, T-1141-19, T-1147-19, T-1150-19, T-1442-19, 2021 FC 990, [2021] 3 F.C.R. D-7, has been affirmed on appeal (*Roseau River First Nation v. Canada (Attorney General)*, A-280-21, A-281-21, A-284-21, 2023 FCA 163). The reasons for judgment, handed down July 24, 2023, will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees*, A-204-20, 2021 FCA 72, [2021] 3 F.C.R. 294, has been reversed in part on appeal (2023 SCC 17). The reasons for judgment, handed down June 16, 2023, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Alliance nationale de l'industrie musicale v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, A-249-21, 2022 FCA 156, Boivin J.A., judgment dated September 15, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused June 30, 2023.

*Deegan v. Canada (Attorney General)*, A-370-19, Woods J.A., judgment dated September 21, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused July 13, 2023.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Benjamin Moore & Co. c. Canada (Procureur général)*, T-1340-20, T-1441-20, 2022 CF 923, a été infirmée en appel (A-188-22, 2023 CAF 168), les motifs du jugement ayant été prononcés le 26 juillet 2023. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Difederico c. Amazon.Com, Inc.*, T-445-20, 2022 CF 1256, a été confirmée en appel (A-189-22, 2023 CAF 165), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 juillet 2023. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Fraser c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, T-101-18, T-102-18, T-103-18, T-1358-12, T-465-20, T-1884-19, 2021 CF 821, a été infirmée en appel (*Société Radio-Canada c. Canada (Commission des libérations conditionnelles)*, A-251-21, 2023 FCA 166). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 27 juillet 2023, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Première Nation de Peguis c. Canada (Procureur général)*, T-1141-19, T-1147-19, T-1150-19, T-1442-19, 2021 CF 990, [2021] 3 R.C.F. F-12 a été confirmée en appel (*Première nation de Roseau River c. Canada (Procureur général)*, A-280-21, A-281-21, A-284-21, 2023 FCA 163). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 24 juillet 2023, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés*, A-204-20, 2021 CAF 72, [2021] 3 R.C.F. 294, a été infirmé en partie en appel (2023 CSC 17). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 16 juin 2023, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

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

*Alliance nationale de l'industrie musicale c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, A-249-21, 2022 CAF 156, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 15 septembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 juin 2023.

*Deegan c. Canada (Procureur général)*, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 21 septembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 juillet 2023.

## II

## APPEALS NOTED

*Leonard v. Canada*, A-151-21, A-152-21, 2022 FCA 195, Webb J.A., judgment dated November 10, 2023, leave to appeal to S.C.C. refused June 30, 2023.

*Sennikova v. Canada (Attorney General)*, A-256-21, 2022 FCA 215, Roussel J.A., judgment dated December 8, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused July 13, 2023.

*Turner-Lienaux v. Canada (Attorney General)*, A-27-22, 2022 FCA 213, Stratas J.A., judgment dated December 6, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused June 22, 2023.

*Leonard c. Canada*, A-151-21, A-152-21, 2022 CAF 195, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 10 novembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 30 juin 2023.

*Sennikova c. Canada (Procureur général)*, A-256-21, 2022 CAF 215, la juge Roussel, J.C.A., jugement en date du 8 décembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 13 juillet 2023.

*Turner-Lienaux c. Canada (Procureur général)*, A-27-22, 2022 CAF 213, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 6 décembre 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 juin 2023.

**Federal Courts  
Reports**

**2022, Vol. 1, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2022, Vol. 1, 2<sup>e</sup> fascicule**



A-170-19  
2021 FCA 160

A-170-19  
2021 CAF 160

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Deans Knight Income Corporation** (*Respondent*)

**Deans Knight Income Corporation** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADA v. DEANS KNIGHT INCOME CORPORATION**

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. DEANS KNIGHT INCOME CORPORATION**

Federal Court of Appeal, Stratas, Woods and Laskin J.J.A.—By videoconference, March 22 and 23; Ottawa, August 4, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Woods et Laskin, J.C.A.—Par vidéoconférence, 22 et 23 mars; Ottawa, 4 août 2021.

*Income Tax — Tax Avoidance — General anti-avoidance rule — Appeal from Tax Court of Canada decision allowing respondent's reassessments for years 2009 to 2012 — Appeal concerning application of general anti-avoidance rule (GAAR) to tax loss monetization arrangement — Respondent becoming wholly owned subsidiary of New Forbes through share exchange — Matco Capital Ltd. (Matco) providing framework for tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement) — Arrangements to be undertaken in way that avoided Matco acquiring control of respondent — Investment Agreement including takeover of respondent in initial public offering (IPO) — Funds raised in IPO to be used by respondent to commence new business that would earn profits, use tax attributes — Prior to closing of IPO, Matco converting convertible debenture acquired from respondent into voting, non-voting shares of respondent so that New Forbes no longer owned shares thereof — Respondent deducting tax attributes to reduce its tax liability — Tax Court considering whether acquisition of control by Matco arising pursuant to Income Tax Act, s. 256(8); whether GAAR applied — Determining that Matco did not obtain right to purchase majority of voting shares of respondent such that losses extinguished — Concluding that underlying rationale of Act, ss. 111(5), 256(8) not defeated, accordingly relevant transactions not abusive — Also concluding Matco not having effective control over respondent — Here, Crown arguing that transactions circumvented underlying rationale of Act, ss. 111(1)(a),(5), 256(8) — Further arguing that transactions undertaken resulting in abusive tax avoidance — Whether arrangement with Matco constituting abusive tax avoidance — Questions to be determined under Act, s. 245: whether there was tax benefit; whether transaction avoidance transaction; whether avoidance transaction abusive — Tax Court's findings with respect to first two questions not in dispute — Third question in GAAR analysis involving determination of object, spirit, purpose of provisions of Act relied*

*Impôt sur le revenu — Évitement fiscal — Règle générale anti-évitement — Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012 — L'appel avait trait à l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ) à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale — L'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes après un échange d'actions — Matco Capital Ltd. (Matco) a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (convention d'investissement) — Ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée — La convention d'investissement prévoyait l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE) — Les fonds obtenus dans le cadre du PAPE seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux — Avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture convertible acquise de l'intimée en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l'intimée de sorte que New Forbes ne possède plus aucune action de l'intimée — L'intimée a déduit des attributs fiscaux afin de réduire la dette fiscale — La Cour de l'impôt s'est demandé s'il y avait eu acquisition du contrôle par Matco aux termes de l'art. 256(8) de la Loi de l'impôt sur le revenu, et si la RGAÉ s'appliquait — Elle a conclu que Matco n'avait pas obtenu un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l'intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées — Elle a conclu que les objectifs des art. 111(5) et 256(8) n'avaient pas été contrecarrés et, par conséquent, que les opérations pertinentes n'avaient pas un caractère abusif — Elle a conclu en outre que Matco n'avait pas concrètement le contrôle effectif de l'intimée — Dans la présente instance, la Couronne a fait valoir que les transactions ont contourné la raison d'être des art. 111(1)(a), 111(5) et 256(8) de la Loi — Elle a fait valoir en outre qu'un évitement fiscal abusif a découlé des opérations effectuées — Il*



*upon, whether transactions frustrating purpose — Sufficient herein to focus on s. 111(5) for abuse analysis — Tax Court's statement of underlying rationale of s. 111(5) lacking clarity — Object, spirit, purpose of s. 111(5) to restrict use of specified losses, including non-capital losses, if person or group of persons acquiring actual control over corporation's actions, whether by way of de jure control or otherwise — Fact Parliament enacting specific anti-avoidance rules that apply to corporations having unused non-capital losses not reflecting policy that GAAR has no application to them — In GAAR analysis, courts must apply unified textual, contextual, purposive approach to determination of object, spirit, purpose of relevant provisions — Clear statements of government intent, case law acknowledging that Act generally aims to prevent loss trading shedding light on underlying rationale of s. 111(5) — Nothing inconsistent with conclusion that object, spirit, purpose of s. 111(5) taking into account different forms of control — S. 256.1(3) not replacing s. 111(5), not evidencing legislative intent that transactions at issue acceptable if Matco's equity interest within limit set out in s. 256.1 — Tax Court's conclusion that Matco had no effective control of respondent, that respondent freely participated in transactions inconsistent with terms of Investment Agreement — Investment Agreement resulting in New Forbes, respondent handing over actual control of respondent to Matco — Transactions clearly abusive — In conclusion, statutory conditions for application of GAAR met — Transactions relating to Investment Agreement were avoidance transactions — Avoidance transactions circumvented s. 111(5) — Tax benefit denied — Appeal allowed.*

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision allowing the respondent's appeal of reassessments for the years 2009 to 2012. The appeal concerned the application of the general anti-avoidance rule (GAAR) under the *Income Tax Act* (Act) to a tax loss monetization arrangement. In the years leading up to the transactions at issue, the respondent carried on a drug research and food additives business under the name Forbes Medi-Tech Inc. In 2008, the respondent and

*s'agissait de savoir si l'arrangement avec Matco constituait un évitement fiscal abusif — L'art. 245 de la Loi exige que l'on détermine s'il y a eu avantage fiscal; si l'opération était une opération d'évitement; et si l'opération d'évitement était abusive — Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions à trancher n'étaient pas contestées — Pour la troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, il faut déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contre-carrent cet objectif — Il suffisait dans la présente affaire de se concentrer sur l'art. 111(5) pour l'analyse relative à la question de l'abus — L'énoncé de la Cour de l'impôt concernant la raison d'être de l'art. 111(5) manquait de clarté — L'objet et l'esprit de l'art. 111(5) sont de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle de jure ou autrement — Le fait que le législateur a adopté des règles anti-évitement particulières qui s'appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital n'est pas le reflet d'une politique selon laquelle la RGAÉ n'est pas applicable à ces pertes — Dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes — Des énoncés clairs de l'intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes éclairent la raison d'être de l'art. 111(5) — Il n'y a rien d'incohérent dans la conclusion selon laquelle l'objet ou l'esprit de l'art. 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle — L'art. 256.1(3) ne remplace pas l'art. 111(5) et il ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige aient été acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'art. 256.1 — La conclusion de la Cour de l'impôt que Matco n'avait pas un contrôle effectif de l'intimée et que l'intimée a participé de son plein gré aux opérations était contraire aux modalités de la convention d'investissement — La convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco — Les opérations avaient manifestement un caractère abusif — En conclusion, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites — Les opérations liées à la convention d'investissement étaient des opérations d'évitement — Les opérations d'évitement ont contourné l'art. 111(5) — L'avantage fiscal a été refusé — Appel accueilli.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012. L'appel avait trait à l'application de la règle générale anti-évitement (RGAÉ), aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (Loi), à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale. Durant les années ayant précédé les opérations en litige, l'intimée a mené des activités de recherche sur les

its shareholders undertook a reorganization in the form of a share exchange that, in part, was intended to facilitate a tax loss monetization arrangement. The respondent's shareholders exchanged their shares for those of a newly incorporated company (New Forbes). The respondent became a wholly owned subsidiary of New Forbes. The respondent and New Forbes then entered into an agreement with Matco Capital Ltd. (Matco), a venture capital company, which provided a framework for the tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement). The Investment Agreement provided that the respondent's existing business (except for its tax attributes) would be transferred to New Forbes; New Forbes would be entitled to receive a specified amount for the tax attributes; and New Forbes would turn the reins to the respondent over to Matco. These arrangements were to be undertaken in a way that avoided Matco acquiring control of the respondent. The upfront consideration would initially be paid by Matco to the respondent as consideration for a convertible debenture to be issued by the respondent. Upon issuance of the convertible debenture, New Forbes would continue to own all of the issued shares of the respondent, except for a nominal amount. The Investment Agreement contemplated that Matco would use its expertise to arrange a takeover of the respondent in an initial public offering (IPO). The funds raised would be used by the respondent to commence a new business that would earn profits and use the tax attributes. In 2008, Matco negotiated with Deans Knight Capital Management Ltd. regarding a proposed takeover of the respondent by way of an IPO. Immediately prior to the closing of the IPO, Matco converted its debenture into voting and non-voting shares of the respondent. New Forbes no longer owned any shares of the respondent. The respondent deducted the majority of the tax attributes in its 2009 to 2012 taxation years to reduce its tax liability. In 2014, the respondent was reassessed for these taxation years to deny the deductions claimed.

The Tax Court considered whether there was an acquisition of control by Matco pursuant to subsection 256(8) of the Act, and whether the GAAR applied. The Tax Court determined that Matco did not obtain a right to purchase the majority of the voting shares of the respondent such that losses were extinguished by a combination of subsection 256(8), paragraph 251(5)(b) and subsection 111(5) of the Act. The Tax Court concluded that the underlying rationale of subsections 111(5) and 256(8) had not been defeated and accordingly that the relevant transactions were not abusive. The Tax Court also went on to conclude that there was no attempt to disguise what rights Matco had, and that Matco simply did not have effective control over the respondent or need such control to make the arrangement work.

médicaments et les additifs alimentaires, sous le nom de Forbes Medi-Tech Inc. En 2008, l'intimée et ses actionnaires ont entrepris une restructuration de l'entreprise sous la forme d'un échange d'actions visant, en partie, à permettre un arrangement de monétisation d'une perte fiscale. Les actionnaires de l'intimée ont échangé leurs actions contre les actions d'une société nouvellement constituée (New Forbes). L'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes. L'intimée et New Forbes ont conclu une entente avec Matco Capital Ltd. (Matco), une société de capital-risque, qui a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (convention d'investissement). La convention d'investissement prévoyait que l'entreprise actuelle de l'intimée (à l'exception de ses attributs fiscaux) serait transférée à New Forbes; que New Forbes aurait le droit de recevoir une somme précise pour les attributs fiscaux; et que New Forbes laisserait les rênes de l'intimée à Matco. Ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée. La contrepartie immédiate serait initialement versée par Matco à l'intimée en contrepartie d'une débenture convertible qui serait émise par l'intimée. À l'émission de la débenture convertible, New Forbes continuerait à posséder toutes les actions émises de l'intimée, à l'exception d'une quantité nominale d'actions. La convention d'investissement prévoyait que Matco utiliserait son expertise pour organiser l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE). Les fonds obtenus seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux. En 2008, Matco a entrepris des négociations avec Deans Knight Capital Management Ltd. concernant l'acquisition proposée de l'intimée par le truchement d'un PAPE. Juste avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l'intimée. New Forbes ne possédait plus aucune action de l'intimée. L'intimée a déduit la majeure partie des attributs fiscaux durant les années d'imposition 2009 à 2012 afin de réduire la dette fiscale. En 2014, une nouvelle cotisation a été établie à l'égard de l'intimée pour ces années d'imposition afin de refuser les déductions demandées.

La Cour de l'impôt s'est demandé s'il y avait eu acquisition du contrôle par Matco aux termes du paragraphe 256(8) de la Loi, et si la RGAÉ s'appliquait. La Cour de l'impôt a conclu que Matco n'avait pas obtenu un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l'intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées par l'application combinée du paragraphe 256(8), de l'alinéa 251(5)b) et du paragraphe 111(5) de la Loi. La Cour de l'impôt a conclu que les objectifs des paragraphes 111(5) et 256(8) n'avaient pas été contrecarrés et, par conséquent, que les opérations pertinentes n'avaient pas un caractère abusif. La Cour de l'impôt a conclu également que l'on n'avait pas tenté de dénaturer les droits de Matco, et que Matco n'avait pas concrètement le contrôle effectif de l'intimée, ou

In the present instance, the Crown argued, *inter alia*, that the transactions clearly circumvented, and were not in accord with, the underlying rationale of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8) of the Act. It further argued that the transactions undertaken resulted in abusive tax avoidance because they blatantly avoided an acquisition of control of the respondent, caused the cessation of the business that generated the tax attributes and completely severed the shareholder interest in that former business from the new business carried on as a result of the IPO. The respondent characterized the Investment Agreement as incentivizing mutually beneficial behaviour while providing consequences if either party pursues activities that harm another party's interests.

The main issue was whether the arrangement with Matco constituted abusive tax avoidance.

*Held*, the appeal should be allowed.

The questions that must be determined under section 245 of the Act are whether there was a tax benefit; whether the transaction giving rise to the tax benefit was an avoidance transaction; and whether the avoidance transaction giving rise to the tax benefit was abusive. The Tax Court's findings with respect to the first two questions to be determined under section 245 were not in dispute. Accordingly, it was assumed herein that the tax benefit was comprised of the reduction of the respondent's tax liability that resulted from deducting the tax attributes, and the avoidance transactions consisted of entering into the Investment Agreement, the respondent's restructuring of itself, and all related transactions. The third question in the GAAR analysis, i.e. whether there is abuse, involves two steps: the determination of the object, spirit and purpose of the provisions of the Act relied upon, and whether the transactions frustrated this purpose. It was not necessary in this appeal to undertake an abuse analysis with respect to subsection 256(8). It was sufficient to focus on subsection 111(5). The Tax Court's statement of the underlying rationale of subsection 111(5) lacked clarity. The object, spirit and purpose of subsection 111(5) is to restrict the use of specified losses, including non-capital losses, if a person or group of persons has acquired actual control over the corporation's actions, whether by way of *de jure* control or otherwise. Parliament has enacted several specific anti-avoidance rules that apply to a corporation that has unused non-capital losses, but these rules do not reflect a policy that the GAAR has no application to them. In a GAAR analysis, a court must apply a unified textual, contextual and purposive approach to a determination of the object, spirit and purpose of the relevant provisions. Two purposive factors shed

n'avait pas besoin de ce contrôle pour mener à bien le plan fiscal.

Dans la présente instance, la Couronne a fait valoir notamment que les transactions ont contourné hors de tout doute la raison d'être de l'alinéa 111(1)a), du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8) de la Loi, et qu'elles n'y étaient pas conformes. Elle a fait valoir en outre qu'un évitement fiscal abusif a découlé des opérations effectuées, parce qu'elles ont permis d'éviter, de manière flagrante, une prise de contrôle de l'intimée, entraîné la cessation des activités ayant généré les attributs fiscaux, et complètement dissocié les intérêts des actionnaires dans cette ancienne entreprise de la nouvelle entreprise créée à la suite du PAPE. L'intimée a qualifié la convention d'investissement d'outil incitatif profitable aux deux parties, tout en prévoyant des conséquences si l'une ou l'autre des parties exerçait des activités qui pourraient nuire aux intérêts de l'autre partie.

Il s'agissait principalement de savoir si l'arrangement avec Matco constituait un évitement fiscal abusif.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

L'article 245 de la Loi exige que l'on détermine s'il y a eu un avantage fiscal; si l'opération ayant généré l'avantage fiscal était une opération d'évitement; et si l'opération d'évitement ayant généré l'avantage fiscal était abusive. Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions à trancher sous le régime de l'article 245 n'étaient pas contestées. Par conséquent, ont été posées les hypothèses selon lesquelles l'avantage fiscal correspondait à la réduction de la dette fiscale de l'intimée découlant de la déduction des attributs fiscaux, et la signature de la convention d'investissement, la restructuration de l'intimée elle-même et l'ensemble des opérations connexes constituaient les opérations d'évitement. La troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, soit la question de savoir s'il y a eu un abus, comporte deux volets : il faut d'abord déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contrecarrent cet objectif. Il n'était pas nécessaire dans le présent appel d'entreprendre une analyse relative à la question de l'abus en ce qui concerne le paragraphe 256(8). Il suffisait de se concentrer sur le paragraphe 111(5). L'énoncé de la Cour de l'impôt concernant la raison d'être du paragraphe 111(5) manquait de clarté. L'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) est de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle *de jure* ou autrement. Le législateur a adopté plusieurs règles anti-évitements particulières qui s'appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital, mais ces règles ne sont pas le reflet d'une politique selon laquelle la RGAÉ n'est pas applicable à ces

light on the underlying rationale of subsection 111(5): clear statements of government intent and case law acknowledging that the Act generally aims to prevent loss trading. There is nothing inconsistent with the conclusion that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) takes into account different forms of control even though the text of the provision is limited to *de jure* control. Subsection 256.1(3), which the respondents argued implicitly recognizes that Parliament intended the transactions at issue to be acceptable, is another specific anti-avoidance rule that is aimed at trafficking in shares of loss companies. It specifically addresses circumstances involving equity acquisitions. The provision does not replace subsection 111(5) and it does not evidence a legislative intent that the transactions at issue would have been acceptable if Matco's equity interest was within the limit set out in section 256.1. The Tax Court's conclusion on step two of the analysis, i.e. whether the transactions frustrated the purpose of subsection 111(5), was not supported by the evidence. Its conclusion that Matco had no effective control of the respondent and that the respondent freely participated in the transactions that resulted in the use of the tax attributes was inconsistent with the terms of the Investment Agreement. The Investment Agreement provided severe restrictions on the actions that New Forbes and the respondent could take. As a consequence of all of those restrictions, the Investment Agreement resulted in New Forbes and the respondent handing over actual control of the respondent to Matco. The Crown clearly demonstrated that the transactions were abusive.

In conclusion, the statutory conditions for the application of the GAAR were met. It was admitted and clear that there was a tax benefit comprised of the deduction of the tax attributes. It was also clear that there were avoidance transactions. The transactions relating to the Investment Agreement were avoidance transactions because they were part of a series of transactions that resulted in the tax benefit and these transactions were not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. Further, the avoidance transactions circumvented subsection 111(5) of the Act in a way that frustrated the object, spirit and purpose of this provision. Accordingly, pursuant to subsection 245(2) of the Act, the tax benefit was denied.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, s. 27(5).

perles. Dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes. Deux facteurs téléologiques éclairent la raison d'être du paragraphe 111(5) : des énoncés clairs de l'intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes. Il n'y a rien d'incohérent dans la conclusion selon laquelle l'objet ou l'esprit du paragraphe 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle, même si le libellé de la disposition se limite au contrôle *de jure*. Le paragraphe 256.1(3), qui de l'avis de l'intimée reconnaît implicitement que le législateur entendait que les opérations en cause soient acceptables, constitue une autre règle anti-évitement particulière ciblant le trafic d'actions de sociétés déficitaires. Il traite précisément des circonstances entourant les acquisitions de capitaux propres. La disposition ne remplace pas le paragraphe 111(5) et elle ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige aient été acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'article 256.1. La conclusion de la Cour de l'impôt à l'étape deux de l'analyse, c'est-à-dire sur la question de savoir si les opérations ont contrecarré l'objet du paragraphe 111(5), n'était pas étayée par la preuve. Sa conclusion que Matco n'avait pas un contrôle effectif de l'intimée et que l'intimée a participé de son plein gré aux opérations ayant permis l'utilisation des attributs fiscaux était contraire aux modalités de la convention d'investissement. La convention d'investissement prévoyait d'importantes restrictions concernant les activités que pouvaient entreprendre New Forbes et l'intimée. En raison de toutes ces restrictions, la convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco. La Couronne a clairement démontré que les opérations avaient un caractère abusif.

En conclusion, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites. Il a été admis et il était clair qu'il existait un avantage fiscal correspondant à la déduction des attributs fiscaux. Il était également clair qu'il y a eu des opérations d'évitement. Les opérations liées à la convention d'investissement étaient des opérations d'évitement, parce qu'elles faisaient partie d'une série d'opérations dont a découlé l'avantage fiscal, et ces opérations n'ont pas été effectuées principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. En outre, les opérations d'évitement ont contourné le paragraphe 111(5) de la Loi, d'une manière qui a contrecarré l'objet et l'esprit de cette disposition. Par conséquent, en application du paragraphe 245(2) de la Loi, l'avantage fiscal a été refusé.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 111(1)a),(5), 245, 251(5)b), 256(5.1),(5.11),(7),(8), 256.1.

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 111(1)(a),(5), 245, 251(5)(b), 256(5.1),(5.11),(7),(8), 256.1.

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 27(5).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3; *Hydro-Québec v. Matta*, 2020 SCC 37, 450 D.L.R. (4th) 547; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344.

##### CONSIDERED:

*Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, (1998), 159 D.L.R. (4th) 457; *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643.

##### REFERRED TO:

*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260, [2003] 1 F.C. 447; *Birchcliff Energy Ltd. v. Canada*, 2019 FCA 151, [2020] 1 C.T.C. 1.

#### AUTHORS CITED

Dodge, David. "A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance" (1988), 36 *Can. Tax J.* 1.  
*House of Commons Debates*, 26th Parl., 1st Sess., No. 4 (16 October 1963).

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2019 TCC 76, [2019] C.T.C. 2002) allowing the respondent's reassessments for the years 2009 to 2012. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Perry Derksen, Matthew Turnell, Eric Brown and Kiel Walker* for appellant.  
*Barry R. Crump, Heather DiGregorio and Julia Lisztwan* for respondent.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Cophorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3; *Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795; *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643.

##### DÉCISIONS MENTIONÉES :

*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, [2003] 1 C.F. 447; *Birchcliff Energy Ltd. c. Canada*, 2019 CAF 151.

#### DOCTRINE CITÉE

*Débats de la Chambre des communes*, 26<sup>e</sup> Parl., 1<sup>er</sup> lég., n<sup>o</sup> 4 (16 octobre 1963).  
Dodge, David. « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), *Rev. fiscale can.* 1.

APPEL d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 76, [2019] C.T.C. 2002), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée à l'encontre de nouvelles cotisations établies pour les années 2009 à 2012. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU :

*Perry Derksen, Matthew Turnell, Eric Brown et Kiel Walker* pour l'appelante.  
*Barry R. Crump, Heather DiGregorio et Julia Lisztwan* pour l'intimée.



## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Burnet, Duckworth & Palmer, LLP*, Calgary, for respondent.

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

WOODS J.A.:

A. Introduction

[1] This appeal concerns the application of the general anti-avoidance rule (the GAAR) under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act) to a tax loss monetization arrangement.

[2] Prior to the transactions at issue, the respondent was a Canadian public corporation that had approximately \$90 million of unused non-capital losses and other deductions (tax attributes). It sought to realize the value of these tax attributes and entered into an agreement with a corporation that had expertise in arranging such transactions.

[3] From 2009 to 2012, the respondent deducted a majority of its tax attributes to reduce its tax liability. Following the issuance of reassessments to deny the deductions, the respondent successfully appealed to the Tax Court (2019 TCC 76, [2019] C.T.C. 2002, *per* Paris J.).

[4] The Crown appeals. It submits that the GAAR is applicable to the monetization arrangement because it results in an abuse of the provisions of the Act which restrict the use of tax attributes following an acquisition of control by a person or group of persons.

[5] These reasons focus mainly on one of the respondent's tax attributes: non-capital losses. For reasons discussed by the Tax Court (at paragraph 87), the

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*La sous-procureure générale du Canada* pour l'appelante.

*Burnet, Duckworth & Palmer, LLP*, Calgary, pour l'intimée.

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

LA JUGE WOODS, J.C.A. :

A. Introduction

[1] Le présent appel a trait à l'application de la règle générale anti-évitement (la RGAÉ), aux termes de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi), à un arrangement de monétisation d'une perte fiscale.

[2] Avant les opérations en litige, l'intimée, une société publique canadienne, avait accumulé des pertes autres que des pertes en capital et autres déductions inutilisées d'environ 90 millions de dollars (attributs fiscaux). Cherchant à recouvrer la valeur de ces attributs fiscaux, elle a conclu une entente avec une société qui possédait une expertise dans l'organisation d'opérations de ce genre.

[3] De 2009 à 2012, l'intimée a déduit une majorité de ses attributs fiscaux afin de réduire sa dette fiscale. Suivant l'établissement de nouvelles cotisations dans lesquelles les déductions ont été refusées, l'intimée a fait appel devant la Cour canadienne de l'impôt (2019 CCI 76, le juge Paris) et a eu gain de cause.

[4] La Couronne interjette maintenant appel de cette décision. Elle soutient que la RGAÉ s'applique à l'égard de l'arrangement de monétisation parce qu'il découle d'un abus des dispositions de la Loi qui restreignent l'utilisation d'attributs fiscaux à la suite d'une acquisition du contrôle par une personne ou par un groupe de personnes.

[5] Les présents motifs portent principalement sur l'un des attributs fiscaux de l'intimée, soit les pertes autres que les pertes en capital. Pour les motifs abordés par



conclusions reached with respect to this tax attribute also apply to the others at issue.

[6] By way of background, one of the issues in the appeal is whether the object, spirit and purpose of the acquisition-of-control element in subsection 111(5) of the Act is fully reflected in the text of this provision. If it is, the GAAR would not apply to a transaction solely on the basis that the transaction frustrates the object, spirit and purpose of this element. As far as I am aware, this is the first time that this issue has come before this Court.

[7] For the reasons below, I have concluded that the Crown's appeal should be allowed.

#### B. Overview of facts

[8] A detailed description of the facts is included in the Tax Court's reasons. This section sets out an overview of the arrangement. Further facts as required are introduced in the analysis.

##### *The plan to monetize the tax attributes*

[9] In the years leading up to the transactions at issue, the respondent carried on a drug research and food additives business under the name Forbes Medi-Tech Inc. Its shares were listed for trading on the Toronto Stock Exchange and NASDAQ.

[10] In 2007, the respondent was experiencing serious cash flow difficulties and began to investigate opportunities to utilize its tax attributes so that their value could be realized. The arrangement that it settled on is described below.

##### *The preliminary reorganization*

[11] On February 27, 2008, the respondent and its shareholders undertook a reorganization in the form of a share exchange that, in part, was intended to facilitate a tax loss monetization arrangement. The reorganization was effected by a court-approved plan of arrangement under which the respondent's shareholders exchanged

la Cour de l'impôt (au paragraphe 87), les conclusions qui ont été tirées relativement à cet attribut fiscal s'appliquent également aux autres attributs en litige.

[6] En guise de contexte, l'une des questions en litige dans le présent appel est de déterminer si l'objet et l'esprit de l'élément portant sur l'acquisition du contrôle, au paragraphe 111(5) de la Loi, sont entièrement exprimés dans le libellé de cette disposition. Dans l'affirmative, la RGAÉ ne pourrait s'appliquer à une opération uniquement au motif que l'opération contrecarre l'objet et l'esprit de cet élément. À ce que je sache, c'est la première fois que cette question est portée devant la Cour.

[7] Pour les motifs exposés ci-dessous, j'ai conclu que l'appel de la Couronne devrait être accueilli.

#### B. Aperçu des faits

[8] Une description détaillée des faits est incluse dans les motifs de la Cour de l'impôt. La présente section donne un aperçu de l'arrangement. D'autres faits, au besoin, seront introduits dans l'analyse.

##### *Le plan en vue de monétiser les attributs fiscaux*

[9] Durant les années ayant précédé les opérations en litige, l'intimée a mené des activités de recherche sur les médicaments et les additifs alimentaires, sous le nom de Forbes Medi-Tech Inc. Ses actions étaient inscrites à la Bourse de Toronto et à la Bourse NASDAQ.

[10] En 2007, l'intimée a connu de graves problèmes de liquidités et a commencé à étudier les possibilités d'utiliser ses attributs fiscaux de manière à tirer parti de leur valeur. L'arrangement conclu est décrit ci-dessous.

##### *La restructuration préliminaire*

[11] Le 27 février 2008, l'intimée et ses actionnaires ont entrepris une restructuration de l'entreprise sous la forme d'un échange d'actions visant, en partie, à permettre un arrangement de monétisation d'une perte fiscale. La restructuration a été réalisée selon un plan d'arrangement approuvé par un tribunal, aux termes

their shares for shares of a newly incorporated company (New Forbes). The result was that the shares of New Forbes were publicly traded in substitution of the shares of the respondent, and the respondent became a wholly owned subsidiary of New Forbes.

*Agreement with Matco Capital Ltd.*

[12] On March 19, 2008, the respondent and its new shareholder, New Forbes, entered into an agreement with Matco Capital Ltd. (Matco) which provided a framework for the tax attribute monetization arrangement (Investment Agreement, or Agreement). Matco is a venture capital company that had previously been involved in transactions similar to this.

[13] By way of overview, the Investment Agreement achieved the following:

- (a) the respondent's existing business (except for its tax attributes) would be transferred to New Forbes;
- (b) New Forbes would be entitled to receive a specified amount for the tax attributes (\$3.8 million, with some potential upside). Of this amount, \$3 million would be received up front and \$800,000 would be received a year later; and
- (c) New Forbes would turn the reins to the respondent over to Matco.

[14] As described below, these arrangements were to be undertaken in a way that avoided Matco acquiring control of the respondent, or a right to acquire control. This overview section does not describe all of the provisions of the Agreement relating to control. Some are discussed later in the reasons as part of the GAAR analysis.

[15] The upfront consideration, \$3 million, would initially be paid by Matco to the respondent as consideration for a convertible debenture to be issued by the respondent. For simplicity, the \$3 million amount, and other amounts stated in these reasons, are approximations.

duquel les actionnaires de l'intimée devaient échanger leurs actions contre les actions d'une société nouvellement constituée (New Forbes). Ainsi, les actions de New Forbes ont été cotées en bourse en remplacement des actions de l'intimée, et l'intimée est devenue une filiale à cent pour cent de New Forbes.

*Entente avec Matco Capital Ltd.*

[12] Le 19 mars 2008, l'intimée et son nouvel actionnaire, New Forbes, ont conclu une entente avec Matco Capital Ltd. (Matco), qui a fourni un cadre pour l'arrangement de monétisation de l'attribut fiscal (la convention d'investissement ou la convention). Matco est une société de capital-risque qui a par le passé participé à des opérations semblables à celle-ci.

[13] En résumé, la convention d'investissement prévoyait ce qui suit :

- a) l'entreprise actuelle de l'intimée (à l'exception de ses attributs fiscaux) serait transférée à New Forbes;
- b) New Forbes aurait le droit de recevoir une somme précise pour les attributs fiscaux (3,8 millions de dollars, avec certains ajustements positifs potentiels). De cette somme, 3 millions de dollars seraient versés immédiatement et une somme de 800 000 \$ serait versée un an plus tard.
- c) New Forbes laisserait les rênes de l'intimée à Matco.

[14] Comme je l'explique ci-dessous, ces arrangements devaient permettre d'éviter que Matco acquière le contrôle de l'intimée, ou obtienne un droit d'en acquérir le contrôle. Le présent aperçu ne décrit pas toutes les dispositions de la convention concernant le contrôle. Certaines seront abordées plus loin dans les motifs, dans le cadre de l'analyse portant sur la RGAÉ.

[15] La contre-partie immédiate, de 3 millions de dollars, serait initialement versée par Matco à l'intimée en contre-partie d'une débenture convertible qui serait émise par l'intimée. Pour plus de simplicité, la somme de 3 millions de dollars, et les autres sommes indiquées

The difference between the approximations and actual amounts is not material to the appeal.

[16] The convertible debenture could be converted at Matco's option into voting and non-voting common shares of the respondent that would provide Matco with 79 percent of the equity and 35 percent of the votes on a fully diluted basis. The consideration for the debenture represented 79 percent of the total amount (\$3.8 million) that New Forbes was entitled to receive from Matco for the tax attributes.

[17] Upon issuance of the debenture, New Forbes would continue to own all of the issued shares of the respondent, except for a nominal amount of shares that had been issued to avoid the Investment Agreement being a unanimous shareholders agreement, which might have affected control. As a result of the issuance of the debenture, the shares of the respondent that were owned by New Forbes would represent 21 percent of the equity and 65 percent of the votes on a fully diluted basis.

[18] The Agreement also provided that the existing assets and liabilities of the respondent and the \$3 million consideration paid for the debenture would be transferred to New Forbes. As a result, the respondent would retain its tax attributes and effectively become a shell with no assets and one liability—an obligation to pay principal and interest to Matco under the convertible debenture.

[19] The arrangement contemplated that Matco would use its expertise to arrange a takeover of the respondent in an initial public offering (IPO) or similar transaction. The Agreement referred to this as a "Corporate Opportunity". The funds raised by a Corporate Opportunity would be used by the respondent to commence a new business that would earn profits and utilize the tax attributes. An IPO or similar transaction was critical to the plan because the tax attributes would be extinguished if the respondent was acquired by a "person or group of persons". As discussed below, an IPO provided an opportunity to ensure that such an acquisition did not take place.

dans les présents motifs, sont approximatives. La différence entre les sommes approximatives et les sommes réelles n'a pas d'importance pour le présent appel.

[16] La débenture convertible pourrait être convertie, au choix de Matco, en actions ordinaires avec droit de vote et sans droit de vote de l'intimée, ce qui donnerait à Matco 79 p. 100 des actions à revenu variable et 35 p. 100 des actions avec droit de vote, après dilution totale. La contrepartie pour la débenture représentait 79 p. 100 de la somme totale (3,8 millions de dollars) que New Forbes était autorisée à recevoir de Matco pour les attributs fiscaux.

[17] À l'émission de la débenture, New Forbes continuerait à posséder toutes les actions émises de l'intimée, à l'exception d'une quantité nominale d'actions qui avaient été émises afin d'empêcher que la convention d'investissement ait valeur de convention unanime des actionnaires, ce qui aurait pu avoir une incidence sur le contrôle. À la suite de l'émission de la débenture, les actions de l'intimée que possédait New Forbes représenteraient 21 p. 100 des actions à revenu variable et 65 p. 100 des actions avec droit de vote, après dilution.

[18] La convention prévoyait également que l'actif existant et les dettes de l'intimée, ainsi que la contrepartie de 3 millions de dollars versée pour la débenture, seraient transférés à New Forbes. Ainsi, l'intimée conserverait ses attributs fiscaux et deviendrait en fait une coquille sans actif et avec une seule dette; une obligation de verser le capital et les intérêts à Matco aux termes de la débenture convertible.

[19] L'arrangement prévoyait que Matco utiliserait son expertise pour organiser l'acquisition de l'intimée lors d'un premier appel public à l'épargne (PAPE) ou d'une opération similaire. La convention faisait référence à cette opération comme à une « occasion d'affaires ». Les fonds obtenus grâce à cette occasion d'affaires seraient utilisés par l'intimée pour démarrer une nouvelle entreprise qui ferait des bénéfices et utiliserait les attributs fiscaux. Un PAPE, ou une opération similaire, était essentiel au plan, parce que les attributs fiscaux s'éteindraient si l'intimée était acquise par une « personne ou par un groupe de personnes ». Comme il est mentionné

[20] Upon entering into the Agreement, New Forbes issued a press release announcing that it had completed a transaction with a private investor in which New Forbes received \$3 million of capital, to be followed by an additional \$800,000 within one year, with a possible upside on the latter amount.

[21] The reference in the press release to the additional consideration to be received within one year was a reference to Matco's obligation within one year to either make an offer for New Forbes' 21 percent interest for at least \$800,000 or to simply pay \$800,000 without acquiring the shares. Matco's option to pay the additional amount without acquiring shares was necessary to avoid Matco acquiring *de jure* control if Matco was not able to arrange an IPO or similar transaction.

[22] The reference to an upside potential on the \$800,000 refers to the possibility that New Forbes might reject Matco's offer to purchase the shares of the respondent. Instead, New Forbes might choose to continue to own the shares which, by this time, might be trading on a stock exchange at an amount greater than \$800,000 by reason of an IPO.

*The initial public offering and subsequent events*

[23] After the initial steps described above were completed, Matco endeavoured to arrange an IPO or similar transaction.

[24] In December 2008, Matco commenced negotiations with Deans Knight Capital Management Ltd. (DK Capital Management) regarding a proposed takeover of the respondent by way of an IPO. The respondent changed its name to Deans Knight Income Corporation in February 2009, and the IPO closed approximately one month later.

ci-dessous, un PAPE fournissait une occasion de s'assurer qu'une telle acquisition n'ait pas lieu.

[20] Au moment de signer la convention, New Forbes a publié un communiqué annonçant qu'elle avait conclu une opération avec un investisseur privé, par laquelle New Forbes recevrait 3 millions de dollars de capital, et une somme additionnelle de 800 000 \$ dans l'année suivante, avec rajustement positif possible de cette somme.

[21] La mention dans le communiqué de la contrepartie additionnelle à recevoir dans l'année faisait référence à l'obligation de Matco, dans un délai d'un an, de faire une offre pour les 21 p. cent d'actions de New Forbes pour la somme d'au moins 800 000 \$, ou de simplement verser la somme de 800 000 \$ sans acquérir les actions. L'option dont disposait Matco de verser la somme additionnelle sans acquérir les actions était nécessaire pour éviter que Matco n'obtienne un contrôle *de jure* (ou contrôle de droit) dans l'éventualité où Matco ne pourrait organiser un PAPE ou une opération similaire.

[22] La mention d'un rajustement positif possible de la somme de 800 000 \$ fait référence à la possibilité que New Forbes puisse rejeter l'offre de Matco d'acheter les actions de l'intimée. New Forbes pourrait plutôt choisir de conserver les actions, lesquelles, à ce moment, pourraient s'échanger à la bourse pour un montant supérieur à 800 000 \$ par le truchement d'un PAPE.

*Le premier appel public à l'épargne et les événements qui ont suivi*

[23] Une fois les démarches initiales décrites ci-dessus achevées, Matco a entrepris d'organiser un PAPE ou une opération similaire.

[24] En décembre 2008, Matco a entrepris des négociations avec Deans Knight Capital Management Ltd. (DK Capital Management) concernant l'acquisition proposée de l'intimée par le truchement d'un PAPE. L'intimée a changé son nom pour celui de Deans Knight Income Corporation en février 2009, et le PAPE est arrivé à échéance environ un mois plus tard.

[25] The respondent raised \$100 million in the IPO. According to the prospectus related to the offering, the proceeds were to be managed by DK Capital Management and invested in corporate debt securities. The prospectus stated that the respondent had tax attributes that it expected would reduce the taxable income of the respondent. It also stated that there was a risk that “the CRA could successfully challenge the amount of such tax attributes or their availability to the Company”. The respondent was to have a limited five-year life after the IPO.

[26] Immediately prior to the closing of the IPO, Matco converted its debenture into voting and non-voting shares of the respondent. Subsequent to the closing, Matco made an offer to New Forbes to purchase all of its shares of the respondent for \$800,000. The offer was accepted.

[27] As a result of these transactions, Matco invested \$3.8 million and owned shares of the respondent with a value of \$5 million at that time. New Forbes no longer owned any shares of the respondent and it had realized \$3.8 million.

[28] As discussed earlier, the respondent deducted the majority of the tax attributes in its 2009 to 2012 taxation years to reduce its tax liability from the debt-securities business. On July 16, 2014, the respondent was reassessed for these taxation years to deny the deductions claimed.

### C. Applicable legislation

[29] The relevant statutory scheme applicable to the taxation years at issue is discussed below. Extracts of these provisions are set out in Appendix A.

#### *The general anti-avoidance rule*

[30] Section 245 of the Act, the GAAR, was enacted in 1988 as a means to combat abusive tax avoidance in

[25] L’intimée a obtenu 100 millions de dollars lors du PAPE. Selon le prospectus lié à l’appel à l’épargne, le produit de cet appel à l’épargne devait être géré par DK Capital Management et servir à l’achat de titres de créance de la société. Le prospectus indiquait que l’intimée disposait d’attributs fiscaux qui lui permettraient selon elle de réduire le revenu imposable de l’intimée. On y indiquait aussi qu’il existait un risque que [TRADUCTION] « l’Agence du revenu du Canada conteste avec succès le montant de ces attributs fiscaux ou leur utilisation par l’entreprise ». L’intimée devait avoir une durée de vie limitée de cinq ans après le PAPE.

[26] Juste avant la clôture du PAPE, Matco a converti sa débenture en actions avec droit de vote et en actions sans droit de vote de l’intimée. Après la clôture, Matco a fait une offre à New Forbes afin de racheter toutes ses actions de l’intimée pour la somme de 800 000 \$. L’offre a été acceptée.

[27] Grâce à ces transactions, Matco a investi 3,8 millions de dollars et a acquis les actions de l’intimée d’une valeur à ce moment de 5 millions de dollars. New Forbes ne possédait plus aucune action de l’intimée et avait recouvré 3,8 millions de dollars.

[28] Comme je l’ai indiqué plus tôt, l’intimée a déduit la majeure partie des attributs fiscaux durant les années d’imposition 2009 à 2012 afin de réduire la dette fiscale liée à l’entreprise portant sur des titres de créance. Le 16 juillet 2014, le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour les années d’imposition 2009 à 2012 afin de refuser à l’intimée les déductions demandées.

### C. Dispositions législatives applicables

[29] Le régime législatif pertinent applicable aux années d’imposition en litige est expliqué ci-dessous. Des extraits de ces dispositions sont présentés à l’annexe A.

#### *Règle générale anti-évitement*

[30] L’article 245 de la Loi, appelé la RGAÉ, a été adopté en 1988 afin de lutter contre l’évitement fiscal

light of the failure of specific anti-avoidance rules to effectively accomplish this objective.

[31] The Supreme Court has provided significant guidance as to the proper interpretation of section 245. See for example *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 and *Copthorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 S.C.R. 721 [*Copthorne*].

[32] As described in *Copthorne* (at paragraph 33), three questions must be determined under section 245:

- Was there a tax benefit?
- Was the transaction giving rise to the tax benefit an avoidance transaction? and
- Was the avoidance transaction giving rise to the tax benefit abusive?

[33] A tax benefit is defined in subsection 245(1) of the Act and includes a reduction of tax.

[34] An avoidance transaction is defined in subsection 245(3) of the Act. It includes a transaction that results in a tax benefit and is not undertaken primarily for *bona fide* non-tax purposes. An avoidance transaction also includes a transaction that is part of a series of transactions that results in a tax benefit. Guidance on how to determine an avoidance transaction where there is a series is provided in *Copthorne*, at paragraph 40:

... it is necessary to determine if there was a series, which transactions make up the series, and whether the tax benefit resulted from the series. If there is a series that results, directly or indirectly, in a tax benefit, it will be caught by s. 245(3) unless each transaction within the series could “reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain [a] tax benefit”.

abusif, les règles anti-évitement particulières ne pouvant répondre à cet objectif de manière efficace.

[31] La Cour suprême du Canada a fourni d’importantes directives concernant l’interprétation appropriée de l’article 245. Voir par exemple les arrêts *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 et *Copthorne Holdings Ltd. c. Canada*, 2011 CSC 63, [2011] 3 R.C.S. 721 [*Copthorne*].

[32] Comme il est indiqué dans l’arrêt *Copthorne* (au paragraphe 33), l’article 245 exige que l’on détermine trois questions :

- Y a-t-il eu avantage fiscal?
- L’opération ayant généré l’avantage fiscal était-elle une opération d’évitement?
- L’opération d’évitement ayant généré l’avantage fiscal était-elle abusive?

[33] L’expression « avantage fiscal » est définie au paragraphe 245(1) de la Loi et inclut la réduction d’impôt.

[34] L’expression « opération d’évitement » est définie au paragraphe 245(3) de la Loi. L’opération d’évitement s’entend d’une opération dont découle un avantage fiscal et qui n’est pas principalement effectuée pour un objet non fiscal véritable. L’opération d’évitement s’entend également de l’opération qui fait partie d’une série d’opérations dont découle un avantage fiscal. L’arrêt *Copthorne*, au paragraphe 40, fournit une orientation sur la manière de déterminer si une opération faisant partie d’une série d’opérations constitue une opération d’évitement :

[...] il faut déterminer s’il y a eu une série, quelles opérations en font partie et si l’avantage fiscal découle de la série. La série d’opérations dont découle directement ou non un avantage fiscal tombe sous le coup du par. 245(3), sauf s’il est « raisonnable de considérer que [chacune des opérations de la série] est principalement effectuée pour des objets véritables — l’obtention de l’avantage fiscal n’étant pas considérée comme un objet véritable ».



[35] Where there is an avoidance transaction, the tax benefit that results from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction is to be denied (subsection 245(2) of the Act).

[36] However, subsection 245(4) of the Act provides that a tax benefit is not to be denied unless the avoidance transaction is abusive. Although the term “abuse” is not defined in the Act, it has been extensively discussed in the jurisprudence.

[37] In determining whether a transaction is an abuse, the analysis is to proceed in two steps (*Copthorne*, at paragraphs 69 and 71). The first step is to determine the object, spirit and purpose or underlying rationale of the relevant provisions of the Act. Then the Court must determine if the avoidance transaction falls within or frustrates that underlying rationale.

[38] If the tax benefit results from a series of transactions and not from the avoidance transaction by itself, the Court is to focus the abuse analysis on the avoidance transaction but view it in the context of the series of transactions (*Copthorne*, at paragraph 71).

[39] At the second step of the abuse analysis, the Crown must clearly demonstrate that the transaction is an abuse of the Act (*Copthorne*, at paragraph 72).

#### *Non-capital losses*

[40] The non-capital losses that are relevant in this appeal are losses from a business. This type of loss may be carried back three years and carried forward 20 years to reduce taxable income in those years (paragraph 111(1)(a) of the Act).

[41] If there has been an acquisition of control of the loss corporation by a person or group of persons, the non-capital loss carryover is restricted (subsection 111(5)). If the loss corporation no longer carries on the business that incurred the losses, the non-capital loss carryover is prohibited outright.

[35] En cas d'opération d'évitement, l'avantage fiscal qui découle de cette opération ou d'une série d'opérations dont fait partie cette opération doit être supprimé (paragraphe 245(2) de la Loi).

[36] Toutefois, le paragraphe 245(4) de la Loi prévoit que l'avantage fiscal ne peut être supprimé, à moins que l'opération d'évitement soit abusive. Même si le terme « abus » n'est pas défini dans la Loi, la jurisprudence en traite abondamment.

[37] Pour déterminer si une opération est abusive, la Cour doit effectuer une analyse en deux étapes (arrêt *Copthorne*, aux paragraphes 69 et 71). La première étape consiste à déterminer l'objet et l'esprit de la Loi, ou les raisons d'être qui sous-tendent les dispositions pertinentes de la Loi. La Cour doit ensuite déterminer si l'opération d'évitement est conforme à ces raisons d'être ou les contrecarre.

[38] Si l'avantage fiscal découle d'une série d'opérations et non de l'opération d'évitement elle-même, la Cour doit concentrer son analyse sur l'opération d'évitement, mais l'examiner dans le contexte de la série d'opérations (arrêt *Copthorne*, au paragraphe 71).

[39] À la seconde étape de l'analyse, la Couronne doit montrer clairement que l'opération a un caractère abusif (arrêt *Copthorne*, au paragraphe 72).

#### *Pertes autres que des pertes en capital*

[40] Les pertes autres que des pertes en capital qui sont pertinentes dans le cadre du présent appel sont des pertes d'une entreprise. Ce type de pertes peut être reporté sur les trois exercices précédents et sur les 20 exercices suivants, afin de réduire le revenu imposable pour ces années (paragraphe 111(1)a de la Loi).

[41] S'il y a eu acquisition du contrôle de la société déficitaire par une personne ou par un groupe de personnes, le report des pertes autres que les pertes en capital est restreint (paragraphe 111(5)). Si la société déficitaire n'exerce plus les activités ayant entraîné les pertes, le report des pertes autres que les pertes en capital est expressément interdit.

[42] Loss restriction provisions such as this have had a long history in the Act. They were first introduced in 1958 and were enhanced in 1963 by the introduction of an acquisition-of-control test. In 1963, the Minister of Finance stated that the purpose of the acquisition-of-control test was to stop a “practice [that] has developed of trafficking in the shares of companies whose businesses have been discontinued, but which technically have certain tax loss carry forward entitlements” (Bill C-95, “An Act to amend the Income Tax Act”, 2nd reading, *House of Commons Debates*, 26th Parl., 1st Sess., No. 4 (16 October 1963), at page 3637). The 1963 legislation prohibits the carrying forward of a business loss if “control of the corporation has been acquired ... by a person or persons ... [and] the corporation was not ... carrying on the business in which the loss was sustained” (subsection 27(5) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148).

[43] This legislation has been fine-tuned over the years but the restriction that was introduced in 1963 remains today.

[44] The term “acquisition of control” in subsection 111(5) of the Act has been judicially determined to mean *de jure* control (*Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 S.C.R. 795, (1998), 159 D.L.R. (4th) 457 [*Duha Printers*]). This generally means the ability, through the ownership of shares, to elect the majority of the board of directors (*Duha Printers*, at paragraph 36).

[45] In order for multiple shareholders to collectively exercise *de jure* control of a corporation, there must be a sufficient common connection between them, such as in a voting agreement, an agreement to act in concert, or business or family relationships (*Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260, [2003] 1 F.C. 447, at paragraph 36). Accordingly, an IPO which results in a corporation being widely held may achieve a takeover without an acquisition of *de jure* control.

[46] The reach of subsection 111(5) was expanded effective in 1979 to include, among other things, an

[42] Les dispositions de ce genre sur la restriction des pertes ne datent pas d’hier. Elles ont été introduites en 1958, puis améliorées en 1963 par l’introduction d’un critère sur l’acquisition du contrôle. En 1963, le ministre des Finances a affirmé que l’objet du critère sur l’acquisition du contrôle était de mettre fin à « un trafic des actions de sociétés qui ont fermé leurs portes, mais qui, du point de vue technique, ont le droit de reporter sur les années suivantes certaines pertes déductibles » (projet de loi C-95, « Loi modifiant la Loi de l’impôt sur le revenu », 2<sup>e</sup> lecture, *Débats de la Chambre des communes*, 26<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., n<sup>o</sup> 4 (16 octobre 1963), à la page 3637 [de la version anglaise {page 3822 de la version française}]. La loi de 1963 interdit le report de pertes d’entreprise si « le contrôle de la corporation a été acquis [...] par une ou plusieurs personnes [...] et la corporation n’exerçait pas [...] les affaires dans lesquelles la perte a été subie » (paragraphe 27(5) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148).

[43] Cette loi a été ajustée au fil des ans, mais la restriction introduite en 1963 demeure valide encore de nos jours.

[44] Il a été confirmé judiciairement que le terme « contrôle » figurant au paragraphe 111(5) de la Loi s’entendait du contrôle *de jure* (*Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 R.C.S. 795 [*Duha Printers*]). Il est généralement lié à la capacité, si l’on possède des actions de l’entreprise, d’élire la majorité des membres du conseil d’administration (arrêt *Duha Printers*, au paragraphe 36).

[45] Pour que plusieurs actionnaires puissent exercer collectivement un contrôle *de jure* d’une société, il est nécessaire qu’il y ait un lien suffisant entre eux, notamment par une convention en matière de droits de vote, une entente pour agir de concert ou des liens commerciaux ou familiaux (*Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, [2003] 1 C.F. 447, au paragraphe 36). Par conséquent, un PAPE qui permettrait à un grand nombre de personnes d’acquérir les actions d’une société pourrait donner lieu à une prise de contrôle sans l’acquisition d’un contrôle *de jure*.

[46] La portée du paragraphe 111(5) a été élargie en 1979 afin d’inclure, entre autres choses, l’obtention

acquisition of a right to acquire shares if one of the main purposes for the acquisition was to avoid the application of subsection 111(5) (subsection 256(8) and paragraph 251(5)(b) of the Act).

[47] The Act also includes other deeming rules that expand the reach of subsection 111(5) in specified circumstances. These provisions are described in the reasons of the Tax Court (at paragraphs 111–125).

#### D. The Tax Court decision

[48] The Tax Court considered two issues: whether there was an acquisition of control by Matco pursuant to subsection 256(8), and whether the GAAR applied.

[49] The first issue required the Tax Court to determine whether Matco acquired a right to purchase the majority of the voting shares of the respondent such that losses were extinguished by a combination of subsection 256(8), paragraph 251(5)(b) and subsection 111(5) of the Act. The Tax Court determined that Matco did not obtain a right of this nature. Neither party has challenged this conclusion.

[50] The second issue concerned the GAAR. The first two questions in the GAAR analysis were determined in favour of the Crown. There was a tax benefit and an avoidance transaction. These findings are not in dispute.

[51] The Tax Court then considered whether the relevant transactions were an abuse. It first addressed the object, spirit and purpose of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8). The Court undertook a textual, contextual and purposive interpretation of these provisions and concluded that (emphasis added):

- The object, spirit or purpose of paragraph 111(1)(a) “is to provide relief to taxpayers who have suffered losses, given that the government, through income tax, shares in the income of a taxpayer” (at paragraph 99);

d’un droit d’acquérir des actions si l’un des principaux objectifs de l’acquisition était d’empêcher l’application du paragraphe 111(5) (paragraphe 256(8) et alinéa 251(5)b) de la Loi).

[47] La Loi comprend également d’autres dispositions déterminatives qui élargissent la portée du paragraphe 111(5) dans certaines circonstances précises. Ces dispositions sont décrites dans les motifs de la Cour de l’impôt (aux paragraphes 111 à 125).

#### D. Décision de la Cour de l’impôt

[48] La Cour de l’impôt s’est penchée sur deux questions : y avait-il eu acquisition du contrôle par Matco aux termes du paragraphe 256(8), et la RGAÉ s’appliquait-elle?

[49] En ce qui concerne la première question en litige, la Cour de l’impôt devait déterminer si Matco avait acquis un droit de racheter la majorité des actions avec droit de vote de l’intimée, de telle sorte que les pertes étaient épuisées par l’application combinée du paragraphe 256(8), de l’alinéa 251(5)b) et du paragraphe 111(5) de la Loi. La Cour de l’impôt a jugé que Matco n’avait pas obtenu un droit de cette nature. Aucune des parties n’a contesté cette conclusion.

[50] La seconde question en litige concernait la RGAÉ. Les deux premières questions de l’analyse relative à la RGAÉ ont été tranchées en faveur de la Couronne. Il y avait eu un avantage fiscal et une opération d’évitement. Ces conclusions ne sont pas contestées.

[51] La Cour de l’impôt s’est ensuite demandé si les opérations pertinentes avaient un caractère abusif. Elle a d’abord examiné l’objet et l’esprit de l’alinéa 111(1)a), du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8). La Cour a effectué une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de ces dispositions et a conclu ce qui suit (non souligné dans l’original) :

- Tant l’objet que l’esprit de l’alinéa 111(1)a) « est d’offrir un allègement aux contribuables qui ont subi des pertes étant donné que l’État, quand il prélève un impôt sur le revenu, tire profit de leurs revenus » (au paragraphe 99).

- The object, spirit or purpose of subsection 111(5) “is to target manipulation of losses of a corporation by a new person or group of persons, through effective control over the corporation’s actions” (at paragraph 134); and
- The object, spirit or purpose of subsection 256(8) “is to prevent a taxpayer from circumventing the listed avoidance provisions by acquiring control over shares or share voting rights in order to achieve effective control of the corporation” (at paragraph 138).
- L’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) « appellent la restriction des manipulations des pertes d’une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société » (au paragraphe 134);
- L’objet et l’esprit du paragraphe 256(8) consistent « à empêcher un contribuable de contourner les dispositions sur l’évitement fiscal en acquérant le contrôle sur les actions ou les droits de vote rattachés aux actions pour s’approprier le contrôle effectif d’une société » (au paragraphe 138).

[52] The Tax Court was then required to consider whether such purposes had been frustrated. The Court ultimately concluded that the underlying rationale of subsection 111(5) and subsection 256(8) had not been defeated and accordingly there was no abuse.

[53] With respect to subsection 111(5), the abuse analysis turned on whether Matco had effective control over the actions of the respondent. The Tax Court rejected the Crown’s submission that changes in management, business activity, assets and name post-IPO are relevant in determining whether there is a change of effective control. The Tax Court also rejected the submission that the change in shareholders post-IPO was relevant because there likely was no common connection among the public shareholders.

[54] The Tax Court went on to conclude that there was no attempt to disguise what rights Matco had and that Matco simply did not have effective control over the respondent or need such control to make the arrangement work. The respondent participated freely in the transactions that resulted in the use of the tax attributes. Further, the respondent acting on its own could have arranged with DK Capital Management to raise funds by means of an IPO and to carry on the investment business without the assistance and participation of Matco.

[52] La Cour de l’impôt devait ensuite déterminer si ces objectifs avaient été contrecarrés. La Cour a finalement conclu que la raison d’être du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8) n’avait pas été contrecarrée, et qu’il n’y avait donc pas eu abus.

[53] En ce qui concerne le paragraphe 111(5), la Cour, dans son analyse, s’est demandé si Matco avait un contrôle effectif sur les actions de l’intimée. La Cour de l’impôt a rejeté les observations de la Couronne, selon lesquelles les changements relatifs à la direction, aux activités commerciales, à l’actif, ou à la dénomination après un PAPE sont pertinents pour ce qui est de déterminer s’il y a eu changement concernant le contrôle effectif. La Cour de l’impôt a également rejeté l’argument selon lequel les changements au sein de l’actionnariat à la suite du PAPE étaient pertinents, parce qu’il n’y avait vraisemblablement pas de lien commun entre les actionnaires.

[54] La Cour de l’impôt a conclu que l’on n’avait pas tenté de dénaturer les droits de Matco à l’égard de l’intimée, et que Matco n’avait pas concrètement le contrôle effectif de l’intimée, ou n’avait pas besoin de ce contrôle pour mener à bien le plan fiscal. L’intimée a participé de son plein gré aux opérations ayant permis l’utilisation des attributs fiscaux. En outre, l’intimée aurait pu, de son propre chef, s’associer à DK Capital Management pour réunir des fonds par la voie d’un PAPE et poursuivre l’exploitation de l’entreprise d’investissement sans l’aide ou la participation de Matco.

[55] With respect to subsection 256(8), the abuse analysis turned on whether Matco had effective control over the shares of the respondent owned by New Forbes. These shares represented *de jure* control. The Tax Court rejected the Crown's submissions that: (1) the Investment Agreement gave Matco effective control over the shares held by New Forbes; (2) Matco, New Forbes and the respondent intended at all times that Matco would acquire those shares; and (3) Matco, New Forbes and the respondent intended and acted as though Matco had effective control over the shares.

#### E. Positions of the parties

[56] In this Court, the Crown only made arguments concerning the GAAR, and specifically the requirement of abuse. The Crown addressed the object, spirit and purpose of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8) before turning to whether the transactions resulted in abusive tax avoidance.

[57] The Crown submits that the purpose of paragraph 111(1)(a) is to obtain a truer picture of a taxpayer's income over a period of years.

[58] As for subsection 111(5), the Crown argues that the object, spirit and purpose is part of a general policy in the Act to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exceptions. The Crown submits that the rationale for the acquisition of control test is to serve as a proxy for the degree of continuity of shareholder interest required to allow corporate losses to offset income from a new business.

[59] As for subsection 256(8), the Crown submits that the underlying rationale of this provision is to combat structures that are designed to avoid the acquisition of control test in subsection 111(5) in order to facilitate inappropriate loss trading.

[55] En ce qui concerne le paragraphe 256(8), la Cour, dans son analyse sur l'abus, s'est demandé si Matco avait un contrôle effectif sur les actions de l'intimée que possédait New Forbes. Ces actions représentaient un contrôle *de jure*. La Cour de l'impôt a rejeté les arguments de la Couronne, selon lesquels : 1) la convention d'investissement conférait à Matco le contrôle effectif sur les actions que détenait New Forbes; 2) l'intention de Matco, de New Forbes et de l'intimée avait toujours été que Matco acquière ces actions; et 3) Matco, New Forbes et l'intimée ont agi comme si Matco avait un contrôle effectif sur les actions.

#### E. Les thèses des parties

[56] Devant notre Cour, la Couronne n'a présenté des arguments qu'à propos de la RGAÉ, et plus précisément à propos de la question de l'abus. La Couronne a fait état de l'objet et de l'esprit de l'alinéa 111(1)a, du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8), avant de passer à la question de savoir si les opérations avaient entraîné un évitement fiscal abusif.

[57] La Couronne affirme que l'objectif de l'alinéa 111(1)a est d'obtenir une image plus exacte du revenu d'un contribuable sur un certain nombre d'années.

[58] Quant au paragraphe 111(5), la Couronne soutient que l'objet et l'esprit de la disposition font partie d'une politique générale de la Loi visant à interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d'exceptions précises. La Couronne soutient que la raison d'être du critère sur l'acquisition du contrôle est de permettre une évaluation approximative du degré de continuité des intérêts des actionnaires nécessaire pour que les pertes d'une société puissent être utilisées pour réduire le revenu d'une nouvelle entreprise.

[59] Quant au paragraphe 256(8), la Couronne soutient que la raison d'être de cette disposition est de lutter contre les structures qui sont conçues pour échapper au critère sur l'acquisition du contrôle du paragraphe 111(5), afin de permettre un échange non approprié de pertes.

[60] In its concluding submission, the Crown argues that “the transactions clearly circumvent, and are not in accord with, the underlying rationale of paragraph 111(1)(a), subsection 111(5) and subsection 256(8)”. Further, “the transactions undertaken result in abusive tax avoidance because they blatantly avoided an acquisition of control of the respondent, caused the cessation of the business that generated the Tax Attributes and completely severed the shareholder interest in that former business from the new business carried on as a result of the IPO”.

[61] The respondent also addressed the abuse requirement. It first addressed the object, spirit and purpose of subsection 111(5). It submits that the underlying rationale of subsection 111(5) is fully reflected in its text, which reflects a clear policy choice of Parliament. As for subsection 256(8), the respondent submits that Parliament wanted to ensure that taxpayers do not artificially avoid acquisitions of control by having, but not exercising, rights that would put them in a position of *de jure* control.

[62] Regarding the transactions at issue, the respondent takes the position that Matco did not acquire control of the respondent under the Investment Agreement, or otherwise “seek to control its destiny to its own advantage”. The respondent characterizes the Investment Agreement as incentivizing mutually beneficial behaviour while providing consequences if either party pursues activities that harm another party’s interests.

#### F. Analysis

##### *Standard of review*

[63] The appellate standard of review applies to this appeal. Questions of law are to be determined on the correctness standard, and questions of fact and questions of mixed fact and law (excluding extricable questions of law) are to be determined on the basis of palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[60] Dans ses observations finales, la Couronne soutient que [TRADUCTION] « les transactions contournent hors de tout doute la raison d’être de l’alinéa 111(1)a), du paragraphe 111(5) et du paragraphe 256(8), et n’y sont pas conformes ». De plus, [TRADUCTION] « un évitement fiscal abusif découle des opérations effectuées, parce qu’elles ont permis d’éviter, de manière flagrante, une prise de contrôle de l’intimée, entraîné la cessation des activités ayant généré les attributs fiscaux, et complètement dissocié les intérêts des actionnaires dans cette ancienne entreprise de la nouvelle entreprise créée à la suite du PAPE ».

[61] L’intimée a également traité de la question de l’abus. Elle a d’abord parlé de l’objet et de l’esprit du paragraphe 111(5). Elle affirme que la raison d’être du paragraphe 111(5) est entièrement reproduite dans son libellé, qui représente un choix politique clair du législateur. Quant au paragraphe 256(8), l’intimée affirme que le législateur voulait s’assurer que les contribuables ne puissent de manière artificielle éviter les prises de contrôle en obtenant, sans les exercer, des droits qui les mettraient dans une position de contrôle *de jure*.

[62] En ce qui concerne les opérations en litige, l’intimée affirme que Matco n’a pas acquis le contrôle de l’intimée aux termes de la convention d’investissement ou, par ailleurs, [TRADUCTION] « cherché à contrôler sa destinée à son propre avantage ». L’intimée qualifie la convention d’investissement d’outil incitatif profitable aux deux parties, tout en prévoyant des conséquences si l’une ou l’autre des parties exerçait des activités qui pourraient nuire aux intérêts de l’autre partie.

#### F. Discussion

##### *La norme de contrôle*

[63] La norme de contrôle applicable en appel s’applique au présent appel. Les questions de droit doivent être examinées selon la norme de la décision correcte et les questions de fait ainsi que les questions mixtes de droit et de fait (à l’exclusion des questions de droit isolables) doivent être examinées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante : voir l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.



[64] With respect to the abuse requirement in subsection 245(4) of the Act, findings concerning the object, spirit and purpose of the legislation are subject to review for correctness and findings whether there is an abuse on the particular facts are subject to review for palpable and overriding error: *Canada v. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 FCA 30, [2018] 4 F.C.R. 3, at paragraph 39.

*The issue*

[65] In this appeal, the Crown submits that the arrangement with Matco constitutes abusive tax avoidance.

[66] As mentioned earlier, a GAAR analysis involves three questions. The Tax Court's findings with respect to the first two are not in dispute. Accordingly, the following will be assumed for purposes of this analysis:

- (a) The tax benefit is comprised of the reduction of the respondent's tax liability that resulted from deducting the tax attributes (at paragraph 73); and
- (b) The avoidance transactions consist of entering into the Investment Agreement, the respondent's restructuring of itself, and all related transactions (at paragraph 83).

[67] A point of clarification should be made. In the Tax Court, the Crown did not allege that the IPO was part of the series of transactions. In this appeal, the parties now accept that the IPO is part of the series of transactions. This position is well supported by the evidence.

[68] I now turn to the third question in the GAAR analysis—whether there is abuse. This question involves two steps. The first is to determine the object, spirit and purpose of the provisions of the Act relied upon, and the second is to determine whether the transactions frustrate this purpose.

[64] En ce qui a trait à la question de l'abus au paragraphe 245(4) de la Loi, les conclusions concernant l'objet et l'esprit de la loi doivent être examinées selon la norme de la décision correcte et les conclusions portant sur la question de savoir s'il y a abus compte tenu des faits particuliers sont assujetties à la norme de l'erreur manifeste et dominante : *Canada c. Oxford Properties Group Inc.*, 2018 CAF 30, [2018] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 39.

*La question en litige*

[65] Dans le présent appel, la Couronne affirme que l'arrangement avec Matco constitue un évitement fiscal abusif.

[66] Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'analyse relative à la RGAÉ comporte trois questions. Les conclusions de la Cour de l'impôt relativement aux deux premières questions ne sont pas contestées. Par conséquent, nous poserons les hypothèses suivantes pour les besoins de cette analyse :

- a) L'avantage fiscal correspond à la réduction de la dette fiscale de l'intimée découlant de la déduction des attributs fiscaux (au paragraphe 73);
- b) La signature de la convention d'investissement, la restructuration de l'intimée elle-même, et l'ensemble des opérations connexes constituent les opérations d'évitement (au paragraphe 83).

[67] Une clarification doit être apportée. Devant la Cour de l'impôt, la Couronne n'a pas soutenu que le PAPE faisait partie de la série d'opérations. Dans le présent appel, les parties conviennent maintenant que le PAPE représente un élément de la série d'opérations. Cette thèse est bien étayée par la preuve.

[68] Je me pencherai maintenant sur la troisième question de l'analyse relative à la RGAÉ, soit la question de savoir s'il y a eu abus. Cette question comporte deux volets. Il faut d'abord déterminer l'objet et l'esprit des dispositions de la Loi qui sont invoquées, et ensuite déterminer si les opérations contrecarrent cet objectif.

[69] The Crown argues that there is an abuse because the transactions circumvent the loss restriction on an acquisition of control under subsection 111(5) and the deeming rule in subsection 256(8). However, it is not necessary in this appeal to undertake an abuse analysis with respect to subsection 256(8). Subsection 111(5) of the Act is the more appropriate provision because it refers broadly to an acquisition of control of a corporation. Subsection 256(8) refers to a right with respect to a share that, if exercised, would result in an acquisition of control. It is sufficient in these reasons to focus on subsection 111(5).

*Step 1 of abuse analysis — What is the object, spirit and purpose of subsection 111(5)?*

[70] The Tax Court undertook a detailed textual, contextual and purposive analysis of subsection 111(5) and determined that the object, spirit and purpose of this provision is “to target manipulation of losses of a corporation by a new person or group of persons, through effective control over the corporation’s actions” (at paragraph 134).

[71] I agree with the Tax Court’s conclusion as to the object, spirit and purpose of subsection 111(5), substantially for the reasons given (at paragraphs 100–134). The relevant parts of the reasons are reproduced in Appendix B.

[72] However, the Tax Court’s statement of the underlying rationale of subsection 111(5) lacks clarity. This was evident in the submissions before this Court on what the Tax Court meant by “effective control”. I would rearticulate the object, spirit and purpose of subsection 111(5) as follows: it is to restrict the use of specified losses, including non-capital losses, if a person or group of persons has acquired actual control over the corporation’s actions, whether by way of *de jure* control or otherwise.

[69] La Couronne soutient qu’il y a eu abus, parce que les opérations contournent la restriction sur l’utilisation des pertes lors d’une prise de contrôle prévue au paragraphe 111(5), et la disposition déterminative du paragraphe 256(8). Toutefois, il n’est pas nécessaire dans le présent appel d’entreprendre une analyse relative à la question de l’abus en ce qui concerne le paragraphe 256(8). Le paragraphe 111(5) de la Loi est la disposition la plus appropriée, parce qu’il fait référence en termes généraux à une prise de contrôle d’une société. Le paragraphe 256(8) fait référence à un droit concernant des actions qui, s’il était exercé, entraînerait une acquisition du contrôle. Pour les présents motifs, il suffit de se concentrer sur le paragraphe 111(5).

*Étape 1 de l’analyse relative à la question de l’abus — Quel est l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5)?*

[70] La Cour de l’impôt a effectué une analyse textuelle, contextuelle et téléologique détaillée du paragraphe 111(5) et a déterminé que l’objet et l’esprit de cette disposition « appellent la restriction des manipulations des pertes d’une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société » (au paragraphe 134).

[71] Je souscris à la conclusion de la Cour de l’impôt en ce qui concerne l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5), essentiellement pour les mêmes raisons que celles qu’elle a présentées dans ses motifs (aux paragraphes 100 à 134). Les extraits pertinents des motifs sont reproduits à l’annexe A.

[72] Toutefois, l’énoncé de la Cour de l’impôt concernant la raison d’être du paragraphe 111(5) manque de clarté. Les observations présentées à notre Cour à propos de ce qu’entendait la Cour de l’impôt par « contrôle effectif » le montrent bien. Je reformulerais l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) dans les termes suivants : il vise à restreindre l’utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu’une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d’une société, par un contrôle *de jure* ou autrement.



[73] I have replaced the term “effective control” with “actual control”. In their submissions, the parties assumed that the Tax Court used the term “effective control” as a synonym for *de jure* control. As evident in the Tax Court’s reasons, at paragraph 144 and in the Court’s reference to “manipulation” in paragraph 134, the Court did not intend that “effective control” mean *de jure* control. I have changed the terminology to avoid further confusion.

[74] I will now address some of the respondent’s arguments on this issue. The respondent urges this Court to find that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) of the Act is fully expressed by its text: that is, the object, spirit and purpose is to restrict loss carryovers only if there is an acquisition of *de jure* control. The respondent refers to the text of subsection 111(5), the history of the provision, the re-introduction of an equity test in 2013 in section 256.1, the extensive use of a *de facto* control test in the Act (including the broad deeming rule introduced in 2017 in subsection 256(5.11)), and the restrictions in specified circumstances in subsection 256(7).

[75] The respondent submits that these factors illustrate that Parliament designed careful and specific provisions to restrict loss carryovers, and that the policy choice selected in the taxation years at issue was that loss carryovers would be permitted unless there was an acquisition of control in accordance with the provisions of the Act.

[76] I disagree with this submission. Parliament has enacted several specific anti-avoidance rules that apply to a corporation that has unused non-capital losses, but these rules do not reflect a policy that the GAAR has no application to them. In particular, the various specific anti-avoidance rules address different circumstances. They do not work together to provide a comprehensive scheme that is fully reflected in the text of the provisions. Moreover, the position of the respondent is inconsistent with this Court’s determination that the GAAR

[73] J’ai remplacé l’expression « contrôle effectif » par l’expression « contrôle réel ». Dans leurs observations, les parties ont présumé que la Cour de l’impôt utilisait l’expression « contrôle effectif » en tant que synonyme du contrôle *de jure*. Comme le montrent les motifs de la Cour de l’impôt au paragraphe 144, et l’emploi par la Cour du terme « manipulations » au paragraphe 134, il est clair que, pour la Cour, l’expression « contrôle effectif » ne signifiait pas la même chose que contrôle *de jure*. J’ai changé l’expression pour éviter toute autre confusion.

[74] Je me pencherai maintenant sur les arguments de l’intimée à propos de cette question. L’intimée demande à notre Cour de conclure que l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) de la Loi sont pleinement exprimés par son libellé, c’est-à-dire que l’objet et l’esprit de la disposition sont de restreindre les reports de pertes uniquement s’il y a acquisition d’un contrôle *de jure*. L’intimée fait référence au libellé du paragraphe 111(5), à l’histoire de la disposition, à la réintroduction en 2013 du critère des capitaux propres à l’article 256.1, à l’utilisation intensive dans la Loi d’un critère de contrôle *de facto*, ou contrôle de fait, (y compris la vaste disposition déterminative introduite en 2017 au paragraphe 256(5.11)), et aux restrictions dans des circonstances précises mentionnées au paragraphe 256(7).

[75] L’intimée soutient que ces facteurs montrent que le législateur a rédigé des dispositions minutieuses et précises pour restreindre les reports de pertes, et que le choix politique retenu durant les années d’imposition en litige était que les reports de pertes seraient autorisés, à moins qu’il y ait acquisition du contrôle conformément aux dispositions de la Loi.

[76] Je ne souscris pas à cet argument. Le législateur a adopté plusieurs règles anti-évitement particulières qui s’appliquent à une société disposant de pertes inutilisées autres que des pertes en capital, mais ces règles ne sont pas le reflet d’une politique selon laquelle la RGAÉ n’est pas applicable à ces pertes. Plus précisément, les différentes règles anti-évitement traitent de circonstances différentes. Elles ne fonctionnent pas comme un tout fournissant un régime exhaustif entièrement illustré dans le libellé des dispositions. De plus, la thèse

is applicable to transactions that circumvented the specific anti-avoidance rules in subsection 256(7) of the Act (*Birchcliff Energy Ltd. v. Canada*, 2019 FCA 151, [2020] 1 C.T.C. 1, at paragraphs 54 and 55).

[77] In addition, in a GAAR analysis a court must apply a unified textual, contextual and purposive approach to a determination of the object, spirit and purpose of the relevant provisions (*Copthorne*, at paragraph 70). The approach suggested by the respondent fails to meaningfully consider the purposive element.

[78] There are two purposive factors that shed light on the underlying rationale of subsection 111(5): clear statements of government intent and jurisprudence acknowledging that the Act generally aims to prevent loss trading.

[79] I would refer to the statement made by the Minister of Finance in 1963 referred to above that explained the need for the acquisition-of-control provision. As set out in paragraph 42 above, the provision was introduced in order to prohibit arrangements which involve trafficking in shares of companies with loss carryovers.

[80] I would also refer to an article published in the *Canadian Tax Journal* in 1988 when the GAAR was introduced which refers specifically to loss carryforwards. A senior Department of Finance official, David Dodge, commented that one of the objectives of the GAAR was to deal with an erosion of tax revenues, including a large shortfall in expected tax revenues that “was considered to be caused largely by the unexpected application of loss carryforwards” (David Dodge, “A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance” (1988) 36 *Can. Tax J.* 1, at page 3). It could not be clearer that the government believed in 1988 that the text of the restrictions on the use of non-capital losses did not fully reflect the purpose of this legislation.

de l’intimée va à l’encontre de la conclusion de notre Cour, selon laquelle la RGAÉ s’applique aux opérations qui permettent de contourner les règles anti-évitement particulières prévues au paragraphe 256(7) de la Loi (*Birchcliff Energy Ltd. c. Canada*, 2019 CAF 151, aux paragraphes 54 et 55).

[77] De plus, dans une analyse relative à la RGAÉ, un tribunal doit appliquer une méthode textuelle, contextuelle et téléologique unifiée pour circonscrire l’objet et l’esprit des dispositions pertinentes (arrêt *Copthorne*, au paragraphe 70). La méthode suggérée par l’intimée ne tient pas suffisamment compte de l’élément téléologique.

[78] Deux facteurs téléologiques éclairent la raison d’être du paragraphe 111(5) : des énoncés clairs de l’intention du législateur et la jurisprudence reconnaissant que la Loi vise en général à prévenir le transfert de pertes.

[79] Je renverrais à la déclaration faite par le ministre des Finances en 1963, mentionnée ci-dessus, qui expliquait la nécessité d’une disposition sur l’acquisition du contrôle. Comme je l’ai indiqué au paragraphe 42 ci-dessus, la disposition a été introduite afin d’empêcher les arrangements visant un trafic des actions de sociétés ayant le droit de reporter sur les années suivantes certaines pertes déductibles.

[80] Je renverrais également à un article publié dans la *Revue fiscale canadienne* en 1988, au moment de l’introduction de la RGAÉ, et qui parle précisément des reports de pertes. Un haut fonctionnaire du ministère des Finances, David Dodge, a affirmé qu’un des objectifs de la RGAÉ était de s’attaquer à l’érosion des recettes fiscales, notamment à l’important déficit des recettes fiscales anticipées qui [TRADUCTION] « est considéré comme étant causé principalement par l’application non prévue de reports de pertes » (David Dodge, « A New and More Coherent Approach to Tax Avoidance » (1988), 36 *Rev. fiscale can.* 1, à la page 3). Il ne pourrait être plus clair que le gouvernement pensait en 1988 que le libellé des restrictions sur l’utilisation des pertes autres que des pertes en capital n’exprimait pas totalement l’objectif de la loi.

[81] As for what courts have said, as the Tax Court noted (at paragraph 142), the Supreme Court has recognized that “the general policy of the *Income Tax Act* is to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exemptions” and that “[t]his policy is ... to be taken into account in determining Parliament’s intent” (*Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55, [2005] 2 S.C.R. 643 [*Mathew*], at paragraph 49). This is a purposive consideration that the Court must consider alongside the textual and contextual considerations raised by the respondent.

[82] The respondent further submits that if the object, spirit and purpose of subsection 111(5) of the Act is determined to be broader than *de jure* control, the result is a *de facto* control test. The respondent points out that Parliament has enacted *de facto* control provisions in other parts of the Act, such as the associated company rules, and it has chosen not to do so with respect to subsection 111(5). It suggests that this is a reflection of Parliament’s intent.

[83] It is true that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) as articulated above does include forms of *de jure* and *de facto* control. However, the actual control test is different than the statutory *de facto* control test in subsection 256(5.1) of the Act. Moreover, it must be remembered that the GAAR is intended to supplement the provisions of the Act in order to deal with abusive tax avoidance. I see nothing inconsistent with the conclusion that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) takes into account different forms of control even though the text of the provision is limited to *de jure* control.

[84] Reference may also be made to the Supreme Court’s decision in *Duha Printers*, in which the Court considered transactions designed to circumvent the *de jure* control test in subsection 111(5) of the Act. The Court commented that the *de jure* control test was selected “because in some respects it is a relevant and relatively certain and predictable concept to employ in determining control” (at paragraph 58). The Court also commented (at paragraph 52) that if the distinction between *de jure* and *de facto* control is to be eliminated, this should be left for Parliament.

[81] Quant à ce qu’ont affirmé les tribunaux, comme l’a souligné la Cour de l’impôt (au paragraphe 142), la Cour suprême du Canada a reconnu que « la *Loi de l’impôt sur le revenu* a comme politique générale d’interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d’exceptions précises » et que « [c]ette politique n’est qu’un seul des facteurs à considérer pour déterminer l’intention du législateur » (*Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, [2005] 2 R.C.S. 643 [*Mathew*], au paragraphe 49). Il s’agit là d’un facteur téléologique dont doit tenir compte la Cour en plus des facteurs textuels et contextuels soulevés par l’intimée.

[82] L’intimée affirme en outre que, s’il est déterminé que l’objet ou l’esprit du paragraphe 111(5) de la Loi couvre davantage que le contrôle *de jure*, il s’agit donc du critère du contrôle *de facto*. L’intimée souligne que le législateur a adopté des dispositions sur le contrôle *de facto* ailleurs dans la Loi, comme les règles sur les sociétés associées, et qu’il a choisi de ne pas le faire concernant le paragraphe 111(5). Elle voit là un indice de l’intention du législateur.

[83] Il est vrai que l’objet ou l’esprit du paragraphe 111(5), tel qu’il est formulé ci-dessus, inclut des formes de contrôle *de jure* et de contrôle *de facto*. Toutefois, le critère du contrôle réel est différent du critère du contrôle *de facto* du paragraphe 256(5.1) de la Loi. De plus, il faut se rappeler que la RGAÉ a pour but de compléter les dispositions de la Loi, en visant l’évitement fiscal abusif. Je ne vois rien d’incohérent dans la conclusion selon laquelle l’objet ou l’esprit du paragraphe 111(5) prend en considération différentes formes de contrôle, même si le libellé de la disposition se limite au contrôle *de jure*.

[84] Je pourrais également renvoyer à l’arrêt *Duha Printers*, dans lequel la Cour suprême du Canada a examiné des opérations conçues pour contourner le critère du contrôle *de jure* du paragraphe 111(5) de la Loi. La Cour suprême a indiqué que la norme du contrôle *de jure* a été retenue « parce qu’à certains égards elle représente un concept pertinent et relativement certain et prévisible pour l’examen du contrôle » (au paragraphe 58). La Cour suprême a également affirmé (au paragraphe 52) que, si la distinction entre le contrôle *de jure* et le contrôle *de*

[85] Parliament did respond. While Parliament did not change the *de jure* control test in subsection 111(5), it did enact the GAAR to respond generally to abusive tax avoidance. I note that the GAAR was enacted a few years after the transactions in *Duha Printers* were implemented.

[86] Accordingly, I reject the respondent's submission that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is fully reflected in its text.

[87] I would also briefly comment on two additional arguments that the respondent emphasized at the hearing.

[88] First, the respondent relies on a specific anti-avoidance provision, subsection 256.1(3) of the Act, that was enacted after the taxation years at issue. The respondent submits that this provision implicitly recognizes that Parliament intends the transactions at issue to be acceptable as long as Matco does not acquire more than 75 percent of the equity of the respondent.

[89] I disagree. Subsection 256.1(3) is another specific anti-avoidance rule that is aimed at trafficking in shares of loss companies. It specifically addresses circumstances involving equity acquisitions. The provision does not replace subsection 111(5) and it does not evidence a legislative intent that the transactions at issue would be acceptable if Matco's equity interest was within the limit set out in section 256.1.

[90] Second, the respondent submits that the Court should consider the other tax attributes that are at issue. It points out that some of these attributes involve incentive provisions that are designed to generate economic activity which benefits Canada. The tax attributes that the respondent referred to involve incentives for expenditures on scientific research and experimental development. I disagree with the respondent's submission

*facto* devait être éliminée, il devrait appartenir au législateur de le faire.

[85] Le législateur n'a pas réagi. Même si le législateur n'a pas modifié le critère du contrôle *de jure* du paragraphe 111(5), il a toutefois adopté la RGAÉ, afin de répondre de manière générale à l'évitement fiscal abusif. Je souligne que la RGAÉ a été adoptée quelques années après la mise en œuvre des opérations indiquées dans l'arrêt *Duha Printers*.

[86] Par conséquent, je rejette l'argument de l'intimée, selon lequel l'objet ou l'esprit du paragraphe 111(5) est entièrement exprimé dans le libellé.

[87] Je ferais également quelques brefs commentaires concernant deux arguments additionnels avancés par l'intimée à l'audience.

[88] D'abord, l'intimée invoque une disposition anti-évitement particulière, le paragraphe 256.1(3) de la Loi, qui a été adoptée après les années d'imposition en cause. L'intimée soutient que cette disposition reconnaît implicitement que le législateur entendait que les opérations en cause étaient acceptables, tant que Matco ne faisait pas l'acquisition de plus de 75 p. 100 des capitaux propres de l'intimée.

[89] Je ne suis pas du même avis. Le paragraphe 256.1(3) constitue une autre règle anti-évitement particulière ciblant le trafic d'actions de sociétés déficitaires. Il traite précisément des circonstances entourant les acquisitions de capitaux propres. La disposition ne remplace pas le paragraphe 111(5) et elle ne prouve pas que le législateur voulait que les opérations en litige soient acceptables si les titres de participation de Matco demeuraient dans les limites fixées à l'article 256.1.

[90] Ensuite, l'intimée soutient que la Cour devrait tenir compte des autres attributs fiscaux qui sont en litige. Elle souligne que certains de ces attributs concernent des dispositions incitatives conçues pour générer une activité économique qui profite au Canada. Les attributs fiscaux auxquels l'intimée fait référence concernent des mesures incitatives visant les dépenses en recherche scientifique et en développement expérimental. Je ne suis pas du

because it focusses only on the incentive aspect of the legislation and not on the anti-avoidance aspect that is relevant in this appeal.

[91] Turning to the Crown's submissions, the Crown urges the Court to consider that there is a general policy in the Act that losses are not transferrable. It submits that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) engages circumstances where there is a lack of shareholder continuity. The focus is on a change of shareholders, not a change of control.

[92] The Tax Court rejected this argument, citing *Mathew*, at paragraph 49: "This policy is but one consideration to be taken into account in determining Parliament's intent". I have concluded that it is not necessary in this appeal to address the Crown's argument because, even when the argument is not taken into account, the object, spirit and purpose of subsection 111(5) have been defeated. Accordingly, the Crown's argument as to the object, spirit and purpose of subsection 111(5) can be left for another day.

[93] For these reasons, I conclude that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is, at least in part, to restrict the use of specified losses, including non-capital losses, if a person or group of persons has acquired actual control over the corporation's actions, whether by way of *de jure* control or otherwise.

*Step 2 of abuse analysis — Does a transaction result in an abuse?*

[94] In the second step of the abuse analysis, the Court must determine whether there is an avoidance transaction that results in an abuse of the Act. The Tax Court's decision is to be reviewed on the palpable and overriding error standard of review, unless the issue involves an extricable question of law.

même avis que l'intimée, parce qu'elle met l'accent uniquement sur l'aspect incitatif de la disposition législative et non sur l'aspect anti-évitement qui est pertinent pour le présent appel.

[91] Quant aux observations de la Couronne, cette dernière demande à la Cour de considérer que la Loi renferme une politique générale selon laquelle les pertes ne sont pas transférables. Elle soutient que l'objet ou l'esprit du paragraphe 111(5) englobe les cas où il y a absence de continuité parmi les actionnaires. L'accent porte sur un changement d'actionnaires, et non sur un changement du contrôle.

[92] La Cour de l'impôt a rejeté cet argument, renvoyant à l'arrêt *Mathew*, au paragraphe 49 : « Cette politique n'est qu'un seul des facteurs à considérer pour déterminer l'intention du législateur ». J'ai conclu qu'il n'est pas nécessaire dans le présent appel de traiter de l'argument de la Couronne parce que, même si l'on ne tient pas compte de cet argument, l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) ont été contrecarrés. Par conséquent, l'argument de la Couronne quant à l'objet et à l'esprit du paragraphe 111(5) pourra être examiné à une autre occasion.

[93] Pour ces motifs, je conclus que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) sont au moins en partie de restreindre l'utilisation de certaines pertes, y compris les pertes autres que les pertes en capital, lorsqu'une personne ou un groupe de personnes acquiert le contrôle réel des actions d'une société, par un contrôle *de jure* ou autrement.

*Étape 2 de l'analyse relative à la question de l'abus — Est-ce qu'une opération donne lieu à un abus?*

[94] Dans la deuxième étape de l'analyse relative à la question de l'abus, la Cour doit déterminer s'il existe une opération d'évitement qui donne lieu à un abus dans l'application des dispositions de la Loi. La décision de la Cour de l'impôt doit être examinée selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins que la question ne comporte une question de droit isolable.

[95] The Tax Court considered whether there was an abuse of subsection 111(5) of the Act, by itself, and also whether there was an abuse of subsection 256(8) of the Act together with subsection 111(5). As mentioned earlier, it is not necessary for purposes of this appeal to consider subsection 256(8).

[96] As discussed under step one, the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is to restrict the use of non-capital losses if there has been an acquisition of actual control over the actions of the corporation, whether the acquisition is by way of *de jure* control or otherwise.

[97] In its analysis under step one, the Tax Court agreed with an author who suggested that “the acquisition of control test in subsection 111(5) is a reasonable marker between situations where the corporation is a free actor in a transaction and when it is only a passive participant” (at paragraph 134). At step two, the Tax Court concluded that Matco had no effective control of the respondent and that the respondent freely participated in the transactions that resulted in the use of the tax attributes (at paragraphs 150 and 152).

[98] With respect, the Tax Court’s conclusion at step two is inconsistent with the terms of the Investment Agreement. These terms gave Matco actual control over the actions of the respondent, including the approval of the Corporate Opportunity.

[99] The Investment Agreement deals separately with control in general, and control over the approval of the Corporate Opportunity.

[100] As for control in general, the Agreement provides severe restrictions on the actions that New Forbes and the respondent may take (section 6.1 of the Agreement). The Agreement backs up these restrictions by providing that New Forbes’ entitlement to the additional \$800,000 payment within one year (the Guaranteed Amount) will be forfeited if New Forbes does not comply with its obligations (paragraph 8.3(a) of the Agreement).

[95] La Cour de l’impôt s’est demandé s’il y avait eu abus dans l’application du paragraphe 111(5) de la Loi, en soi, et aussi s’il y avait eu abus dans l’application du paragraphe 256(8) de la Loi ainsi que du paragraphe 111(5). Comme je l’ai indiqué plus tôt, il n’est pas nécessaire pour les besoins du présent appel d’examiner le paragraphe 256(8).

[96] Comme je l’ai expliqué à l’étape un de l’analyse, l’objet et l’esprit du paragraphe 111(5) sont de restreindre l’utilisation de pertes autres que des pertes en capital s’il y a eu acquisition du contrôle réel des actions d’une société, que ce soit par un contrôle *de jure* ou autrement.

[97] À l’étape un de son analyse, la Cour de l’impôt s’est dite d’accord avec un auteur qui affirmait que « le critère de l’acquisition du contrôle du paragraphe 111(5) permet de déterminer si la société participe librement à une opération ou si elle en est une participante passive » (au paragraphe 134). À l’étape deux, la Cour de l’impôt a conclu que Matco n’avait pas un contrôle effectif de l’intimée et que l’intimée avait participé de son plein gré aux opérations ayant permis l’utilisation des attributs fiscaux (aux paragraphes 150 et 152).

[98] Sauf mon respect, la conclusion de la Cour de l’impôt à l’étape deux est contraire aux modalités de la convention d’investissement. Ces modalités donnaient à Matco le contrôle réel des actions de l’intimée, y compris l’approbation de l’occasion d’affaires.

[99] La convention d’investissement traite séparément de la question du contrôle en général, et du contrôle concernant l’approbation de l’occasion d’affaires.

[100] Pour ce qui est du contrôle en général, la convention prévoit d’importantes restrictions concernant les activités que peuvent entreprendre New Forbes et l’intimée (article 6.1 de la convention). Pour assurer le respect de ces restrictions, la convention prévoit que le droit de New Forbes au paiement additionnel de 800 000 \$ à venir dans l’année (la somme garantie) sera annulé si New Forbes ne se conforme pas à ses obligations (alinéa 8.3(a) de la convention).



[101] Some of the key restrictions in section 6.1 of the Agreement are:

- (i) New Forbes shall not enter into any contract or agreement in respect of the respondent;
- (ii) The respondent shall not engage in any activity other than related to a Corporate Opportunity and New Forbes will ensure that the respondent complies with this obligation; and
- (iii) New Forbes shall use commercially reasonable efforts to satisfy (or cause the satisfaction of) its obligation to cooperate with Matco in the implementation of a Corporate Opportunity.

[102] As for terms in the Agreement relating to the approval of the Corporate Opportunity, the Agreement purports to allow New Forbes and the respondent to accept or reject a Corporate Opportunity in their sole discretion (section 4.1 of Agreement). However, that is not the end of the matter. If a Corporate Opportunity is rejected by either New Forbes or the respondent, the Guaranteed Amount is forfeited (paragraph 5.5(d) of the Agreement).

[103] It is significant that the \$800,000 Guaranteed Amount was not a trifling amount and it was an important part of the arrangement for New Forbes. As for the quantum, \$800,000 is the full amount that Matco agreed to pay New Forbes for its 21 percent equity interest in the respondent. As for its importance, New Forbes' entitlement to the Guaranteed Amount was the only assurance that it had that it would receive more than \$3 million for the tax attributes. The Guaranteed Amount was payable to New Forbes regardless of whether or not a Corporate Opportunity materialized. This is significant because the evidence suggests that there was a real risk that a Corporate Opportunity might not be achieved. If that happened, there would be no public market for the shares owned by New Forbes, as there would be with an IPO.

[101] Voici quelques-unes des principales restrictions à l'article 6.1 de la convention :

- (i) New Forbes ne doit conclure aucun contrat ni aucune entente concernant l'intimée;
- (ii) L'intimée ne doit participer à aucune activité autre que celles liées à l'occasion d'affaires, et New Forbes devra s'assurer que l'intimée se conforme à cette obligation;
- (iii) New Forbes doit faire tous les efforts commerciaux raisonnables pour satisfaire à son obligation de collaborer avec Matco dans la mise en œuvre de l'occasion d'affaires (ou faire en sorte que son obligation soit satisfaite).

[102] Quant aux modalités de la convention concernant l'approbation de l'occasion d'affaires, la convention autoriserait New Forbes et l'intimée à accepter ou à rejeter l'occasion d'affaires, à leur entière discrétion (article 4.1 de la convention). Cela ne règle toutefois pas la question. Si l'occasion d'affaires est rejetée par New Forbes ou par l'intimée, cela entraîne la perte de la somme garantie (alinéa 5.5(d) de la convention).

[103] Le fait que la somme garantie de 800 000 \$ ne représentait pas une somme négligeable a son importance, et cette garantie constituait un élément important de la convention pour New Forbes. Quant au montant de la garantie, Matco acceptait de verser à New Forbes la somme de 800 000 \$ pour les 21 p. 100 de capital-actions de l'intimée qu'elle possédait. Fait important, le droit qu'avait New Forbes à la somme garantie constituait la seule assurance qu'elle avait qu'elle recevrait plus de 3 millions de dollars pour les attributs fiscaux. La somme garantie devait être versée à New Forbes peu importe que l'occasion d'affaires se matérialise ou non. Ce point est important, parce que la preuve montre qu'il existait un risque réel que l'occasion d'affaires ne se réalise pas. Le cas échéant, il n'y aurait pas de marché public pour les actions que possédait New Forbes, comme cela aurait été le cas avec un PAPE.

[104] As a result, there was no realistic chance that a Corporate Opportunity would be rejected by New Forbes or the respondent.

[105] As a consequence of all of these restrictions, the Investment Agreement resulted in New Forbes and the respondent handing over actual control of the respondent to Matco. New Forbes and the respondent realistically could do nothing relating to the actions of the respondent other than to ensure that they fulfilled their obligation to assist Matco with the implementation of the Corporate Opportunity. They were not free actors.

[106] As a point of clarification, the Tax Court made a general factual finding regarding the approval process for the IPO. Without further background, this finding might suggest that New Forbes and the respondent behaved as free actors in the approval process. This was not the case.

[107] The Court stated (at paragraph 32) that the board of directors of the respondent discussed the proposal, did some investigation into the background of DK Capital Management, and then approved the proposal.

[108] It should not be inferred from this finding that the respondent and New Forbes behaved as free actors when it came to approving the IPO. The testimony reveals that New Forbes did investigate the background of DK Capital Management but this consisted of a very limited investigation to ensure that this company was not a fly-by-night operation since Forbes' name would be associated with it. Further, there were detailed discussions about the IPO but these discussions had nothing to do with the approval process. They related to the cooperation that New Forbes was compelled to provide in implementing the IPO. Reference was made in this regard to the preparation of the 2008 tax returns and obtaining KPMG's sign off on the financial statements (appeal book, at pages 1659–1664).

[109] It is also convenient to mention here that the Tax Court commented that Matco did not need control for the tax plan to work. Instead, it would have been possible

[104] Ainsi, il n'existait aucune réelle probabilité que New Forbes ou l'intimée rejette l'occasion d'affaires.

[105] En raison de toutes ces restrictions, la convention d'investissement a amené New Forbes et l'intimée à céder le contrôle effectif de l'intimée à Matco. New Forbes et l'intimée ne pouvaient en réalité rien faire concernant les actions de l'intimée, si ce n'est de remplir leur obligation d'aider Matco avec la mise en œuvre de l'occasion d'affaires. Elles ne pouvaient agir librement.

[106] Je tiens à préciser que la Cour de l'impôt a tiré une conclusion factuelle générale concernant le processus d'approbation du PAPE. Sans plus d'information, cette conclusion pourrait laisser entendre que New Forbes et l'intimée ont agi librement lors du processus d'approbation. Tel n'était pas le cas.

[107] La Cour a affirmé (au paragraphe 32) que le conseil d'administration de l'intimée avait examiné la proposition, mené une enquête sur les antécédents de DK Capital Management, et finalement approuvé la proposition.

[108] Il ne faudrait pas en déduire que l'intimée et New Forbes ont agi librement quand est venu le temps d'approuver le PAPE. Les témoignages indiquent que New Forbes a mené une enquête sur les antécédents de DK Capital Management, mais il s'est agi d'une enquête très succincte visant à s'assurer que l'entreprise ne disparaîtrait pas du jour au lendemain puisque le nom de Forbes y serait associé. En outre, il y a eu des discussions détaillées au sujet du PAPE, mais ces discussions n'avaient rien à voir avec le processus d'approbation. Elles portaient sur la collaboration que New Forbes serait tenue d'offrir dans la mise en œuvre du PAPE. À cet égard, l'on a fait mention de la préparation des déclarations de revenus de 2008 et de la nécessité d'obtenir la validation par KPMG des états financiers (dossier d'appel, aux pages 1659 à 1664).

[109] Il convient également de rappeler ici que la Cour de l'impôt a indiqué que Matco n'avait pas besoin du contrôle de l'intimée pour mener à bien le plan fiscal.

for New Forbes to arrange an IPO without Matco's assistance and participation (at paragraph 151).

[110] This comment is not relevant to the analysis. Whether there has been an abuse depends on whether the object, spirit and purpose of the relevant provisions have been frustrated by the transactions that were undertaken. It is not relevant whether there exists another potential transaction that was not pursued.

[111] In my view, the Tax Court's conclusion on step two is not supported by the evidence. The standard of review that should be applied is whether there is a palpable and overriding error. In this case, the error meets this high threshold (*Hydro-Québec v. Matta*, 2020 SCC 37, 450 D.L.R. (4th) 547, at paragraph 33 and *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 62).

[112] The error is palpable because it is plain to see that the Court's conclusion is not consistent with the terms of the Investment Agreement and it is overriding because it affects the result.

[113] As mentioned earlier, the Crown has the burden to clearly demonstrate that the transactions are an abuse. In this Court, the Crown demonstrated that through the Investment Agreement the transactions "blatantly avoided an acquisition of control of the respondent". The respondent appeared to suggest that this was an abuse of subsection 256(8) and subsection 111(5) working together. I have determined that there is an abuse of subsection 111(5) alone. However, this does not matter. The Crown has clearly demonstrated that the transactions are abusive.

#### *Conclusion and disposition*

[114] For the reasons given above, the statutory conditions for the application of the GAAR have been met. It is admitted and clear that there is a tax benefit that is comprised of the deduction of the tax attributes. It is also admitted and clear that there are avoidance transactions. In this regard, the transactions relating to the Investment

New Forbes aurait pu organiser un PAPE sans l'aide et la participation de Matco (au paragraphe 151).

[110] Cette remarque n'est pas pertinente pour les besoins de l'analyse. Pour déterminer s'il y a eu abus, il faut déterminer si l'objet et l'esprit des dispositions pertinentes ont été contrecarrés par les opérations qui ont été effectuées. Il importe peu de savoir s'il existait une autre opération potentielle n'ayant pas été réalisée.

[111] À mon avis, la conclusion de la Cour de l'impôt à l'étape deux de l'analyse n'est pas étayée par la preuve. La norme de contrôle à appliquer est celle de déterminer s'il y a eu erreur manifeste et dominante. En l'espèce, l'erreur satisfait à ce critère rigoureux (*Hydro-Québec c. Matta*, 2020 CSC 37, au paragraphe 33, et *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 62).

[112] L'erreur est manifeste parce qu'il est évident que la conclusion de la Cour de l'impôt est contraire aux modalités de la convention d'investissement, et elle est dominante parce qu'elle influe sur l'issue de l'affaire.

[113] Comme je l'ai indiqué plus tôt, il incombe à la Couronne de prouver clairement que les opérations ont un caractère abusif. Devant notre Cour, la Couronne a prouvé que, grâce à la convention d'investissement, les opérations [TRADUCTION] « ont permis d'éviter, de manière flagrante, une prise de contrôle de l'intimée ». L'intimée a semblé laisser entendre qu'il s'agissait d'un abus dans l'application du paragraphe 256(8) et du paragraphe 111(5) pris ensemble. J'ai conclu qu'il y a eu abus dans l'application du paragraphe 111(5) uniquement. Toutefois, la question importe peu. La Couronne a clairement démontré que les opérations ont un caractère abusif.

#### *Conclusion et dispositif*

[114] Pour les motifs énoncés ci-dessus, les conditions légales pour l'application de la RGAÉ ont été satisfaites. Il est admis et clair qu'il existe un avantage fiscal correspondant à la déduction des attributs fiscaux. Il est également admis et clair qu'il y a eu des opérations d'évitement. À cet égard, les opérations liées à la

Agreement are avoidance transactions because they are part of a series of transactions that results in the tax benefit and these transactions were not undertaken primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit. Further, the avoidance transactions circumvent subsection 111(5) of the Act in a way that frustrates the object, spirit and purpose of this provision. Accordingly, pursuant to subsection 245(2) of the Act, the tax benefit should be denied.

[115] Therefore, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Tax Court, and dismiss the appeal to the Tax Court.

[116] The respondent has requested an opportunity to make submissions as to costs. The normal rule is that costs follow the event. Accordingly, the Crown, as the successful party, should make its submissions first. Those submissions shall be no longer than five pages and shall be filed within ten days from the date of these reasons. The respondent may file responding submissions no longer than five pages within ten days from the receipt of the Crown's submissions. The Crown may file a two-page reply within five days from the receipt of the respondent's submissions.

STRATAS J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

#### APPENDIX A

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

##### Losses deductible

**111 (1)** For the purpose of computing the taxable income of a taxpayer for a taxation year, there may be deducted such portion as the taxpayer may claim of the taxpayer's

convention d'investissement sont des opérations d'évitement, parce qu'elles font partie d'une série d'opérations dont découle l'avantage fiscal, et que ces opérations n'ont pas été effectuées principalement pour des objets véritables autres que l'obtention d'un avantage fiscal. En outre, les opérations d'évitement contournent le paragraphe 111(5) de la Loi, d'une manière qui contrecarre l'objet et l'esprit de cette disposition. Par conséquent, en application du paragraphe 245(2) de la Loi, l'avantage fiscal devrait être refusé.

[115] Par conséquent, j'accueillerais l'appel devant la présente Cour, j'annulerais le jugement de la Cour de l'impôt et je rejetterais l'appel devant la Cour de l'impôt.

[116] L'intimée a demandé la possibilité de présenter des observations concernant les dépens. La règle habituelle veut que les dépens suivent l'issue de la cause. Par conséquent, la Couronne, à titre de partie ayant gain de cause, devrait présenter d'abord ses observations. Ces observations ne doivent pas dépasser cinq pages et doivent être déposées dans les dix jours suivant la date des présents motifs. L'intimée peut déposer des observations en réponse ne dépassant pas cinq pages dans les dix jours suivant la réception des observations de la Couronne. La Couronne peut déposer une réponse de deux pages dans les cinq jours suivant la réception des observations de l'intimée.

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

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

#### ANNEXE A

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1

##### Pertes déductibles

**111 (1)** Pour le calcul du revenu imposable d'un contribuable pour une année d'imposition, peuvent être déduites les sommes appropriées suivantes :

**Non-capital losses**

(a) non-capital losses for the 20 taxation years immediately preceding and the 3 taxation years immediately following the year;

...

**[Acquisition of control]**

(5) Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or group of persons, no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending before that time is deductible by the corporation for a taxation year ending after that time and no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending after that time is deductible by the corporation for a taxation year ending before that time except that

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

(i) only if that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the particular year, and

(ii) only to the extent of the total of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services; and

...

**Pertes autres que des pertes en capital**

a) ses pertes autres que des pertes en capital subies au cours des 20 années d'imposition précédentes et des 3 années d'imposition suivantes;

[...]

**[Changement de contrôle]**

(5) En cas d'acquisition, à un moment donné, du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois :

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)k) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment :

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise pour l'année donnée et — dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment — de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

[...]

256 ....

**Deemed exercise of right**

(8) Where at any time a taxpayer acquires a right referred to in paragraph 251(5)(b) in respect of a share and it can reasonably be concluded that one of the main purposes of the acquisition is

(a) to avoid any limitation on the deductibility of any non-capital loss, net capital loss, farm loss or any expense or other amount referred to in subsection 66(11), 66.5(3) or 66.7(10) or 66.7(11),

...

the taxpayer is deemed to be in the same position in relation to the control of the corporation as if the right were immediate and absolute and as if the taxpayer had exercised the right at that time for the purpose of determining whether control of a corporation has been acquired for the purposes of ... sections 111 ....

...

251 ....

**Control by related groups, options, etc.**

(5) For the purposes of subsection 251(2) and the definition *Canadian-controlled private corporation* in subsection 125(7),

...

(b) where at any time a person has a right under a contract, in equity or otherwise, either immediately or in the future and either absolutely or contingently,

(i) to, or to acquire, shares of the capital stock of a corporation or to control the voting rights of such shares, the person shall, except where the right is not exercisable at that time because the exercise thereof is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, be deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the person owned the shares at that time,

256 [...]

**Présomption d'exercice de droit**

(8) Pour ce qui est de déterminer, d'une part, si le contrôle d'une société a été acquis pour l'application des paragraphes 10(10) et 13(24), de l'article 37, des paragraphes 55(2), 66(11), (11.4) et (11.5), 66.5(3) et 66.7(10) et (11), de l'article 80, de l'alinéa 80.04(4)h), du sous-alinéa 88(1)c)(vi), de l'alinéa 88(1)c.3), des articles 111 et 127 et des paragraphes 181.1(7), 190.1(6) et 249(4) et, d'autre part, si une société est contrôlée par une personne ou par un groupe de personnes pour l'application de l'article 251.1, le contribuable qui a acquis un droit visé à l'alinéa 251(5)b) afférent à une action est réputé être dans la même position relativement au contrôle de la société que si le droit était immédiat et absolu et que s'il l'avait exercé au moment de l'acquisition, dans le cas où il est raisonnable de conclure que l'un des principaux motifs de l'acquisition du droit consistait :

a) à éviter une restriction à la déductibilité d'une perte autre qu'une perte en capital, d'une perte en capital nette, d'une perte agricole ou de frais ou d'autres montants visés aux paragraphes 66(11), 66.5(3) ou 66.7(10) ou (11);

[...]

251 [...]

**Groupe lié, droit d'achat ou de rachat et personne liée à elle-même**

(5) Pour l'application du paragraphe (2) et de la définition de *société privée sous contrôle canadien* au paragraphe 125(7) :

[...]

b) la personne qui, à un moment donné, en vertu d'un contrat, en equity ou autrement, a un droit, immédiat ou futur, conditionnel ou non :

(i) à des actions du capital-actions d'une société ou de les acquérir ou d'en contrôler les droits de vote, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle était propriétaire des actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,



(ii) to cause a corporation to redeem, acquire or cancel any shares of its capital stock owned by other shareholders of the corporation, the person shall, except where the right is not exercisable at that time because the exercise thereof is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, be deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the shares were so redeemed, acquired or cancelled by the corporation at that time;

(iii) to, or to acquire or control, voting rights in respect of shares of the capital stock of a corporation, the person is, except where the right is not exercisable at that time because its exercise is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the person could exercise the voting rights at that time, or

(iv) to cause the reduction of voting rights in respect of shares, owned by other shareholders, of the capital stock of a corporation, the person is, except where the right is not exercisable at that time because its exercise is contingent on the death, bankruptcy or permanent disability of an individual, deemed to have the same position in relation to the control of the corporation as if the voting rights were so reduced at that time; and

...

#### Definitions

**245 (1)** In this section,

*tax benefit* means a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount payable under this Act or an increase in a refund of tax or other amount under this Act, and includes a reduction, avoidance or deferral of tax or other amount that would be payable under this Act but for a tax treaty or an increase in a refund of tax or other amount under this Act as a result of a tax treaty; (*avantage fiscal*)

...

*tax consequences* to a person means the amount of income, taxable income, or taxable income earned in Canada of, tax or other amount payable by or refundable

(ii) d'obliger une société à racheter, acquérir ou annuler des actions de son capital-actions dont d'autres actionnaires de la société sont propriétaires, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si celle-ci rachetait, acquérait ou annulait les actions à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(iii) aux droits de vote rattachés à des actions du capital-actions d'une société, ou de les acquérir ou les contrôler, est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si elle pouvait exercer les droits de vote à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier,

(iv) de faire réduire les droits de vote rattachés à des actions, appartenant à d'autres actionnaires, du capital-actions d'une société est réputée occuper la même position relativement au contrôle de la société que si les droits de vote étaient ainsi réduits à ce moment, sauf si le droit ne peut être exercé à ce moment du fait que son exercice est conditionnel au décès, à la faillite ou à l'invalidité permanente d'un particulier.

[...]

#### Définitions

**245 (1)** Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

*attribut fiscal* S'agissant des attributs fiscaux d'une personne, revenu, revenu imposable ou revenu imposable gagné au Canada de cette personne, impôt ou autre montant payable par cette personne, ou montant qui lui est remboursable, en application de la présente loi, ainsi que tout montant à prendre en compte pour calculer, en application de la présente loi, le revenu, le revenu imposable, le revenu imposable gagné au Canada de cette personne ou l'impôt ou l'autre montant payable par cette personne ou le montant qui lui est remboursable. (*tax consequences*)

*avantage fiscal* Réduction, évitement ou report d'impôt ou d'un autre montant exigible en application de la présente loi ou augmentation d'un remboursement d'impôt

to the person under this Act, or any other amount that is relevant for the purposes of computing that amount; (*attribute fiscal*)

**transaction** includes an arrangement or event. (*opération*)

#### General anti-avoidance provision

(2) Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.

...

#### Avoidance transaction

(3) An avoidance transaction means any transaction

(a) that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for bona fide purposes other than to obtain the tax benefit; or

(b) that is part of a series of transactions, which series, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for *bona fide* purposes other than to obtain the tax benefit.

#### Application of subsection (2)

(4) Subsection (2) applies to a transaction only if it may reasonably be considered that the transaction

(a) would, if this Act were read without reference to this section, result directly or indirectly in a misuse of the provisions of any one or more of

ou d'un autre montant visé par la présente loi. Y sont assimilés la réduction, l'évitement ou le report d'impôt ou d'un autre montant qui serait exigible en application de la présente loi en l'absence d'un traité fiscal ainsi que l'augmentation d'un remboursement d'impôt ou d'un autre montant visé par la présente loi qui découle d'un traité fiscal. (*tax benefit*)

[...]

**opération** Sont assimilés à une opération une convention, un mécanisme ou un événement. (*transaction*)

#### Disposition générale anti-évitement

(2) En cas d'opération d'évitement, les attributs fiscaux d'une personne doivent être déterminés de façon raisonnable dans les circonstances de façon à supprimer un avantage fiscal qui, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, de cette opération ou d'une série d'opérations dont cette opération fait partie.

[...]

#### Opération d'évitement

(3) L'opération d'évitement s'entend :

a) soit de l'opération dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable;

b) soit de l'opération qui fait partie d'une série d'opérations dont, sans le présent article, découlerait, directement ou indirectement, un avantage fiscal, sauf s'il est raisonnable de considérer que l'opération est principalement effectuée pour des objets véritables — l'obtention de l'avantage fiscal n'étant pas considérée comme un objet véritable.

#### Application du par. (2)

(4) Le paragraphe (2) ne s'applique qu'à l'opération dont il est raisonnable de considérer, selon le cas :

a) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, s'il n'était pas tenu compte du présent article, un abus dans l'application des dispositions d'un ou de plusieurs des textes suivants :

(i) this Act,

(ii) the *Income Tax Regulations*,

(iii) the *Income Tax Application Rules*,

(iv) a tax treaty, or

(v) any other enactment that is relevant in computing tax or any other amount payable by or refundable to a person under this Act or in determining any amount that is relevant for the purposes of that computation; or

(b) would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provisions, other than this section, read as a whole.

#### Determination of tax consequences

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

(a) any deduction, exemption or exclusion in computing income, taxable income, taxable income earned in Canada or tax payable or any part thereof may be allowed or disallowed in whole or in part,

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

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

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

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

(i) la présente loi,

(ii) le *Règlement de l'impôt sur le revenu*,

(iii) les *Règles concernant l'application de l'impôt sur le revenu*,

(iv) un traité fiscal,

(v) tout autre texte législatif qui est utile soit pour le calcul d'un impôt ou de toute autre somme exigible ou remboursable sous le régime de la présente loi, soit pour la détermination de toute somme à prendre en compte dans ce calcul;

(b) qu'elle entraînerait, directement ou indirectement, un abus dans l'application de ces dispositions compte non tenu du présent article lues dans leur ensemble.

#### Attributs fiscaux à déterminer

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

a) toute déduction, exemption ou exclusion dans le calcul de tout ou partie du revenu, du revenu imposable, du revenu imposable gagné au Canada ou de l'impôt payable peut être en totalité ou en partie admise ou refusée;

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

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

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

## APPENDIX B

## ANNEXE B

Extracts of Tax Court's reasons [paragraphs 100–134].

Extraits des motifs de la Cour de l'impôt [aux paragraphes 100 à 134] :

[100] Subsection 111(5) restricts a corporation's ability to deduct non-capital and farm losses after an acquisition of control of the corporation by a person or group of persons. Losses continue to be deductible where the corporation continues to carry on for profit or with a reasonable expectation of profit the business that gave rise to the losses, and the losses may only be used to offset income from that business and, in certain circumstances, from a similar business.

[100] Le paragraphe 111(5) restreignait la capacité d'une société de déduire des pertes autres qu'en capital et des pertes agricoles après l'acquisition du contrôle de la société par une personne ou un groupe de personnes. Les pertes pouvaient être déduites si l'exploitation à profit ou dans une expectative raisonnable de profit de l'entreprise qui avait subi les pertes se poursuivait, et ces pertes pouvaient être déduites uniquement du revenu de cette entreprise et, dans certaines circonstances, d'une entreprise semblable.

[101] Subsection 111(5) reads as follows:

[101] Le paragraphe 111(5) disposait :

Where, at any time, control of a corporation has been acquired by a person or group of persons, no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending before that time is deductible by the corporation for a taxation year ending after that time and no amount in respect of its non-capital loss or farm loss for a taxation year ending after that time is deductible by the corporation for a taxation year ending before that time except that

En cas d'acquisition du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes, aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant avant ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment et aucun montant au titre d'une perte autre qu'une perte en capital ou d'une perte agricole pour une année d'imposition se terminant après ce moment n'est déductible par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment. Toutefois :

(a) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending before that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular taxation year ending after that time

a) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant avant ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)k) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant après ce moment :

(i) only if that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit throughout the particular year, and

(i) que si, tout au long de l'année donnée, cette entreprise a été exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) only to the extent of the total of the corporation's income for the particular

(ii) qu'à concurrence du total du revenu de la société provenant de cette entreprise

year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services and

(b) such portion of the corporation's non-capital loss or farm loss, as the case may be, for a taxation year ending after that time as may reasonably be regarded as its loss from carrying on a business and, where a business was carried on by the corporation in that year, such portion of the non-capital loss as may be reasonably be regarded as being in respect of an amount deductible under paragraph 110(1)(k) in computing its taxable income for the year is deductible by the corporation for a particular year ending before that time

(i) only if throughout the taxation year and in the particular year that business was carried on by the corporation for profit or with a reasonable expectation of profit, and

(ii) only to the extent of the corporation's income for the particular year from that business and, where properties were sold, leased, rented or developed or services rendered in the course of carrying on that business before that time, from any other business substantially all the income of which was derived from the sale, leasing, rental or development, as the case may be, of similar properties or the rendering of similar services.

[102] The restriction on loss carryovers in subsection 111(5) is triggered when "control of a corporation has been acquired by a person or group of persons".

[103] The acquisition of control test is the means by which Parliament has determined that a loss has notionally been transferred to an unrelated party. While the Respondent contends that in the context of the GAAR the control aspect of subsection 111(5) is not an important

pour l'année donnée et – dans le cas où des biens sont vendus, loués ou mis en valeur ou des services rendus dans le cadre de l'exploitation de l'entreprise avant ce moment – de toute autre entreprise dont la presque totalité du revenu est dérivée de la vente, de la location ou de la mise en valeur, selon le cas, de biens semblables ou de la prestation de services semblables;

b) la fraction de la perte autre qu'une perte en capital ou de la perte agricole subie par la société pour une année d'imposition se terminant après ce moment qu'il est raisonnable de considérer comme résultant de l'exploitation d'une entreprise et, si la société exploitait une entreprise au cours de cette année, la fraction de la perte autre qu'une perte en capital qu'il est raisonnable de considérer comme se rapportant à un montant déductible en application de l'alinéa 110(1)(k) dans le calcul de son revenu imposable pour l'année, ne sont déductibles par la société pour une année d'imposition donnée se terminant avant ce moment :

(i) que si, tout au long de l'année d'imposition et de l'année donnée, cette entreprise était exploitée par la société en vue d'en tirer un profit ou dans une attente raisonnable de profit,

(ii) qu'à concurrence du revenu que la société a tiré pour l'année donnée de cette entreprise et de toute autre entreprise dont la presque totalité des revenus provient de la vente, de la location ou de la mise en valeur de biens semblables aux biens vendus, loués ou mis en valeur ou de la prestation de services semblables aux services rendus dans le cadre de l'exploitation de cette entreprise avant ce moment.

[102] La restriction rattachée au report de pertes prévue au paragraphe 111(5) jouait dès lors qu'il y avait eu « acquisition [...] du contrôle d'une société par une personne ou un groupe de personnes ».

[103] Le législateur a introduit le critère de l'acquisition du contrôle aux fins de qualification d'une perte qui en théorie a été transférée à une partie non liée. L'intimée soutient que dans le cadre de la RGAÉ, le contrôle ne constituait pas vraiment un aspect important de l'objet

part of its object, spirit and purpose, I disagree. The Federal Court of Appeal has pointed out that “the notion of control is central to the working of subsection 111(5)”.<sup>9</sup> As such, the test is relevant to the analysis of the object, spirit and purpose of that provision. To ignore it would amount to reading out the test, which is not permitted in interpreting legislation.

[104] The word “control” in the *Act* has long been held to mean *de jure* control. In *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, Iacobucci J. wrote:

35 It has been well recognized that, under the *Income Tax Act*, “control” of a corporation normally refers to *de jure* control and not *de facto* control. This Court has repeatedly cited with approval the following test, set out by Jackett P. in *Buckerfield’s*, supra, at p. 507:

Many approaches might conceivably be adopted in applying the word “control” in a statute such as the *Income Tax Act* to a corporation. It might, for example, refer to control by “management”, where management and the board of directors are separate, or it might refer to control by the board of directors... The word “control” might conceivably refer to *de facto* control by one or more shareholders whether or not they hold a majority of shares. I am of the view, however, that in Section 39 of the *Income Tax Act* [the former section dealing with associated companies], the word “controlled” contemplates the right of control that rests in ownership of such a number of shares as carries with it the right to a majority of the votes in the election of the board of directors. [Emphasis added.]

Cases in which this Court has applied the foregoing test have included, inter alia, *Dworkin Furs*, supra, and *Vina-Rug (Canada) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 193.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Canada v. Duha Printers (Western) Ltd.*, [1996] 50 DTC 6323 (FCA) at paragraph 4.

<sup>10</sup> *Duha Printers (Western) Ltd. v. Canada*, [1998] 1 SCR 795 at paragraphs 35 and 36.

et de l’esprit du paragraphe 111(5), mais je rejette cette thèse. La Cour d’appel fédérale enseigne que la « notion de contrôle est essentielle dans l’application du paragraphe 111(5) ». Par conséquent, il s’agit d’un critère pertinent pour l’analyse de l’objet et de l’esprit de cette disposition. Ne pas en tenir compte serait contraire aux règles d’interprétation des [lois].

[104] Depuis longtemps, la jurisprudence enseigne que le mot « contrôle » se rapporte au contrôle *de jure* au sens de la Loi. Dans l’arrêt *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, le juge Iacobucci fait remarquer :

35 Il est bien reconnu que, sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le « contrôle » d’une société s’entend normalement du contrôle *de jure* et non pas du contrôle *de facto*. Notre Cour a cité et approuvé à maintes reprises le critère suivant, énoncé par le président Jackett dans *Buckerfield’s*, précité, à la p. 507 :

[TRADUCTION] On pourrait sans doute adopter de nombreuses méthodes pour la définition du mot « contrôle » figurant dans un texte tel que la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Il pourrait par exemple s’agir du contrôle exercé par les « dirigeants », lorsque les dirigeants et le conseil d’administration sont distincts, ou il pourrait s’agir du contrôle exercé par le conseil d’administration. [...] Le mot « contrôle » pourrait peut-être s’entendre du contrôle de fait exercé par un ou plusieurs actionnaires, qu’ils détiennent ou non la majorité des actions. Je suis d’avis cependant que, dans l’article 39 de la *Loi de l’impôt sur le revenu* [l’ancien article traitant des sociétés associées], le mot « contrôlées » évoque le droit de contrôle auquel donne lieu le fait de détenir un nombre d’actions tel qu’il confère la majorité des voix à leur détenteur dans l’élection du conseil d’administration. [Je souligne.]

Les arrêts dans lesquels notre Cour a appliqué le critère qui précède sont notamment *Dworkin Furs*, précité, et *Vina-Rug (Canada) Ltd. c. Minister of National Revenue*, 1968 CanLII 66 (SCC), [1968] R.C.S. 193<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> *Canada c. Duha Printers (Western) Ltd.*, [1996] 50 DTC 6323 (CAF), au paragraphe 4.

<sup>10</sup> *Duha Printers (Western) Ltd. c. Canada*, [1998] 1 RCS 795, aux paragraphes 35 et 36.



[105] Subsection 111(5) will only apply if control is acquired by “a person or group of persons”. The phrase “group of persons” is not defined in the *Act* but the Federal Court of Appeal in *Silicon Graphics Ltd. v. Canada* held that “simple ownership of a mathematical majority of shares by a random aggregation of shareholders in a widely held corporation ... without a common connection does not constitute de jure control as that term has been defined in the case law.”<sup>11</sup>

[106] Subsection 111(5) is part of group of specific rules in subsections 111(4) to (5.3) that limit the carry-forward of non-capital losses, net capital losses, farm losses and unrealized losses on capital, depreciable and eligible capital property owned by the corporation and on doubtful debts. The application of these provisions is triggered by an acquisition of control of the taxpayer corporation by a person or group of persons.

[107] The forerunner to subsection 111(5), subsection 27(5), was added to the *Act* in 1958. It prevented losses from being carried over by a corporation to a future year where more than 50% of the share capital of the corporation had been acquired by a person or persons who did not, at the end of the preceding year, own any shares in the capital stock of the corporation (the “aggregate-change-in-shareholdings test”). This provision was added at the same time the *Act* was amended to permit the use of losses to offset income from any other business carried on by the taxpayer.

[108] In 1963, the *Act* was amended to add paragraph 27(5)(a) which provided that no loss carryovers would be permitted where “control of the corporation [was] acquired ... by a person or persons who did not, at the end of [the] preceding year, control the corporation.”

[109] In 1972, subsection 27(5) was replaced by subsection 111(5), which still limited carryovers in the case of an acquisition of control and required the same business in which the loss was sustained continue to be carried on, but allowed the loss carryovers to be offset against a taxpayer’s income from any source. Notably, the aggregate-change-in-shareholdings test was not brought forward into subsection 111(5).

[110] Beginning in 1981 and continuing until 1987, new rules were introduced to tighten the carryover restrictions in certain respects, including a requirement that the loss

[105] Le paragraphe 111(5) ne joue que si le contrôle est acquis par « une personne ou un groupe de personnes ». La Loi ne donnait pas de définition des mots « groupe de personnes », mais voici ce qu’a décidé la Cour d’appel fédérale dans son arrêt *Silicon Graphics Ltd. c. Canada* : « [...] la simple possession d’une majorité mathématique d’actions par un ensemble d’actionnaires pris au hasard dans une société à grand nombre d’actionnaires [...] sans un lien commun ne constitue pas un contrôle de droit ainsi que le terme a été défini par la jurisprudence. »<sup>11</sup>.

[106] Le paragraphe 111(5) fait partie d’un ensemble de règles précises, énoncées dans les paragraphes 111(4) à (5.3), qui restreignent le report des pertes autres qu’en capital, des pertes en capital nettes, des pertes agricoles et des pertes non réalisées sur le capital, les immobilisations amortissables et admissibles appartenant à la société, ainsi que des créances douteuses. Ces dispositions jouent lorsqu’il y a acquisition du contrôle de la société du contribuable par une personne ou un groupe de personnes.

[107] Le paragraphe 27(5), qui a servi de précurseur au paragraphe 111(5), a été intégré à la Loi en 1958. Son objet était d’empêcher le report à une année ultérieure des pertes d’une société dont la moitié du capital-actions avait été acquise par une personne ou des personnes qui, à la fin de l’année d’imposition précédente, ne possédaient aucune action du capital-actions de la société (le « critère du changement global de l’actuariat »). Cette disposition a été ajoutée concurremment à la modification de la Loi qui autorisait la déduction de pertes du revenu de l’une ou l’autre des entreprises exploitées par le contribuable.

[108] En 1963, la Loi a été modifiée par ajout de l’alinéa 27(5)a), qui disposait que le report de pertes était exclu si le contrôle de la société avait été acquis par une personne ou des personnes qui n’avaient pas, à la fin de l’année précédente, le contrôle de la société.

[109] En 1972, le paragraphe 27(5) a été remplacé par le paragraphe 111(5), lequel maintenait les restrictions concernant le report des pertes après l’acquisition du contrôle et exigeait que l’entreprise ayant subi les pertes continue d’être exploitée, mais qui permettait dorénavant le report de pertes en vue de leur déduction des revenus de toutes provenances d’un contribuable. Il convient de souligner que le critère du changement global de l’actuariat n’a pas été intégré au paragraphe 111(5).

[110] De 1981 à 1987, de nouvelles règles resserraient les restrictions sur les reports notamment par l’ajout de l’exigence que l’entreprise déficitaire continue d’être

<sup>11</sup> *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, 2002 FCA 260 at paragraph 36.

<sup>11</sup> *Silicon Graphics Ltd. c. Canada*, 2002 CAF 260, au paragraphe 36.

business be carried on by the corporation for a profit or with a reasonable expectation of profit. The amount of the deduction was also restricted to the income generated from that business and other similar businesses. Since 1987, subsection 111(5) has remained mostly unchanged.

[111] Provisions have been introduced in the *Act* that deem *de jure* control to exist or not to exist in particular circumstances, and to create a different standard of control of a corporation for certain purposes of the *Act*.

[112] Subsection 256(8), discussed earlier in these reasons, expands the concept of *de jure* control beyond a determination based strictly on the ownership of the voting shares of a corporation by extending the circumstance in which an acquisition of control is considered to have occurred. It is aimed at preventing tax attribute trading in situations where a taxpayer seeks to use certain rights in relation to voting shares to avoid an acquisition of control.

[113] Again, subsection 256(8) provides that where a person acquires a right listed in paragraph 251(5)(b) and one of the main purposes for acquiring the right was to avoid the application of the loss streaming rules as well as certain other provisions, the taxpayer is deemed to be in the same position in relation to the control of the corporation as if the right had been exercised when it was acquired.

[114] For the years in issue, the following rights were included in paragraph 251(5)(b):

- a right to shares;
- a right to acquire shares;
- a right to control the voting rights of shares;
- a right to cause a corporation to redeem shares owned by other shareholders;
- a right to cause a corporation to acquire shares owned by other shareholders;
- a right to cause a corporation to cancel shares owned by other shareholders;
- a right to voting rights in respect of shares;
- a right to acquire voting rights in respect of shares;

exploitée par la société à profit ou avec une attente raisonnable de profit. Le montant de la déduction a également été limité au revenu généré par cette entreprise et d'autres entreprises semblables. Depuis 1987, le paragraphe 111(5) est resté sensiblement inchangé.

[111] Selon des dispositions ajoutées à la Loi, il y a ou non contrôle *de jure* dans des circonstances précises et créent une norme différente pour établir le contrôle d'une société à certaines fins de la Loi.

[112] Le paragraphe 256(8), dont il a été question précédemment dans les présents motifs, élargit le concept du contrôle *de jure* au-delà de la stricte propriété des actions avec droit de vote d'une société en imposant la prise en considération les circonstances dans lesquelles l'acquisition du contrôle est réputée avoir eu lieu. Cette disposition vise l'exclusion du transfert d'attributs fiscaux par le contribuable qui voudrait faire jouer certains droits à l'égard d'actions avec droit de vote pour contourner l'acquisition de contrôle.

[113] Là encore, le paragraphe 256(8) prévoit que si une personne acquiert un droit visé par l'alinéa 251(5)b principalement pour se soustraire aux règles sur le transfert des pertes et à d'autres dispositions, le contribuable est réputé se trouver dans la même position relativement au contrôle de la société que si le droit avait été exercé au moment de l'acquisition.

[114] Pour les années en cause, les droits suivants étaient visés par l'alinéa 251(5)b :

- un droit à des actions;
- un droit d'acquérir des actions;
- un droit de contrôler les droits de vote rattachés aux actions;
- un droit d'obliger une société à racheter les actions appartenant à d'autres actionnaires;
- un droit d'obliger une société à acquérir les actions appartenant à d'autres actionnaires;
- un droit d'obliger une société à annuler les actions appartenant à d'autres actionnaires;
- un droit aux droits de vote rattachés aux actions;
- un droit d'acquérir des droits de vote rattachés aux actions;

- a right to control voting rights in respect of shares; and
- a right to cause the reduction of voting rights in respect of shares owned by other shareholders.

[115] Subsection 256(8) is thus intended to allow the Minister to look beyond the share registry of the corporation to determine who in substance has control over the voting rights in respect of the shares of a corporation and thus effective control of the corporation.

[116] Another contextual element to be considered is the *de facto* control test in subsection 256(5.1), which expands the factors that can be taken into account in determining control of a corporation for certain purposes in the *Act*. Subsection 256(5.1) was introduced into the *Act* in 1987, and provides that, (subject to certain exceptions not relevant in this case):

...where the expression “controlled, directly or indirectly, in any manner whatever,” is used in the *Act*, a corporation shall be considered to be so controlled by another corporation, a person or a group of persons...at any time where...the controller has any direct or indirect influence that, if exercised, would result in control in fact of the corporation...”

[117] Along with the enactment of subsection 256(5.1), a number of provisions of the *Act* were amended so that the *de facto* control test would apply to those provisions. However, it was not adopted for the purposes of subsection 111(5).

[118] At the heart of the *de facto* control test is, once again, the notion of control of affairs of a corporation through control over the board of directors. In *McGillivray Restaurant Ltd. v. Canada*, Ryer J.A. stated that:

*De facto* control, like *de jure* control, is concerned with control over the board of directors and not with control of the day-to-day operations of the corporation or its business. Paragraph 256(1)(b) and subsection 256(5.1) specifically refer to control of a corporation and not to control of the corporation’s business or operations.<sup>12</sup>

- un droit de contrôler des droits de vote rattachés aux actions;
- un droit d’obliger la réduction des droits de vote rattachés aux actions appartenant à d’autres actionnaires.

[115] Ainsi, le paragraphe 256(8) donne au ministre le droit de ne pas se limiter au registre des actions d’une société pour déterminer qui détient le contrôle essentiel sur les droits de vote rattachés aux actions de la société et en possède donc le contrôle réel.

[116] Un autre élément contextuel entre en ligne de compte : le critère du contrôle *de facto* du paragraphe 256(5.1), qui élargit les facteurs déterminants du contrôle d’une société à certaines fins de la Loi. Le paragraphe 256(5.1) a été inséré dans la Loi en 1987 et prévoit que, sous réserve de certaines exceptions qui ne sont pas pertinentes en l’espèce :

[...] lorsque l’expression « contrôlée, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, » est utilisée, une société est considérée comme ainsi contrôlée par une autre société, une personne ou un groupe de personnes [...] si, à ce moment, l’entité dominante a une influence directe ou indirecte dont l’exercice entraînerait le contrôle de fait de la société [...] »

[117] Concurremment à l’adoption du paragraphe 256(5.1), diverses dispositions de la Loi ont été modifiées afin que le critère du contrôle de fait puisse s’y appliquer. Cependant, il n’a pas été adopté aux fins du paragraphe 111(5).

[118] Il convient de répéter que l’élément cardinal du critère du contrôle *de facto* réside dans le contrôle des activités d’une société par le fait du contrôle exercé sur son conseil d’administration. Dans l’arrêt *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, le juge Ryer fait cette observation :

Le contrôle de fait, comme le contrôle de droit, porte sur le contrôle exercé sur le conseil d’administration et non sur le contrôle exercé sur les activités quotidiennes de la société. L’alinéa 256(1)*b*) et le paragraphe 256(5.1) font expressément référence au contrôle exercé sur une société et non au contrôle exercé sur les activités ou l’exploitation d’une société<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> *McGillivray Restaurant Ltd. v. Canada*, 2016 FCA 99 at paragraphe 46.

<sup>12</sup> *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, 2016 CAF 99, at paragraphe 46.

[119] Referring to the Court's earlier decision in *Silicon Graphics Ltd. v. Canada*, Ryer J.A. reiterated that:

in order for there to be a finding of *de facto* control, a person or group of persons must have the clear right and ability to effect a significant change in the board of directors or the powers of the board of directors or to influence in a very direct way the shareholders who would otherwise have the ability to elect the board of directors.<sup>13</sup>

[120] Thus, the *de jure* and *de facto* control tests are differentiated only by the breadth of factors that can be looked at to determine who has ultimate control over the board of directors.

[121] The Appellant argued that the introduction of section 256.1 into the *Act* in 2013 should also be considered part of the relevant context of subsection 111(5) for the years in issue.

[122] Section 256.1 deems an acquisition of control of a corporation to occur for the purposes of certain sections of the *Act*, including subsection 111(5), when the value of the interest held by a person or group of persons in the corporation increases to more than 75% of the value of the outstanding shares of the corporation.

[123] The Appellant maintains that this represented a change to the law and, as such, previous to the enactment of section 256.1 there was no policy in the *Act* that the acquisition of a substantial economic interest in a corporation was sufficient to trigger an acquisition of control for the purposes of subsection 111(5).

[124] It is not necessary for me to address this submission, however, in light of the comments of the Federal Court of Appeal in *Oxford Properties Ltd. v. Canada* concerning the effect of subsequent amendments to the *Act* in a statutory interpretation exercise. In that decision, Noël C.J.A. wrote:

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

<sup>13</sup> *Ibid* at paragraphe 35.

[119] Le juge Ryer reprend à son compte une jurisprudence de la Cour, *Silicon Graphics Ltd. c. Canada* :

Par conséquent, je suis d'avis que pour que l'on puisse conclure à un contrôle de fait, une personne ou un groupe de personnes doivent avoir le droit et la capacité manifestes de procéder à une modification importante du conseil d'administration ou des pouvoirs du conseil ou d'influencer d'une façon très directe les actionnaires qui auraient autrement la capacité de choisir le conseil d'administration<sup>13</sup>.

[120] Par conséquent, les critères du contrôle *de jure* et *de facto* se distinguent uniquement par la portée des facteurs à examiner pour déterminer qui exerce le contrôle réel sur le conseil d'administration.

[121] Selon l'appelante, l'insertion de l'article 256.1 à la Loi en 2013 doit aussi être considérée comme faisant partie du contexte pertinent du paragraphe 111(5) pour les années en cause.

[122] Selon l'article 256.1, aux fins de certaines dispositions de la Loi dont le paragraphe 111(5), il y a acquisition réputée du contrôle d'une société quand la participation d'une personne ou d'un groupe de personnes passe à plus de 75 % de la valeur des actions en circulation de la société.

[123] L'appelante soutient que l'article 256.1 marquait un changement de l'état du droit et que, avant son adoption, la Loi ne comportait aucune politique faisant un lien entre l'acquisition d'une participation financière importante dans une société et l'acquisition du contrôle aux fins du paragraphe 111(5).

[124] Toutefois, il n'est pas nécessaire que je me penche sur cette thèse puisque la Cour d'appel fédérale a déjà discuté l'effet des modifications subséquentes à la Loi dans le cadre d'une interprétation des lois intégrée à son arrêt *Canada c. Oxford Properties Ltd.* Le juge en chef Noël observe :

La question de savoir si une modification clarifie ou modifie l'état antérieur du droit dépend de l'interprétation de l'état antérieur du droit et de la modification. Comme il a été expliqué, la *Loi d'interprétation* empêche de tirer une conclusion au sujet de l'effet juridique d'un nouveau texte sur l'état antérieur du droit au seul motif que le législateur l'a adopté. Dans cette perspective, la seule façon d'évaluer les incidences d'une modification sur l'état du droit

<sup>13</sup> *Ibid*, au paragraphe 35.

of the law as it stood beforehand and then determine whether the subsequent amendment alters it or clarifies it.<sup>14</sup>

[125] Finally, subsection 256(7) contains rules deeming control to have been acquired in certain circumstances and not to have been acquired in others. It deals with situations involving transfers of shares between related persons and reorganizations within a group of related corporations, as well as amalgamations and reverse takeovers. These circumstances:

reflect the intention that a dilution of control, or a loss of control by a person or group of persons to an undefined group, will not be considered offensive except in certain contexts, such as an amalgamation or a reverse takeover. In these circumstances only, wide shareholder bases are consolidated for the purpose of determining control.<sup>15</sup>

[126] Moving now to purpose, it is clear that subsection 111(5) was enacted to prevent tax loss trading. The restriction on the use of losses is subject to limited exceptions relating to the rehabilitation of the loss business and to the transfer of losses between corporations under common control.

[127] Subsection 111(5) reflects the general policy in the *Act* against loss trading between arm's length parties. In *Mathew v. Canada*, the Supreme Court of Canada held that "the general policy of the Income Tax Act is to prohibit the transfer of losses between taxpayers, subject to specific exceptions" and that "under such exceptions, Parliament intended to promote a particular purpose concerning a distinct relationship between the transferor and the transferee under specifically described circumstances."<sup>16</sup>

antérieur consiste à déterminer l'effet juridique de la loi telle qu'elle existait avant la modification, puis à déterminer si la modification modifie ou clarifie cet effet juridique<sup>14</sup>.

[125] Enfin, les règles énoncées au paragraphe 256(7) établissent dans quelles circonstances le contrôle est réputé acquis ou non. Il y est fait mention de transferts d'actions entre des personnes liées, de réorganisations à l'intérieur d'un groupe de sociétés liées, de fusions et de prises de contrôle inversées. Dans toutes ces circonstances :

[TRADUCTION]

la dilution du contrôle, ou la perte de contrôle par une personne ou un groupe de personnes aux mains d'un groupe indéterminé ne sont pas considérées comme un abus, hormis dans certains contextes comme une fusion ou une prise de contrôle inversée. Dans ces circonstances uniquement, on peut considérer un groupe important d'actionnaires dans son ensemble pour déterminer à qui appartient le contrôle<sup>15</sup>.

[126] Pour ce qui est de l'objet, il est manifeste que le paragraphe 111(5) visait l'exclusion des échanges de pertes fiscales. La restriction concernant l'utilisation des pertes est assortie d'un petit nombre d'exceptions (le redressement d'une entreprise déficitaire et le transfert des pertes entre des sociétés sous contrôle commun).

[127] Le paragraphe 111(5) reflète la politique générale de la Loi d'interdiction de l'échange de pertes entre des parties sans lien de dépendance. À l'occasion de l'affaire *Mathew c. Canada*, la Cour suprême du Canada a conclu que la Loi « a comme politique générale d'interdire le transfert de pertes entre contribuables, sous réserve d'exceptions précises » et « qu'en établissant ces exceptions le législateur a voulu favoriser la réalisation d'un objectif particulier à l'égard de certains rapports qui existent entre l'auteur et le bénéficiaire du transfert dans des circonstances précises<sup>16</sup> ».

<sup>14</sup> *Oxford Properties Ltd. v. Canada*, 2018 FCA 30 at paragraph 86.

<sup>15</sup> M. Munoz, "Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations", *Canadian Tax Journal* (2009) Vol. 547 No. 3, pp. 660-698 at p. 692.

<sup>16</sup> *Mathew v. Canada*, 2005 SCC 55 at paragraph 49.

<sup>14</sup> *Canada c. Oxford Properties Ltd.*, 2018 CAF 30, au paragraphe 86.

<sup>15</sup> M. Munoz, « Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations », *Canadian Tax Journal* (2009), vol. 547, n° 3, p. 660 à 698 (à la p. 692).

<sup>16</sup> *Mathew c. Canada*, 2005 CSC 55, au paragraphe 49.

[128] It has been suggested that the reason underpinning the choice to deny loss carryovers after an acquisition of control is that after the acquisition of control, the corporation can be likened to a new taxpayer because it has different shareholders.

[129] This view has been expressed as follows:

First and foremost, the carryover of losses following a change of control is not generally supported in tax policy terms. Normally, one taxpayer cannot avail himself of another taxpayer's losses. In the case of an artificial entity such as a corporation, when its control changes it is essentially regarded as a new taxpayer, because different shareholders then become entitled indirectly to enjoy the benefits of its financial success.<sup>17</sup>

[130] Another author puts it this way:

It follows that losses should not normally be claimed by the corporation after a significant change of shareholders, on the basis that the former shareholders, who bore the economic costs of the losses, are no longer participants in the corporation's affairs.<sup>18</sup>

[131] Despite the tax policy basis for using a substantial change in equity investment test to restrict loss carryovers, though, this kind of test was removed from the predecessor section to subsection 111(5) in 1972 and a similar test in subsection 256.1 was not included until 2013. This gives rise to an inference that Parliament did not intend to target substantial equity acquisitions in a loss corporation as a basis for restricting the carryover of its losses.

[132] It appears that Parliament's aim in choosing the *de jure* control test was to achieve certainty and predictability. This was the conclusion of Iacobucci J. in *Duha*:

[128] Selon une certaine doctrine, l'interdiction du report des pertes après une acquisition de contrôle est motivée par le fait que la société est assimilable à un nouveau contribuable puisqu'elle a de nouveaux actionnaires.

[129] Cette thèse a été formulée ainsi :

[TRADUCTION]

De prime abord et de manière générale, les politiques fiscales ne cautionnent pas les reports de pertes après un changement de contrôle. En principe, le contribuable ne peut pas utiliser à son profit les pertes d'un autre contribuable. Dans le cas d'une entité artificielle comme une société, on considère essentiellement qu'un changement de contrôle au sein d'une société en fait un nouveau contribuable puisque des actionnaires différents acquièrent indirectement le droit de tirer profit de sa réussite financière<sup>17</sup>.

[130] Voici une autre formulation de cette thèse :

[TRADUCTION]

Il faut en déduire qu'après un changement important parmi les actionnaires d'une société, elle ne doit pas normalement réclamer des pertes puisque les actionnaires qui ont subi les coûts financiers de ces pertes ont cessé de participer à ses activités<sup>18</sup>.

[131] Malgré la politique fiscale selon laquelle un changement important dans la participation au capital peut servir de fondement à une restriction en matière de report des pertes, ce critère a été supprimé de la version antérieure du paragraphe 111(5) en 1972, et il a fallu attendre 2013 pour qu'un critère semblable soit inséré au paragraphe 256.1. On pourrait en déduire que le législateur n'avait pas l'intention d'utiliser l'acquisition d'une participation importante dans une société déficitaire pour restreindre son droit de reporter ses pertes.

[132] Selon toute vraisemblance, le législateur a opté pour le critère du contrôle *de jure* dans un objectif de certitude et de prévisibilité. Telle est la conclusion du juge Iacobucci dans l'arrêt *Duha* :

<sup>17</sup> W.J. Strain, D.A. Dodge, V. Peters, "Tax Simplification: The Elusive Goal", 1988 Conference Report, CTF, p. 4:1 at p. 4-52.

<sup>18</sup> A. Nijhawan, "When Is Loss Trading Permissible? A Purposive Analysis of Subsection 111(5)" Conference Report, CTF, p. 9:1-26 at p. 9:5.

<sup>17</sup> W.J. Strain, D.A. Dodge, V. Peters, « Tax Simplification: The Elusive Goal », 1988 CTF Conference Report, 4 :1 (p. 4-52).

<sup>18</sup> A. Nijhawan, « When Is Loss Trading Permissible? A Purposive Analysis of subsection 111(5) », CTF Conference Report, p. 9 :1 à 26 (p. 9 :5).



... At the outset, it is important to bear in mind the distinction between the tests of *de jure* and *de facto* control developed by the courts. In my view, the *de jure* standard was chosen because in some respects it is a relevant and relatively certain and predictable concept to employ in determining control. In general terms, *de jure* refers to those legal sources that determine control: namely, the corporation's governing statute and its constitutional documents, including the articles of incorporation and by-laws. The *de facto* concept was rejected because it involves ascertaining control in fact, which can lead to a myriad of indicators which may exist apart from these sources. See, for example, F. Iacobucci and D. L. Johnston, "The Private or Closely-held Corporation", in J. S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law* (1973), vol. 2, 68, at pp. 108-12.<sup>19</sup>

[133] Iacobucci J. also made the point that the acquisition of control test was a means of determining effective or ultimate control of a corporation:

... However, it must be recognized at the outset that this test is really an attempt to ascertain who is in effective control of the affairs and fortunes of the corporation. That is, although the directors generally have, by operation of the corporate law statute governing the corporation, the formal right to direct the management of the corporation, the majority shareholder enjoys the indirect exercise of this control through his or her ability to elect the board of directors. Thus, it is in reality the majority shareholder, not the directors per se, who is in effective control of the corporation. This was expressly recognized by Jactett P. when setting out the test in *Buckerfield's*. Indeed, the very authority cited for the test was the following dictum of Viscount Simon, L.C., in *British American Tobacco Co. v. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, at p. 15:

The owners of the majority of the voting power in a company are the persons who are in effective control of its affairs and fortunes. [Emphasis added.]<sup>20</sup>

Il importe, au départ, de garder à l'esprit la distinction entre les critères du contrôle *de jure* et du contrôle *de facto* qu'ont énoncés les tribunaux. À mon avis, la norme *de jure* a été retenue parce qu'à certains égards elle représente un concept pertinent et relativement certain et prévisible pour l'examen du contrôle. De façon générale, l'expression *de jure* renvoie aux sources juridiques qui déterminent le contrôle; à savoir la loi qui régit la société et les actes constitutifs de cette dernière, y compris ses statuts et ses règlements administratifs. La notion *de facto* a été rejetée parce qu'elle oblige à vérifier qui exerce le contrôle de fait, ce qui peut conduire à une multitude d'indices susceptibles d'exister outre ces sources. Voir, par exemple, F. Iacobucci et D., L. Johnston, « The Private or Closely-held Corporation », dans J. S. Ziegel, dir., *Studies in Canadian Company Law* (1973), vol. 2, 68, aux pp. 108 à 112.<sup>19</sup>

[133] Le juge Iacobucci fait également remarquer que le critère de l'acquisition du contrôle constitue un moyen de déterminer qui assure le contrôle effectif ou ultime d'une société :

Toutefois, il faut reconnaître, au départ, que ce critère est vraiment une tentative de vérifier qui exerce un contrôle effectif sur les affaires et les destinées de la société. Autrement dit, bien que les administrateurs aient généralement, en vertu de la loi qui régit la société, le droit explicite de gérer la société, l'actionnaire majoritaire exerce indirectement ce contrôle en raison de sa capacité d'élire le conseil d'administration. Ainsi, c'est en réalité l'actionnaire majoritaire, et non pas les administrateurs eux-mêmes, qui exerce un contrôle effectif sur la société. Le président Jactett a reconnu expressément cela en énonçant le critère de l'arrêt *Buckerfield's*. En fait, la source invoquée à l'appui de ce critère est l'opinion incidente suivante que le lord chancelier, le vicomte Simon, a exprimée dans *British American Tobacco Co. c. Inland Revenue Commissioners*, [1943] 1 All E.R. 13, à la p. 15 :

[TRADUCTION] Les détenteurs de la majorité des voix dans une société sont ceux qui exercent un contrôle effectif sur ses affaires et ses destinées. [Je souligne.]<sup>20</sup>

<sup>19</sup> *Duha*, supra note 10 at paragraph 58.

<sup>20</sup> *Ibid* at paragraph 36.

<sup>19</sup> *Duha*, précité, note 10, au paragraphe 58.

<sup>20</sup> *Ibid.*, au paragraphe 36.

[134] It has been suggested that the acquisition of control test in subsection 111(5) is a reasonable marker between situations where the corporation is a free actor in a transaction and when it is only a passive participant whose actions can be manipulated by a new person or group of persons in order to utilize the losses or Tax Attributes of the corporation for their own benefit.<sup>21</sup> I agree with this analysis and find that the object, spirit and purpose of subsection 111(5) is to target manipulation of losses of a corporation by a new person or group of persons, through effective control over the corporation's actions.

[134] Une certaine doctrine enseigne que le critère de l'acquisition du contrôle du paragraphe 111(5) permet de déterminer si la société participe librement à une opération ou si elle en est une participante passive, à la solde d'une nouvelle personne ou d'un nouveau groupe de personnes dont le seul motif est de tirer avantage de ses pertes ou de ses attributs fiscaux<sup>21</sup>. Je retiens cette analyse et je conclus que l'objet et l'esprit du paragraphe 111(5) appellent la restriction des manipulations des pertes d'une société par une nouvelle personne ou un nouveau groupe de personnes qui assume le contrôle effectif des actions de la société.

<sup>21</sup> M. Munoz, "Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations", *Canadian Tax Journal* (2009) Vol. 547 No. 3, pp. 660-698 at p. 694.

<sup>21</sup> M. Munoz, « Loss Utilization in Arm's-Length Business Combinations », *Canadian Tax Journal* (2009), vol. 547, n° 3, p. 660 à 698 (à la p. 694).

T-999-21  
2021 FC 921

T-999-21  
2021 CF 921

**The Commissioner of Competition** (*Applicant*)  
(*Responding Party on Motion*)

**Le commissaire de la concurrence** (*demandeur*)  
(*partie intimée à la requête*)

v.

c.

**Canada Tax Reviews Inc.** (*Respondent*) (*Moving Party on Motion*)

**Canada Tax Reviews Inc.** (*défenderesse*) (*partie requérante à la requête*)

**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)  
v. CANADA TAX REVIEWS INC.**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)  
c. CANADA TAX REVIEWS INC.**

Federal Court, Crampton C.J.—By videoconference, August 18; Ottawa, September 7, 2021.

Cour fédérale, juge en chef Crampton—Par vidéoconférence, 18 août; Ottawa, 7 septembre 2021.

*Competition — Motion to set aside, vary order issued ex parte under Competition Act, s. 11 for information from respondent, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), relating to specific matters under inquiry — Motion brought by respondent under Federal Courts Rules, r. 399(1)(a) — Applicant (Commissioner of Competition) appointed under Act, s. 7; is responsible for enforcement, administration of Act — CTR described as tax recovery specialist firm that advocates on behalf of its clients to Canada Revenue Agency — Commissioner filed application pursuant to Act, ss. 11(1)(b),(c) for order requiring CTR to produce records, provide written returns of information — In that application, Commissioner explained that inquiry had been commenced under Act, s. 10 concerning certain of CTR's marketing practices — Commissioner had reason to believe that grounds existed for making of order under Part VII.1 of Act, specifically ss. 74.01(1)(a), 74.011(1) — CTR informed that Commissioner would be seeking order under Act, s. 11, was invited to participate in "pre-issuance dialogue" — Hearing of Commissioner's application taking place — Court then issuing disputed order — Whether disputed order should be varied — In ex parte applications under Act, s. 11, Commissioner subject to heavy burden to make full, frank disclosure of all relevant facts, circumstances surrounding application — Commissioner must ensure that Court not misled as to potential relevance of information for inquiry in question — Commissioner not failing to meet elevated duty of full, frank disclosure applying in ex parte proceedings under Act, s. 11 — Alleged shortcomings, defects in Commissioner's disclosure having to be such that they may have led Court to refuse to grant order in question or certain of specifications therein — None of defects that CTR identified rising to that level — Court had very good appreciation of CTR's position from materials submitted — Contrary to CTR's position, Court not misled by any aspect of Commissioner's disclosure — CTR objected to several specifications in disputed*

*Concurrence — Requête visant à faire annuler et modifier une ordonnance ex parte rendue en vertu de l'art. 11 de la Loi sur la concurrence pour obtenir des renseignements de la défenderesse, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), concernant des questions particulières faisant l'objet d'une enquête — Requête présentée par la défenderesse sur le fondement de l'alinéa 399(1)a des Règles des Cours fédérales — Le demandeur (commissaire de la concurrence) est nommé en vertu de l'art. 7 de la Loi et il est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la Loi — La société CTR se décrit comme étant une société spécialisée dans le recouvrement fiscal qui défend les intérêts de ses clients auprès de l'Agence du revenu du Canada — Le commissaire a déposé une demande fondée sur les art. 11(1)b) et c) de la Loi afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à la société CTR de produire des documents et de fournir des renseignements sous forme de déclarations écrites — Dans sa demande, le commissaire a expliqué qu'une enquête avait été entreprise selon l'art. 10 de la Loi, concernant certaines des pratiques commerciales de la société CTR — Le commissaire avait des raisons de croire qu'il existait des motifs justifiant de rendre une ordonnance en vertu de la partie VII.1 de la Loi, et plus précisément des art. 74.01(1)a) et 74.011(1) — La société CTR a été informée que le commissaire solliciterait une ordonnance en vertu de l'art. 11 et a été invitée à participer à un « dialogue préalable à la demande » — La demande d'ordonnance du commissaire a été instruite — La Cour a ensuite rendu l'ordonnance contestée — Il s'agissait de savoir si l'ordonnance contestée devrait être modifiée — Dans les demandes ex parte présentées en vertu de l'art. 11 de la Loi, le commissaire a l'obligation rigoureuse de faire une divulgation complète et franche de tous les faits pertinents entourant la demande — Le commissaire doit veiller à ne pas induire la Cour en erreur quant à la pertinence que les renseignements pourraient avoir pour l'enquête en*

*order that required specific information, maintained that information at issue not relevant to issues in this matter — Such specifications were relevant to Commissioner's inquiry into whether CTR made false or misleading representations, as contemplated by Act, ss. 74.01(1)(a), 74.011(1) — Would not impose excessive, disproportionate or unnecessary burden on CTR — Regarding scope of information sought, while change made to specification in disputed order to limit specific records sought, remaining provisions not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome — Commissioner not failing to meet elevated duty of full and frank disclosure — Commissioner under no legal obligation to discuss with CTR relevance of one or more aspects of draft order during process of pre-application dialogue — Motion dismissed with some limited exceptions.*

*Practice — Judgments and Orders — Respondent, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), seeking to set aside, vary portions of order issued ex parte under Competition Act, s. 11 — Motion brought by CTR under Federal Courts Rules, r. 399(1)(a) — Applicant (Commissioner) had previously filed application pursuant to Act, ss. 11(1)(b),(c) for order requiring CTR to produce records, provide written returns of information — Inquiry commenced concerning certain of CTR's marketing practices — Court issuing disputed order following hearing of Commissioner's application — Whether disputed order should be varied — General test for having order set aside or varied on motion under Rules, r. 399(1)(a) is whether CTR disclosing prima facie case why order should not have been made — Even where respondent demonstrating specific conclusions to justify motion, Court affording Commissioner opportunity to be heard, retaining discretion to dismiss respondent's motion — After having considered any additional information provided by Commissioner, Court may remain satisfied that information described in Order still relevant, is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome — In such circumstances, Court may exercise its discretion to deny relief respondent seeking.*

*question — Le commissaire n'a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche qui s'applique aux procédures ex parte relevant de l'art. 11 de la Loi — Les manquements et lacunes allégués dans la divulgation du commissaire doivent être tels qu'ils auraient pu conduire la Cour à refuser de rendre l'ordonnance en question ou certaines de ses dispositions — Aucune des lacunes relevées par la société CTR ne répondait à ces exigences — La Cour a très bien compris le point de vue de la société CTR à partir des documents soumis — Contrairement à l'argument de la société CTR, aucun des aspects de la divulgation du commissaire n'a induit la Cour en erreur — La société CTR s'est opposée à plusieurs dispositions de l'ordonnance contestée qui l'enjoignent à fournir certains renseignements en particulier et a maintenu que ces renseignements n'étaient pas pertinents pour les questions qui se posaient dans l'affaire — Ces dispositions étaient pertinentes pour l'enquête du commissaire visant à déterminer si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses, suivant les art. 74.01(1)a) et 74.011(1) de la Loi — Elles n'imposeraient pas un fardeau excessif, disproportionné ou inutile à la société CTR — En ce qui concerne la portée des renseignements sollicités, bien qu'une modification ait été apportée à l'ordonnance contestée pour limiter les documents spécifiques sollicités, les autres dispositions n'étaient ni excessives, ni disproportionnées, ni inutilement onéreuses — Le commissaire n'a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche — Le commissaire n'avait aucune obligation légale de discuter avec la société CTR de la pertinence d'un ou de plusieurs éléments d'un projet d'ordonnance au cours du processus de dialogue préalable à la demande — Requête rejetée, sous réserve de quelques exceptions.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — La défenderesse, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), a demandé l'annulation et la modification d'une ordonnance ex parte rendue en vertu de l'art. 11 de la Loi sur la concurrence — La requête a été présentée par la société CTR sur le fondement de l'alinéa 399(1)a) des Règles des Cours fédérales — Le demandeur (le commissaire) avait précédemment déposé une demande fondée sur les art. 11(1)b) et c) de la Loi afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à la société CTR de produire des documents et de fournir des renseignements sous forme de déclarations écrites — Une enquête a été entreprise concernant certaines des pratiques commerciales de la société CTR — Après audition de la demande du commissaire, la Cour a rendu l'ordonnance contestée — Il s'agissait de savoir si l'ordonnance contestée devrait être modifiée — Le critère général pour obtenir l'annulation ou la modification d'une ordonnance dans le cadre d'une requête fondée sur l'alinéa 399(1)a) consiste à se demander si la société CTR a présenté une preuve prima facie indiquant les raisons pour lesquelles l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue — Même lorsque le défendeur fait la preuve de certaines conclusions justifiant la requête, la Cour donne au commissaire l'occasion d'être entendu et conserve le pouvoir*

*discrétionnaire de rejeter la requête du défendeur — Une fois qu'elle a examiné les renseignements supplémentaires fournis par le commissaire, la Cour peut demeurer convaincue que les renseignements visés par l'ordonnance sont tout de même pertinents et que leur portée n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse — Dans de telles circonstances, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder au défendeur les mesures sollicitées.*

This was a motion to set aside and vary an order issued *ex parte* under section 11 of the *Competition Act* for information from the respondent, Canada Tax Reviews Inc. (CTR) relating to specific matters under inquiry. The motion was brought by the respondent under paragraph 399(1)(a) of the *Federal Courts Rules*. It raised important issues pertaining to Orders issued *ex parte* pursuant to section 11 of the Act.

Il s'agissait d'une requête visant à faire annuler et modifier une ordonnance *ex parte* rendue en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence* pour obtenir des renseignements de la défenderesse, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), concernant des questions particulières faisant l'objet d'une enquête. La requête a été présentée par la défenderesse sur le fondement de l'alinéa 399(1)a des *Règles des Cours fédérales*. Elle a soulevé d'importantes questions au sujet d'ordonnances *ex parte* rendues en vertu de l'article 11 de la Loi.

The applicant (Commissioner of Competition) is appointed under section 7 of the Act and is responsible its enforcement and administration. CTR describes itself as a tax recovery specialist firm that advocates on behalf of its clients to the Canada Revenue Agency. In June 2021, the Commissioner filed an application pursuant to paragraphs 11(1)(b) and (c) of the Act for an order requiring CTR to produce records and provide written returns of information. In that application, the Commissioner explained that an inquiry had been commenced under section 10 of the Act concerning certain of CTR's marketing practices. In a supporting affidavit affirmed by a competition law officer with the Competition Bureau (the Bureau), the impugned marketing practices were described as being representations made by CTR to the public to promote its business of applying for financial relief benefits on behalf of consumers in the context of the global COVID-19 pandemic, including the Canada Emergency Response Benefit and the Canada Recovery Benefit (collectively, the Covid Relief Benefits). This affidavit stated that the Commissioner had reason to believe that grounds existed for the making of an order under Part VII.1 of the Act, specifically paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1). The officer's affidavit summarized information sought in the Court's order as relating to matters under inquiry, such as what were the representations made by CTR and where, when, why, and to whom the representations were made. It provided information pertaining to the communications that took place between the Bureau's case team and CTR in relation to what ultimately became the disputed order. Those communications followed exchanges that took place between the Bureau and CTR. Eventually, CTR was informed that the Commissioner had commenced the inquiry. A few days later, CTR was informed that the Commissioner would be seeking an order under section 11 and was also invited to participate in "pre-issuance dialogue". An initial draft of the disputed order was sent to CTR. A fair reading of the materials

Le demandeur (commissaire de la concurrence) est nommé en vertu de l'article 7 de la Loi et il est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la Loi. La société CTR se décrit comme étant une société spécialisée dans le recouvrement fiscal qui défend les intérêts de ses clients auprès de l'Agence du revenu du Canada. En juin 2021, le commissaire a déposé une demande fondée sur les alinéas 11(1)b) et c) de la Loi afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à la société CTR de produire des documents et de fournir des renseignements sous forme de déclarations écrites. Dans sa demande, le commissaire a expliqué qu'une enquête avait été entreprise selon l'article 10 de la Loi, concernant certaines des pratiques commerciales de la société CTR. Dans son affidavit à l'appui de cette demande, un agent du droit de la concurrence au Bureau de la concurrence (le Bureau) a dit que les pratiques commerciales en cause étaient des indications données au public par la société CTR afin de promouvoir ses activités qui consistent à présenter au nom des consommateurs des demandes de prestations d'aide financière dans le contexte de la pandémie mondiale de COVID-19, à savoir la Prestation canadienne d'urgence et la Prestation canadienne de la relance économique (collectivement, les prestations liées à la COVID). Selon cet affidavit, le commissaire avait des raisons de croire qu'il existait des motifs justifiant de rendre une ordonnance en vertu de la partie VII.1 de la Loi, et plus précisément de l'alinéa 74.01(1)a) et du paragraphe 74.011(1). Selon le résumé fourni dans l'affidavit de l'agent, les renseignements visés par l'ordonnance de la Cour se rapportaient aux questions soulevées dans l'enquête, comme la question de savoir quelles étaient les indications données par la société CTR et la question de savoir où, quand, pourquoi et à qui ces indications avaient été données. L'affidavit a fourni des renseignements sur les communications entre l'équipe du Bureau chargée de l'affaire et la société CTR au sujet de l'ordonnance depuis contestée. Ces communications étaient postérieures aux échanges qui ont eu lieu entre le Bureau et

filed with the Court reflected a good faith effort by the case team to address the concerns CTR raised except in relation to the relevance of some of the specifications in the schedules to the disputed order. It did not reflect much of an effort on CTR's part to provide the Bureau with helpful information or to otherwise be of assistance. A hearing of the Commissioner's application for an order took place. After the Commissioner submitted a revised draft order that addressed the Court's concerns respecting certain of the specifications that were included in the draft order, the disputed order was issued. CTR then filed the motion to set aside and vary portions of the disputed order.

Given that CTR was not requesting that the disputed order be set aside in its entirety, the sole issue was whether the disputed order should be varied.

*Held*, the motion should be dismissed with some limited exceptions.

The general test for having an order set aside or varied on a motion under paragraph 399(1)(a) of the Rules is whether the respondent discloses a *prima facie* case why the order should not have been made. For orders issued under section 11 of the Act, this can be achieved by providing sufficient facts and law to justify one of the following conclusions, in the absence of a response from the Commissioner: (i) that the Commissioner did not satisfy the elevated duty of disclosure that applies in section 11 proceedings, (ii) that the Commissioner has not initiated a *bona fide* inquiry under section 10 of the Act, (iii) that some or all of the information that was ordered to be produced is irrelevant to the Commissioner's inquiry, or (iv) that some or all of such information would be excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. Even where a respondent demonstrates one or more of these things, the Court will afford the Commissioner an opportunity to be heard and will retain the discretion to dismiss the respondent's motion. After having considered any additional information provided by the Commissioner, the Court may remain satisfied that the information described in the Order is still relevant and is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. In such circumstances, the Court may exercise its discretion to deny the relief sought by the respondent. In *ex parte* applications under section 11 of the Act, the Commissioner is subject

la société CTR. La société CTR a ensuite été informée que le commissaire avait commencé l'enquête. Quelques jours plus tard, la société CTR a été informée que le commissaire solliciterait une ordonnance en vertu de l'article 11 et a été invitée à participer à un dialogue préalable à la demande. Une première version du projet de l'ordonnance contestée a été envoyée à la société CTR. Il est ressorti de l'interprétation raisonnable des documents déposés auprès de la Cour que l'équipe chargée de l'affaire a sincèrement tenté de répondre aux préoccupations soulevées par la société CTR — sauf en ce qui concerne la pertinence de certaines dispositions des annexes de l'ordonnance contestée. Ces documents ont démontré aussi que la société CTR a déployé peu d'efforts pour fournir au Bureau des renseignements utiles ou pour l'aider d'une quelconque manière. La demande d'ordonnance du commissaire a été instruite. Après la présentation par le commissaire d'un projet d'ordonnance révisé qui répondait aux préoccupations de la Cour concernant certaines des dispositions qui figuraient dans le projet d'ordonnance, l'ordonnance contestée a été rendue. La société CTR a ensuite déposé la requête visant à faire annuler et modifier certaines parties de l'ordonnance contestée.

Comme la société CTR n'a pas demandé que l'ordonnance contestée soit annulée dans son intégralité, la seule question en litige était celle de savoir s'il y avait lieu de modifier l'ordonnance contestée.

*Jugement* : la requête doit être rejetée, sous réserve de quelques exceptions.

Le critère général pour obtenir l'annulation ou la modification d'une ordonnance dans le cadre d'une requête fondée sur l'alinéa 399(1)a) consiste à se demander si le défendeur a présenté une preuve *prima facie* indiquant les raisons pour lesquelles l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue. Pour les ordonnances rendues en vertu de l'article 11 de la Loi, la preuve peut être faite au moyen de points de fait ou de droit suffisants pour justifier l'une des conclusions suivantes, en l'absence de réplique du commissaire : (i) le commissaire n'a pas satisfait à l'obligation de divulgation plus rigoureuse qui s'applique aux procédures fondées sur l'article 11; (ii) le commissaire n'a pas entrepris une véritable enquête en application de l'article 10 de la Loi; (iii) les renseignements — dans leur ensemble ou en partie — dont la production a été ordonnée ne sont pas pertinents pour l'enquête du commissaire; ou (iv) la portée de ces renseignements — dans leur ensemble ou en partie —, est excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse. Même lorsque le défendeur prouve au moins l'un de ces éléments, la Cour donne au commissaire l'occasion d'être entendu et conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la requête du défendeur. Une fois qu'elle a examiné les renseignements supplémentaires fournis par le commissaire, la Cour peut demeurer convaincue que les renseignements visés par l'ordonnance sont tout de même pertinents et que leur portée



to a heavy burden to make full and frank disclosure of all of the relevant facts and circumstances surrounding the application. This elevated duty of candour assists the Court to properly balance the competing interests at play in *ex parte* applications. To this end, it requires the Commissioner to ensure that the Court is not misled, whether through non-disclosure or misinformation, as to the potential relevance of the information for the inquiry in question.

Regarding the Commissioner's duty of disclosure in this case, the Commissioner provided the Court with a lengthy narrative of the pre-application dialogue that took place. As well, the officer's notes of the four meetings that took place between the Bureau's case team and CTR's representatives provided further information, including in respect of CTR's objections to a number of the specifications. Those notes were the most extensive that were ever seen in this type of proceeding. The Commissioner also specifically addressed CTR's concerns in the written representations that were included with the application record. Those materials, collectively, provided a very good sense of the essence of CTR's concerns and enabled the Court to take the position not to issue the draft order unless it was amended to address several of them. Clarifications considered to be necessary during the hearing were also requested. The Commissioner's responses to those requests were forthright and helpful. CTR alleged various shortcomings and defects in the Commissioner's disclosure. However, these must be such that they may well have led the Court to have refused to grant the order in question or certain of the specifications therein. None of the defects that CTR identified rose to that level, either individually or in the aggregate. The Court had a very good appreciation of CTR's position from the materials submitted. Contrary to CTR's position, the Court was not misled by any aspect of the Commissioner's disclosure. In summary, the Commissioner did not fail to meet the elevated duty of full and frank disclosure that applies in *ex parte* proceedings under section 11 of the Act.

CTR objected to several specifications that require information pertaining to its collections on invoices, its reporting of specific accounts and records, and maintained that this information was not relevant to the issues in this matter. These specifications were indeed relevant to the Commissioner's inquiry into whether CTR made false or misleading representations, as contemplated by paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act. The

n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse. Dans de telles circonstances, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder au défendeur les mesures sollicitées. Dans les demandes *ex parte* présentées en vertu de l'article 11 de la Loi, le commissaire a l'obligation rigoureuse de faire une divulgation complète et franche de tous les faits pertinents entourant la demande. Cette rigoureuse obligation de franchise permet à la Cour d'évaluer adéquatement les intérêts concurrents en jeu dans les demandes *ex parte*. À cette fin, elle exige du commissaire qu'il veille à ne pas induire la Cour en erreur — soit en raison d'une non-divulgation ou de renseignements erronés — quant à la pertinence que les renseignements pourraient avoir pour l'enquête en question.

En ce qui concerne l'obligation de divulgation du commissaire en l'espèce, le commissaire a fourni à la Cour un long compte rendu du dialogue préalable à la demande. En outre, les notes rédigées par l'agent lors des quatre réunions ayant eu lieu entre l'équipe du Bureau et les représentants de la société CTR ont fourni des renseignements supplémentaires, notamment en ce qui concerne les objections que la société CTR a formulées au sujet de certaines dispositions. Ces comptes rendus étaient les plus détaillés que l'on a jamais vus dans ce type de procédure. Le commissaire a également répondu expressément aux préoccupations exprimées par la société CTR dans les observations écrites qui ont été déposées dans le dossier de la demande. Ces documents ont donné, collectivement, à la Cour une très bonne idée de l'essence des préoccupations de la société CTR et l'ont menée à décider de ne pas homologuer le projet d'ordonnance à moins qu'il soit modifié de façon à répondre à plusieurs d'entre elles. Les clarifications jugées nécessaires au cours de l'audience ont également été demandées. Les réponses du commissaire à ces demandes ont été franches et utiles. La société CTR a allégué divers manquements et lacunes dans la divulgation du commissaire. Toutefois, ces lacunes doivent être telles qu'elles auraient bien pu conduire la Cour à refuser de rendre l'ordonnance sollicitée, ou certaines de ses dispositions. Aucune des lacunes relevées par la société CTR ne répondait à ces exigences, ni isolément ni dans leur ensemble. La Cour a très bien compris le point de vue de la société CTR à partir des documents soumis. Contrairement à l'argument de la société CTR, aucun des aspects de la divulgation du commissaire n'a induit la Cour en erreur. En résumé, le commissaire n'a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche qui s'applique aux procédures *ex parte* relevant de l'article 11 de la Loi.

La société CTR s'est opposée à plusieurs dispositions de l'ordonnance qui l'enjoignent à fournir des renseignements sur ses factures, sur la communication de comptes et les documents transmis, et a maintenu que ces renseignements n'étaient pas pertinents pour les questions qui se posaient dans l'affaire. Ces dispositions étaient effectivement pertinentes pour l'enquête du commissaire visant à déterminer si la société CTR a donné des

information the Commissioner sought relating to audiences, geographic areas and demographic information was very relevant to a determination of whether CTR's representations were false or misleading as contemplated by the inquiry being conducted in respect of paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act. As for search engine optimization, search engine marketing and web analytics, these specifications in the disputed order were also relevant to the Commissioner's inquiry. This was particularly so given that the Commissioner had to be given a certain degree of latitude at this stage of his inquiry, when he had still not obtained much information from CTR. These disputed specifications would not impose an excessive, disproportionate or unnecessary burden on CTR.

With respect to the scope of the information sought, CTR submitted that certain specifications requiring it to produce "all records" pertaining to certain matters were massively overbroad and unnecessarily burdensome. Given the extensive definition of the term "record" in section 2 of the Act, the Court is generally very sensitive to specifications that would require the production of "all records" pertaining to particular matters and this was the case in this proceeding. While a change was made to a specification in the disputed order to limit specific records sought, the remaining provisions requiring the production of "all records" were not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. Moreover, information regarding complaints, their handling procedures and internal reporting was also relevant to the Commissioner's inquiry. Such information was not overbroad, unnecessarily burdensome or duplicative.

In conclusion, the Commissioner did not fail to meet the elevated duty of full and frank disclosure that applies in *ex parte* proceedings under section 11 of the Act. The Commissioner is under no legal obligation to discuss with a respondent the relevance of one or more aspects of a draft order during the process of pre-application dialogue. However, where the Commissioner fails to engage in meaningful pre-application dialogue, there may be increased scope for an order issued under section 11 of the Act to be set aside or varied in a subsequent motion under rule 397 or rule 399. With the limited exceptions indicated, the information described in the specifications of the schedules to the disputed order was not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

indications fausses ou trompeuses, suivant l'alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.011(1) de la Loi. Les renseignements que le commissaire a sollicités concernant les publics, les zones géographiques et les renseignements démographiques étaient très utiles pour décider si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses, suivant l'enquête menée à l'égard de l'alinéa 74.01(1)a) et du paragraphe 74.011(1) de la Loi. En ce qui concerne l'optimisation et le marketing des moteurs de recherche et l'analyse Web, ces dispositions de l'ordonnance contestée étaient également utiles pour l'enquête du commissaire. Cela était d'autant plus vrai que le commissaire devait bénéficier d'une certaine latitude à cette étape de son enquête, vu qu'il n'avait pas encore obtenu beaucoup de renseignements de la part de la société CTR. Ces dispositions contestées n'imposeraient pas un fardeau excessif, disproportionné ou inutile à la société CTR.

En ce qui concerne la portée des renseignements sollicités, la société CTR a fait valoir que certaines dispositions lui enjoignant de produire « tous les documents » sur certains points avaient une portée excessivement vaste et étaient inutilement onéreuses. Compte tenu de la large définition que la Loi confère au terme « document » à son article 2, la Cour est généralement très sensible aux dispositions qui exigeraient la production de « tous les documents » sur des points précis, ce qui était le cas dans la présente instance. Bien qu'une modification ait été apportée à l'ordonnance contestée pour limiter les documents spécifiques sollicités, les autres dispositions exigeant la production de « tous les documents » n'étaient ni excessives, ni disproportionnées, ni inutilement onéreuses. De plus, les renseignements concernant les plaintes, les procédures de traitement de celles-ci et le signalement interne étaient également utiles pour l'enquête du commissaire. Ces renseignements n'avaient pas une portée excessive ou inutilement onéreuse et ils n'étaient pas redondants.

En conclusion, le commissaire n'a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche qui s'applique aux procédures *ex parte* relevant de l'article 11 de la Loi. Le commissaire n'a aucune obligation légale de discuter avec un défendeur de la pertinence d'un ou de plusieurs éléments d'un projet d'ordonnance au cours du processus de dialogue préalable à la demande. Cependant, le fait pour le commissaire de ne pas entreprendre un véritable dialogue préalable accroît le risque que la Cour annule ou modifie l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11 de la Loi dans le cadre d'une requête subséquemment présentée sur le fondement des règles 397 ou 399. Sous réserve des exceptions limitées qui ont été mentionnées, la portée des renseignements sollicités dans les dispositions des annexes de l'ordonnance contestée n'était pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 2 “record”, 7, 10, 11, 74.01, 74.011(1).  
*Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 397, 399.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Commissioner of Competition v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FC 59, 337 F.T.R. 59; *Canada (Commissioner of Competition) v. Pearson Canada Inc.*, 2014 FC 376, [2015] 3 F.C.R. 3; *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265.

## DISTINGUISHED:

*United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.) (QL).

## CONSIDERED:

*Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; *Canada (Competition Bureau) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

## REFERRED TO:

*Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536, (1985), 52 O.R. (2d) 799; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263; *Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada*, [2001] 1 F.C. 219, (2000), 8 C.P.R. (4th) 372 (T.D.); *Canada (Commissioner of Competition) v. Bell Mobility Inc.*, 2015 FC 990; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, (1990), 73 O.R. (2d) 676; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311; *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146.

## AUTHORS CITED

Gover, Brian. *Review of s. 11 of the Competition Act*, Competition Bureau Canada, August 12, 2008, online: <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02709.html>>.  
 OECD. *Challenges to Consumer Policy in the Digital Age*, 2019.

MOTION by the respondent under paragraph 399(1)(a) of the *Federal Courts Rules* to set aside and vary an order

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 2 « document », 7, 10, 11, 74.01, 74.011(1).  
*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 397, 399.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Commissaire de la concurrence c. Compagnie de brassage Labatt Limitée*, 2008 CF 59; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Pearson Canada Inc.*, 2014 CF 376, [2015] 3 R.C.F. 3; *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.) (QL).

## DÉCISION EXAMINÉE :

*Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques commerciales restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; *Canada (Competition Bureau) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance-vie RBC*, 2013 CAF 50; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada*, [2001] 1 C.F. 219 (1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Bell Mobility Inc.*, 2015 CF 990; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake*, 2017 CAF 146.

## DOCTRINE CITÉE

Brian Gover. *Analyse de l'article 11 de la Loi sur la concurrence*, Bureau de la concurrence Canada, 12 août 2008, en ligne : <[www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02709.html](http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02709.html)>.  
 OCDE. *Challenges to Consumer Policy in the Digital Age*, 2019.

REQUÊTE de la défenderesse en vertu de l'alinéa 399(1)a des *Règles des Cours fédérales* visant à

issued by the applicant under section 11 of the *Competition Act*. Motion dismissed with some exceptions.

faire annuler et modifier une ordonnance rendue par le demandeur en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*. Requête rejetée sous réserve de quelques exceptions.

#### APPEARANCES

*Paul Klippenstein* for applicant.  
*Katherine L. Kay, Sinziana R. Hennig* and  
*Calvin Goldman, Q.C.* for respondent.

#### ONT COMPARU :

*Paul Klippenstein* pour le demandeur.  
*Katherine L. Kay, Sinziana R. Hennig* et  
*Calvin Goldman, c.r.* pour la défenderesse.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Competition Bureau Canada Legal Services*,  
Gatineau, for applicant.  
*Stikeman Elliott LLP* and *Calvin Goldman Law*,  
Toronto, for respondent.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Services juridiques du Bureau de la concurrence*,  
Gatineau, pour le demandeur.  
*Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, et *Calvin  
Goldman Law*, Toronto, pour la défenderesse.

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

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

CRAMPTON C.J.:

LE JUGE EN CHEF CRAMPTON :

#### I. Introduction

[1] This motion to set aside and vary raises important issues pertaining to orders issued *ex parte*, pursuant to section 11 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act). Those issues include the Commissioner's duty of disclosure to the Court, the nature of the Commissioner's pre-application dialogue with respondents to such orders, and the test for setting aside or varying an order under paragraph 399(1)(a) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) in relation to an order issued under section 11.

#### I. Introduction

[1] La présente requête en annulation et en modification soulève d'importantes questions au sujet des ordonnances *ex parte* rendues en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi). Ces questions portent sur l'obligation du commissaire de communiquer des renseignements à la Cour, sur la nature du dialogue préalable à la demande entre le commissaire et les défendeurs visés par une telle ordonnance, et sur le critère qu'il convient d'appliquer à l'annulation ou à la modification d'une ordonnance en vertu de l'alinéa 399(1)a des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), par rapport au critère applicable dans le cas de l'article 11.

[2] In the section 11 context, the elevated duty of disclosure that applies is often satisfied by a combination of written representations and affidavit evidence. Such evidence may include a copy of any written submissions, including in email or other exchanges, sent by the respondent to the Commissioner. Where such written materials do not fully disclose the nature of any concerns expressed by the respondent, the Commissioner's duty

[2] Dans le contexte de l'article 11, l'effet combiné de prétentions écrites et de preuve par affidavit permet souvent de satisfaire à cette obligation plus rigoureuse dont doit s'acquitter le commissaire. Ces éléments de preuve peuvent inclure une copie de toutes les observations écrites, y compris celles qui figurent dans les courriels ou autres échanges, envoyées au commissaire par les défendeurs. Lorsque ces documents ne révèlent pas

can be satisfied by including notes of any meetings or other discussions that may have taken place, so long as those notes convey the essence of the respondent's concerns and do not materially mislead the Court. In the present proceeding, the combination of such notes, copies of written submissions from the respondent, written representations from the Commissioner and direct evidence from the Commissioner's affiant collectively satisfied the Commissioner's duty of disclosure.

[3] The nature and scope of the Commissioner's process of pre-application dialogue with respondents are matters that are entirely for the Commissioner to determine. Indeed, the Commissioner is under no legal obligation to engage in any such dialogue. However, where the Commissioner does not provide a respondent with a meaningful opportunity to provide feedback on a draft order, including in relation to the relevance of all or some specifications in the draft order, there may be increased scope for the order to be set aside or varied in a subsequent motion under rule 397 or rule 399.

[4] The general test for having an order set aside or varied on a motion under paragraph 399(1)(a) [of the Rules] is whether the respondent discloses a *prima facie* case why the order should not have been made. For orders issued under section 11 of the Act, this can be achieved by providing sufficient facts and law to justify one of the following conclusions, in the absence of a response from the Commissioner: (i) that the Commissioner did not satisfy the elevated duty of disclosure that applies in section 11 proceedings, (ii) that the Commissioner has not initiated a *bona fide* inquiry under section 10 of the Act, (iii) that some or all of the information that was ordered to be produced is irrelevant to the Commissioner's inquiry, or (iv) that some or all of such information would be excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. Even where a respondent demonstrates one or more of these things, the Court will afford the Commissioner an opportunity to be heard and will retain the discretion to dismiss the respondent's motion.

entièrement la nature des préoccupations exprimées par les défendeurs, le commissaire peut s'acquitter de son obligation au moyen de comptes rendus de réunion ou de toute autre discussion qui a pu avoir lieu, à condition que ces comptes rendus communiquent l'essence des préoccupations des défendeurs et n'induisent pas la Cour en erreur sur un point important. En l'espèce, ces comptes rendus, les copies des observations écrites de la défenderesse, les prétentions écrites du commissaire et le témoignage direct fourni par le déposant du commissaire permettent, ensemble, de satisfaire à l'obligation de divulgation du commissaire.

[3] Il appartient entièrement au commissaire de décider de la nature et de l'étendue du processus de dialogue préalable à sa demande qu'il entreprend avec les défendeurs. En fait, le commissaire n'a aucune obligation légale d'entreprendre un tel dialogue. Toutefois, le fait pour le commissaire de ne pas donner aux défendeurs une occasion véritable de fournir leurs commentaires concernant un projet d'ordonnance, notamment quant à la pertinence de ses dispositions, ou d'une partie de celles-ci, accroît le risque que la Cour annule ou modifie l'ordonnance dans le cadre d'une requête subséquemment présentée en vertu des règles 397 ou 399.

[4] Le critère général pour obtenir l'annulation ou la modification d'une ordonnance dans le cadre d'une requête fondée sur l'alinéa 399(1)a) [des Règles] consiste à se demander si le défendeur a présenté une preuve *prima facie* indiquant les raisons pour lesquelles l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue. Pour les ordonnances rendues en vertu de l'article 11 de la Loi, la présentation de faits et de points de droit suffisants pour justifier l'une des conclusions suivantes, en l'absence d'une réponse de la part du commissaire, permettra d'établir l'existence d'une preuve *prima facie* : (i) le commissaire n'a pas satisfait à l'obligation de divulgation plus rigoureuse qui s'applique aux procédures fondées sur l'article 11; (ii) le commissaire n'a pas entrepris une véritable enquête en application de l'article 10 de la Loi; (iii) les renseignements — dans leur ensemble ou en partie — dont la production a été ordonnée ne sont pas pertinents pour l'enquête du commissaire; ou (iv) la portée de ces renseignements — dans leur ensemble ou en partie —, est excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse.

[5] For the reasons set forth below, I have concluded that, with some limited exceptions, the respondent, Canada Tax Reviews Inc. (CTR), has not satisfied the test under paragraph 399(1)(a) [of the Rules]. Accordingly, this motion will be largely dismissed.

## II. The parties

[6] The Commissioner is appointed under section 7 of the Act and is responsible for the enforcement and administration of the Act.

[7] CTR describes itself as a tax recovery specialist firm that advocates on behalf of its clients to the Canada Revenue Agency.

## III. Background

[8] On June 17, 2021, the Commissioner filed an application pursuant to paragraphs 11(1)(b) and (c) of the Act for an order requiring CTR to produce records and provide written returns of information. In that application, the Commissioner explained that an inquiry had been commenced under section 10 of the Act concerning certain of CTR's marketing practices.

[9] In a supporting affidavit affirmed by Antonio Perluzzo (the Perluzzo affidavit), a competition law officer with the Competition Bureau (the Bureau), the impugned marketing practices were described as being representations made by CTR to the public to promote its business of applying for financial relief benefits on behalf of consumers in the context of the global COVID-19 pandemic, including the Canada Emergency Response Benefit and the Canada Recovery Benefit (collectively, the Covid Relief Benefits).

Même lorsque le défendeur prouve au moins l'un de ces éléments, la Cour donne au commissaire l'occasion d'être entendu et conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la requête du défendeur.

[5] Pour les motifs exposés plus loin, je conclus que, sous réserve de quelques exceptions, la défenderesse, Canada Tax Reviews Inc. (la société CTR), n'a pas satisfait au critère de l'alinéa 399(1)a [des Règles]. Par conséquent, la présente requête sera en grande partie rejetée.

## II. Les parties

[6] Le commissaire est nommé en vertu de l'article 7 de la Loi et il est chargé d'assurer et de contrôler l'application de la Loi.

[7] La société CTR se décrit comme étant une société spécialisée dans le recouvrement fiscal qui défend les intérêts de ses clients auprès de l'Agence du revenu du Canada.

## III. Le contexte

[8] Le 17 juin 2021, le commissaire a déposé une demande fondée sur les alinéas 11(1)b) et c) de la Loi afin d'obtenir une ordonnance enjoignant à la société CTR de produire des documents et de fournir des renseignements sous forme de déclarations écrites. Dans sa demande, le commissaire a expliqué qu'une enquête avait été entreprise selon l'article 10 de la Loi, concernant certaines des pratiques commerciales de la société CTR.

[9] Dans son affidavit à l'appui de cette demande, Antonio Perluzzo (l'affidavit de M. Perluzzo) — un agent du droit de la concurrence au Bureau de la concurrence (le Bureau) — dit que les pratiques commerciales en cause sont des indications données au public par la société CTR afin de promouvoir ses activités qui consistent à présenter au nom des consommateurs des demandes de prestations d'aide financière. Les prestations en question sont celles liées au contexte de la pandémie mondiale de COVID-19, à savoir la Prestation canadienne d'urgence et la Prestation canadienne de la relance économique (collectivement, les prestations liées à la COVID).



[10] The Perluzzo affidavit states that based on an assessment of the records and information gathered to date, the Commissioner has reason to believe that:

- a. CTR has engaged in, and continues to engage in, deceptive marketing practices by making materially false or misleading representations to the public regarding its role in the administration of the Covid Relief Benefits, in the context of the COVID-19 pandemic, as well as regarding the fees it charges to Canadians;
- b. CTR's representations create the false or misleading general impression that:
  - i. Canadians are applying directly for Covid Relief Benefits from the government entity administering such relief programs, when in fact they are dealing with CTR; and
  - ii. Covid Relief Benefits obtained through CTR are free of charge, when in fact CTR charges an 8 percent fee with respect to the Canada Emergency Response Benefit and a 10 percent fee with respect to the Canada Recovery Benefit, once benefits have been received; and
- c. CTR's representations are material to consumers, as evidenced by information provided by complainants to the effect that they would not have used CTR's services had they known that CTR is a third party company rather than the government entity administering the relief programs, and that CTR charges a fee for its services.

[11] Having regard to the foregoing, the Perluzzo affidavit stated that the Commissioner has reason to believe that grounds exist for the making of an order under

[10] Dans son affidavit, M. Perluzzo dit que, d'après son évaluation des documents et des renseignements recueillis à ce jour, le commissaire a des raisons de croire :

- a. que la société CTR s'est livrée, et continue de se livrer, à des pratiques commerciales trompeuses vu qu'elle donne au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important au sujet de son rôle dans l'administration des prestations liées à la COVID, dans le contexte de la pandémie de COVID-19, et au sujet des honoraires qu'elle facture aux Canadiens;
- b. que les indications données par la société CTR donnent l'impression générale fausse ou trompeuse :
  - i. que les Canadiens présentent directement leur demande de prestation liée à la COVID auprès de l'entité gouvernementale qui administre ces programmes d'aide, alors qu'en réalité ils passent par la société CTR;
  - ii. que les Canadiens n'ont rien à déboursier pour obtenir les prestations liées à la COVID par l'intermédiaire de la société CTR, alors qu'en fait, la société leur facture des honoraires s'élevant à 8 p. 100 de la prestation canadienne d'urgence et à 10 p. 100 de la prestation canadienne de la relance économique, une fois qu'ils touchent ces prestations;
- c. que les indications données par la société CTR sont déterminantes pour les consommateurs, comme l'indiquent les dénonciations des plaignants selon lesquelles ils n'auraient pas eu recours aux services de la société CTR s'ils avaient su qu'elle est une tierce partie et non l'entité gouvernementale qui administre les programmes d'aide, et que la société CTR leur a facturé des honoraires pour ses services.

[11] Compte tenu de ce qui précède, M. Perluzzo dit dans son affidavit que le commissaire a des raisons de croire qu'il existe des motifs justifiant de

Part VII.1 of the Act, specifically paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1).

[12] The Perluzzo affidavit summarized the information being sought in the Court's order (as amended, the disputed order) as relating to the following matters under inquiry:

- (a) What are the representations made by CTR;
- (b) Where, when, why, and to whom the representations were made;
- (c) Who is the target audience for the representations;
- (d) The context in which the representations were made;
- (e) What is the nature of the services that are promoted via the representations;
- (f) The effects of the representations;
- (g) The truth or falsity of the representations;
- (h) Who makes the representations, who makes decisions about the representations, and how those decisions are made;
- (i) When changes are made to the representations, what changes are made, and why; and
- (j) What knowledge CTR has that the representations are potentially false or misleading and what actions, if any, does it take in response to that knowledge.

[13] As is now customary in proceedings under section 11 of the Act, the Perluzzo affidavit provided information pertaining to the communications that took place between the Bureau's case team and CTR in relation to what ultimately became the disputed order.

rendre une ordonnance en vertu de la partie VII.1 de la Loi, et plus précisément de l'alinéa 74.01(1)a) et du paragraphe 74.011(1).

[12] Selon le résumé fourni dans l'affidavit de M. Perluzzo, les renseignements visés par l'ordonnance de la Cour (dans sa version modifiée, l'ordonnance contestée) se rapportent aux questions suivantes soulevées dans l'enquête :

- a) Quelles sont les indications données par la société CTR?
- b) Où, quand, pourquoi et à qui ces indications ont-elles été données?
- c) Quel est le public cible de ces indications?
- d) Quel est le contexte dans lequel les indications ont été données?
- e) De quelle nature sont les services promus au moyen de ces indications?
- f) Quels sont les effets des indications?
- g) Les indications sont-elles vraies ou fausses?
- h) Qui donne ces indications, qui prend les décisions à leur sujet et comment ces décisions sont-elles prises?
- i) Lorsque des changements sont apportés aux indications, quels sont les changements apportés et pourquoi?
- j) La société CTR sait-elle que les indications données sont potentiellement fausses ou trompeuses et, le cas échéant, quelles mesures la société prend-elle pour résoudre ce problème?

[13] Conformément à la pratique désormais courante dans les procédures fondées sur l'article 11 de la Loi, M. Perluzzo fournit dans son affidavit des renseignements sur les communications entre l'équipe du Bureau chargée de l'affaire et la société CTR au sujet de

Those communications followed exchanges that took place in July and August 2020. After an unexplained lapse of approximately seven months, counsel to the Commissioner informed CTR that the Commissioner had commenced the inquiry described above. A few days later, on March 9, 2021, CTR was informed that the Commissioner would be seeking an order under section 11. In that same communication, CTR was invited to participate in “pre-issuance dialogue”, which was initially scheduled for March 18, 2021. Two days prior to that scheduled date, the Commissioner sent an initial draft of the disputed order to CTR.

[14] Ultimately, four meetings took place between the Bureau’s case team and representatives of CTR. As a result of those meetings, substantial changes were made to the draft order. Indeed, it appears to be common ground between the parties that the second version of the draft order reflected a complete overhaul of the initial version. The third version, which was virtually identical to the version filed with the Court, also reflected fairly significant changes from the second version.

[15] The Perluzzo affidavit provided a detailed description of the exchanges that took place at the four meetings between the case team and representatives of CTR. It also included, as exhibits, extensive notes of those meetings and copies of the written communications that had taken place between the Bureau’s case team and representatives of CTR.

[16] A fair reading of those materials reflects a good faith effort by the case team to address the concerns raised by CTR, except in relation to the relevance of some of the specifications in the schedules to the disputed order. It does not reflect much of an effort on CTR’s part to provide the Bureau with helpful information or to otherwise be of assistance. The distinct sense with which I was left was that CTR was focused primarily on whittling down the draft order and forestalling its issuance, while conceding very little and adopting a very aggressive posture. To this date, approximately five months after the first pre-issuance dialogue meeting,

l’ordonnance maintenant contestée. Ces communications étaient postérieures aux échanges qui ont eu lieu en juillet et août 2020. Après un silence inexpliqué d’environ sept mois, l’avocat du commissaire a informé la société CTR que le commissaire avait commencé l’enquête décrite ci-dessus. Quelques jours plus tard, soit le 9 mars 2021, la société CTR a été informée que le commissaire solliciterait une ordonnance en vertu de l’article 11. Dans cette même communication, la société CTR a été invitée à participer à un dialogue préalable à la demande de renseignements, dont la date a initialement été fixée au 18 mars 2021. Deux jours avant la date prévue, le commissaire a envoyé à la société CTR la première version du projet de l’ordonnance contestée.

[14] Au final, l’équipe du Bureau chargée de l’affaire et les représentants de la société CTR se sont réunis quatre fois et au terme de ces réunions, des modifications substantielles ont été apportées au projet d’ordonnance. Les parties semblent s’entendre pour dire que la deuxième version du projet d’ordonnance constituait une révision complète de la version initiale. La troisième, qui était essentiellement identique à la version produite devant la Cour, comportait également des changements non négligeables par rapport à la deuxième version.

[15] Dans son affidavit, M. Perluzzo fournit une description détaillée des échanges qui ont eu lieu durant les quatre réunions entre l’équipe chargée de l’affaire et les représentants de la société CTR. Il joint également à son affidavit les pièces suivantes : des comptes rendus détaillés de ces réunions et des copies des communications écrites entre l’équipe du Bureau chargée de l’affaire et les représentants de la société CTR.

[16] Il ressort de l’interprétation raisonnable de ces documents que l’équipe chargée de l’affaire a sincèrement tenté de répondre aux préoccupations soulevées par la société CTR — sauf en ce qui concerne la pertinence de certaines dispositions des annexes de l’ordonnance contestée. Ces documents démontrent aussi que la société CTR a déployé peu d’efforts pour fournir au Bureau des renseignements utiles ou pour l’aider d’une quelconque manière. Ces documents m’ont donné la nette impression que la société CTR cherchait principalement à limiter la portée du projet d’ordonnance et à retarder le moment où elle deviendrait exécutoire, tout

CTR has provided very little cooperation. It is reasonable to infer that this has impeded the Commissioner's ability to investigate whether CTR has made false and misleading representations in relation to the Covid Relief Benefits. In the meantime, the pandemic has continued to evolve.

[17] Late in the day on June 28, 2021, CTR sent a notice of motion together with an accompanying motion record to the Court. That motion requested various types of relief, including (i) an order adjourning the hearing of the application pending the determination of CTR's motion for directions granting it the right to make written and oral submissions on the application, and, in the alternative, (ii) an order permitting CTR to make oral submissions at the hearing that had previously been scheduled to take place the following day. I will pause to observe that, at paragraph 54 of that document, CTR acknowledged that it had not begun to gather information in response to the draft order, ostensibly because so many changes had been made to it and CTR intended to challenge many of the specifications that remained.

[18] At the outset of the hearing of the Commissioner's application on June 29th, I informed counsel to CTR that I would not hear that motion. My refusal to hear the motion and my decision not to accept it for filing<sup>1</sup> were based on several considerations. These included the following:

<sup>1</sup> After CTR suggested, during the hearing of the Commissioner's application, that I was denying CTR's right to make submissions in respect of a motion that was before the Court, I stated that I had not even accepted the motion for filing. I was then immediately informed by the Registry Officer that the Registry had inadvertently omitted to request directions from the Court before designating the motion record as having been "filed," in the Registry's recorded entries. After I inquired as to why the Registry would accept a document for filing that did not comply with the Rules, I was informed that the recorded entry would be changed to designate the document as "received" rather than filed.

en faisant peu de concessions et en adoptant une attitude très agressive. À ce jour, environ cinq mois après la première rencontre tenue dans le cadre du dialogue préalable à la demande de renseignements, la société CTR a fait preuve d'une coopération très minimale. Il est raisonnable d'en inférer que cela a nui à la capacité du commissaire de vérifier si la société CTR a donné des indications fausses et trompeuses en ce qui concerne les prestations liées à la COVID. Dans l'intervalle, la pandémie n'a pas cessé d'évoluer.

[17] Tard dans la journée du 28 juin 2021, la société CTR a envoyé à la Cour un avis de requête accompagné d'un dossier de requête. Dans sa requête, la société CTR sollicitait différentes mesures, notamment : (i) une ordonnance ajournant l'instruction de la demande jusqu'à ce que la Cour se prononce sur la requête de la société CTR en vue d'obtenir des directives et lui accorde le droit de présenter des observations écrites et orales relativement à la demande et, subsidiairement, (ii) une ordonnance permettant à la société CTR de présenter des observations orales lors de l'audience prévue le lendemain. J'ouvre une parenthèse pour faire remarquer qu'au paragraphe 54 de ce document, la société CTR a reconnu qu'elle n'avait pas commencé à recueillir les renseignements visés par le projet d'ordonnance, sous prétexte qu'il avait fait l'objet de nombreuses modifications et qu'elle avait l'intention de contester la plupart des dispositions non modifiées.

[18] Au début de l'audience du 29 juin relative à la demande du commissaire, j'ai informé les avocats de la société CTR que je n'instruirais pas cette requête. Mon refus d'instruire la requête et ma décision de ne pas en autoriser le dépôt<sup>1</sup> étaient fondés sur plusieurs facteurs :

<sup>1</sup> Après que la société CTR eut fait remarquer, pendant l'audience relative à la demande du commissaire, que je lui avais refusé le droit de formuler des observations relativement à une requête sur laquelle la Cour n'avait pas encore statué, j'ai dit que je n'avais pas encore autorisé le dépôt de cette requête. J'ai ensuite été immédiatement informé par l'agent du greffe que le greffe avait par inadvertance omis de demander des directives à la Cour avant d'inscrire au plumentif le « dépôt » du dossier de requête. À la question de savoir pourquoi le greffe accepte le dépôt d'un document non conforme aux Règles, on m'a répondu que l'inscription au plumentif serait modifiée de manière à rendre compte de la « réception » du document, et non de son « dépôt ».

- i. my brief review of the motion record the prior evening did not disclose any good reason for departing from the *ex parte* process explicitly provided for by Parliament;
  - ii. the motion record was submitted on June 28th, and therefore was not in compliance with the Rules, did not provide the Commissioner adequate time to respond, and did not permit the Court to give it proper consideration; and
  - iii. the hearing was scheduled for June 29th after counsel to CTR requested, in a letter dated June 10, 2021, that the Commissioner's application not be scheduled prior to June 25th "in order to allow CTR necessary time to provide its position in writing regarding the Application to the Bureau so that it can be included with the Application material to be filed with the Court" (emphasis added).
- i. selon le bref examen du dossier de requête que j'avais fait la veille, aucun motif valable ne justifiait de déroger au processus *ex parte* expressément prévu par le législateur;
  - ii. le dossier de requête a été présenté le 28 juin et n'était donc pas conforme aux Règles, car le commissaire ne disposait pas d'un délai suffisant pour y répondre et la Cour ne pouvait pas l'examiner comme elle le devait;
  - iii. une audience avait été fixée le 29 juin après que les avocats de la société CTR eut demandé, au moyen d'une lettre datée du 10 juin 2021, que la date d'instruction de la demande du commissaire ne soit pas fixée avant le 25 juin, [TRADUCTION] « afin de laisser à la société CTR le temps nécessaire pour communiquer par écrit au Bureau ses observations concernant la demande, de manière à ce qu'elle puisse les intégrer au dossier de demande qu'elle entendait produire à la Cour » (non souligné dans l'original).

[19] As reflected in CTR's June 10th letter, CTR was very well aware that "given the practice in respect of section 11 orders, it may be that the only opportunity afforded to CTR to have its views placed before the Court (at the hearing of the Commissioner's application) will be in the form of correspondence to the Bureau outlining CTR's position" (emphasis added).

[19] Comme elle l'indique dans sa lettre du 10 juin, la société CTR était parfaitement consciente du fait que [TRADUCTION] « compte tenu de la pratique applicable aux ordonnances fondées sur l'article 11, il se pourrait fort bien que le seul moyen pour [elle] de faire valoir son point de vue devant la Cour [lors de l'instruction de la demande du commissaire] soit sous la forme d'une lettre au Bureau exposant ses observations » (non souligné dans l'original).

[20] I will pause to observe in passing that the June 10 letter itself was seven pages, which is longer than most letters provided by respondents for the purposes of bringing their views to the attention of the Court.

[20] Je tiens à ajouter en passant que la lettre du 10 juin comporte sept pages, et qu'elle est donc plus longue que la plupart des lettres dans lesquelles les défendeurs exposent leur point de vue au profit de la Cour.

[21] Notwithstanding the foregoing, I considered a number of CTR's objections to the Commissioner's draft order (as set forth in the Commissioner's application record) to be legitimate. Accordingly, during the hearing of the Commissioner's application, I expressed concerns with respect to certain of the specifications that were included in Schedules I and II to the draft order. After the Commissioner submitted a revised draft order which

[21] Malgré ce qui précède, j'estime que certaines des objections formulées par la société CTR contre le projet d'ordonnance du commissaire (dont le commissaire a fait état dans son dossier de demande) sont légitimes. Par conséquent, au cours de l'instruction de la demande du commissaire, j'ai exprimé des préoccupations concernant certaines des dispositions qui figurent dans les annexes I et II du projet d'ordonnance. Après

addressed my concerns, I issued the disputed order on July 2, 2021.

[22] On August 6, 2021, CTR filed this motion to set aside and vary portions of the disputed order. In addition to requesting that various provisions in the disputed order either be set aside or varied, CTR requested that the Court grant a temporary stay pending the determination of this motion.

[23] At the outset of the hearing of the motion on August 18, 2021, CTR withdrew its request for a stay of the disputed order on the basis that the Commissioner had agreed to extend the deadline for compliance with that order until October 8, 2021.

#### IV. Relevant Legislation

[24] This motion has been brought by CTR under paragraph 399(1)(a) [of the Rules]. Subsections 399(1), (2) and (3) provide as follows:

##### Setting aside or variance

**399 (1)** On motion, the Court may set aside or vary an order that was made

(a) *ex parte*; or

(b) in the absence of a party who failed to appear by accident or mistake or by reason of insufficient notice of the proceeding,

if the party against whom the order is made discloses a *prima facie* case why the order should not have been made.

##### Setting aside or variance

(2) On motion, the Court may set aside or vary an order

(a) by reason of a matter that arose or was discovered subsequent to the making of the order; or

(b) where the order was obtained by fraud.

la présentation par le commissaire d'un projet d'ordonnance révisé qui répondait à mes préoccupations, j'ai rendu l'ordonnance contestée le 2 juillet 2021.

[22] Le 6 août 2021, la société CTR a déposé la présente requête visant à faire annuler et modifier certaines parties de l'ordonnance contestée. En plus de demander l'annulation ou la modification de diverses dispositions de l'ordonnance contestée, la société CTR demande à la Cour de prononcer une suspension temporaire jusqu'à ce que le sort de la présente requête soit scellé.

[23] Au début de l'audition de la requête, le 18 août 2021, la société CTR a renoncé à sa demande de suspension de l'ordonnance contestée au motif que le commissaire avait accepté de proroger au 8 octobre 2021 le délai d'exécution de cette ordonnance.

#### IV. Les dispositions législatives pertinentes

[24] La société CTR a présenté la présente requête sur le fondement de l'alinéa 399(1)a [des Règles]. Les paragraphes 399(1), (2) et (3) disposent :

##### Annulation sur preuve *prima facie*

**399 (1)** La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier l'une des ordonnances suivantes, si la partie contre laquelle elle a été rendue présente une preuve *prima facie* démontrant pourquoi elle n'aurait pas dû être rendue :

a) toute ordonnance rendue sur requête *ex parte*;

b) toute ordonnance rendue en l'absence d'une partie qui n'a pas comparu par suite d'un événement fortuit ou d'une erreur ou à cause d'un avis insuffisant de l'instance.

##### Annulation

(2) La Cour peut, sur requête, annuler ou modifier une ordonnance dans l'un ou l'autre des cas suivants :

a) des faits nouveaux sont survenus ou ont été découverts après que l'ordonnance a été rendue;

b) l'ordonnance a été obtenue par fraude.



**Effect of order**

(3) Unless the Court orders otherwise, the setting aside or variance of an order under subsection (1) or (2) does not affect the validity or character of anything done or not done before the order was set aside or varied.

[25] Pursuant to paragraph 10(1)(b) of the Act, the Commissioner may cause an inquiry to be made into all such matters as the Commissioner considers necessary to inquire into with the view of determining the facts, whenever the Commissioner has reason to believe that grounds exist for the making of an order under Part VII.1 or Part VIII of the Act. Part VII.1 deals with deceptive marketing practices, including those that are the focus of the Commissioner's inquiry in the present matter. Part VIII is not relevant to this proceeding.

[26] Once an inquiry has been commenced, the formal investigative powers set forth in the Act may be exercised by the Commissioner, subject to judicial oversight. Those powers include the power to obtain, pursuant to paragraph 11(1)(b), an order for the production of "a record, a copy of a record certified by affidavit to be a true copy, or any other thing, specified in the order." They also include the power to obtain, pursuant to paragraph 11(1)(c), an order for the making and delivery of "a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is by the order required." The "chapeau" language at the outset of subsection 11(1) provides the Court with the discretion to issue such orders on the *ex parte* application of the Commissioner, upon being satisfied by information on oath or solemn affirmation of two things: first, that an inquiry is being made; and second, that the respondent has or is likely to have information that is relevant to the inquiry. The full text of subsection 11(1) of the Act is provided in Appendix 1 to these reasons.

[27] In the current proceeding, the Commissioner's inquiry is focused on paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1). Those provisions provide as follows:

**Misrepresentations to public**

**74.01 (1)** A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, the

**Effet de l'ordonnance**

(3) Sauf ordonnance contraire de la Cour, l'annulation ou la modification d'une ordonnance en vertu des paragraphes (1) ou (2) ne porte pas atteinte à la validité ou à la nature des actes ou omissions antérieurs à cette annulation ou modification.

[25] Conformément à l'alinéa 10(1)b de la Loi, le commissaire fait étudier toutes questions qui, d'après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits, chaque fois qu'il a des raisons de croire qu'il existe des motifs justifiant une ordonnance en vertu des parties VII.1 ou VIII de la Loi. La partie VII.1 traite des pratiques commerciales trompeuses, soit celles qui sont visées par l'enquête du commissaire dans l'affaire qui nous occupe. La partie VIII n'a aucune pertinence en l'espèce.

[26] Une fois qu'une enquête est lancée, les pouvoirs d'enquête officiels prévus par la Loi peuvent être exercés par le commissaire, sous supervision judiciaire. Ces pouvoirs sont notamment le pouvoir d'obtenir, en vertu de l'alinéa 11(1)b, une ordonnance de produire « les documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou les autres choses dont l'ordonnance fait mention », ainsi que celui d'obtenir, en vertu de l'alinéa 11(1)c, une ordonnance de préparer et de donner « une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance ». La partie liminaire du paragraphe 11(1) confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire de rendre de telles ordonnances sur demande *ex parte* du commissaire, lorsqu'elle est convaincue de deux choses par une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle : premièrement, qu'une enquête est menée et, deuxièmement, que le défendeur détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents pour l'enquête. Le texte intégral du paragraphe 11(1) de la Loi est fourni à l'annexe 1 des présents motifs.

[27] En l'espèce, l'enquête du commissaire est fondée sur l'alinéa 74.01(1)a) et sur le paragraphe 74.011(1). Ces dispositions sont les suivantes :

**Indications trompeuses**

**74.01 (1)** Est susceptible d'examen le comportement de quiconque donne au public, de quelque manière que ce

supply or use of a product or for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest, by any means whatever,

(a) makes a representation to the public that is false or misleading in a material respect;

...

**False or misleading representation — sender or subject matter information**

**74.011 (1)** A person engages in reviewable conduct who, for the purpose of promoting, directly or indirectly, any business interest or the supply or use of a product, sends or causes to be sent a false or misleading representation in the sender information or subject matter information of an electronic message.

## V. Issue

[28] Given that CTR is not requesting that the disputed order be set aside in its entirety, the sole issue on this motion is whether the disputed order should be varied.

[29] This will require assessing the basis for the various amendments sought by CTR.

## VI. Assessment

### A. *Applicable legal principles*

(1) The test under paragraph 399(1)(a) [of the Rules] in proceedings under section 11 of the Act

[30] The general test for having an order set aside or varied on a motion under paragraph 399(1)(a) is whether the respondent has disclosed a *prima facie* case why the order should not have been made. This requires the respondent to provide sufficient facts and law to justify a conclusion in its favour, in the absence of a response from the applicant: *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536, at page 558, (1985), 52 O.R. (2d) 799. For orders issued under section 11 of the Act, this can be achieved by

soit, aux fins de promouvoir directement ou indirectement soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques :

a) ou bien des indications fausses ou trompeuses sur un point important;

[...]

**Indications fausses ou trompeuses dans les renseignements sur l'expéditeur ou dans l'objet**

**74.011 (1)** Est susceptible d'examen le comportement de quiconque envoie ou fait envoyer des indications fausses ou trompeuses dans les renseignements sur l'expéditeur ou dans l'objet d'un message électronique aux fins de promouvoir, directement ou indirectement, soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques.

## V. La question en litige

[28] Comme la société CTR ne demande pas que l'ordonnance contestée soit annulée dans son intégralité, la seule question en litige que soulève la présente requête est celle de savoir s'il y a lieu de modifier l'ordonnance contestée.

[29] Un tel exercice requiert l'examen des motifs invoqués par la société CTR pour justifier les différentes modifications.

## VI. L'évaluation

### A. *Les principes juridiques applicables*

1) Le critère de l'alinéa 399(1)a) des Règles dans le cadre d'une procédure fondée sur l'article 11 de la Loi

[30] Le critère général qui permet d'annuler ou de modifier une ordonnance lorsqu'une requête est présentée en vertu de l'alinéa 399(1)a) consiste à se demander si le défendeur a fait une preuve *prima facie* démontrant pourquoi l'ordonnance n'aurait pas dû être rendue. Cette preuve exige que le défendeur fournisse des points de fait ou de droit suffisants pour justifier une conclusion en sa faveur, en l'absence de réplique du demandeur : *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la page 558.

providing sufficient facts and law to justify one of the following conclusions: (i) that the Commissioner did not satisfy the elevated duty of disclosure that applies in such proceedings, (ii) that the Commissioner has not initiated a *bona fide* inquiry under section 10 of the Act, (iii) that some or all of the information that was ordered to be produced is irrelevant to the Commissioner's inquiry, or (iv) that some or all of that information would be excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

[31] Even where a respondent demonstrates one or more of these things, the Court will afford the Commissioner an opportunity to be heard and will retain the discretion to dismiss the respondent's motion. For example, the respondent may disclose a *prima facie* case that the Commissioner did not meet the elevated duty of disclosure. However, after having considered any additional information provided by the Commissioner, the Court may remain satisfied that the information described in the order is still relevant and is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. In such circumstances, the Court may exercise its discretion to deny the relief sought by the respondent.

## (2) The Commissioner's duty of disclosure

[32] In *ex parte* applications under section 11 of the Act, the Commissioner is subject to a heavy burden to make full and frank disclosure of all of the relevant facts and circumstances surrounding the application: *Commissioner of Competition v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FC 59, 337 F.T.R. 59 (*Labatt*), at paragraphs 22–23; *Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company*, 2013 FCA 50, 18 C.C.L.I. (5th) 263 (*RBC*), at paragraph 26. This burden is intended to achieve two fundamental things:

.... The first is ensuring that the Court is informed of "any points of fact or law known to it which favour the other side" (*United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.) (QL), at paragraph 27; *Labatt*, above, at paragraphs 25–26; *Ruby v. Canada (Solicitor*

Pour les ordonnances rendues en vertu de l'article 11 de la Loi, la preuve peut être faite au moyen de points de fait ou de droit suffisants pour justifier l'une des conclusions suivantes : (i) le commissaire n'a pas satisfait à l'obligation de divulgation plus rigoureuse qui s'applique à de telles procédures; (ii) le commissaire n'a pas entrepris une véritable enquête en application de l'article 10 de la Loi; (iii) les renseignements — dans leur ensemble ou en partie — dont la production a été ordonnée ne sont pas pertinents pour l'enquête du commissaire; ou (iv) la portée de ces renseignements — dans leur ensemble ou en partie — est excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse.

[31] Même lorsque le défendeur prouve au moins l'un de ces éléments, la Cour donne au commissaire l'occasion d'être entendu et conserve le pouvoir discrétionnaire de rejeter la requête du défendeur. Par exemple, le défendeur peut présenter une preuve *prima facie* montrant que le commissaire ne s'est pas acquitté de son obligation de divulgation plus rigoureuse. Toutefois, une fois qu'elle examine les renseignements supplémentaires fournis par le commissaire, la Cour peut demeurer convaincue que les renseignements visés par l'ordonnance sont tout de même pertinents et que leur portée n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse. Dans de telles circonstances, la Cour peut exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas accorder au défendeur les mesures sollicitées.

## 2) L'obligation de divulgation du commissaire

[32] Dans les demandes *ex parte* présentées en vertu de l'article 11 de la Loi, le commissaire a l'obligation rigoureuse de faire une divulgation complète et franche de tous les faits pertinents entourant la demande : *Commissaire de la concurrence c. Compagnie de brassage Labatt Limitée*, 2008 CF 59 (*Labatt*), aux paragraphes 22 et 23; *Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance-vie RBC*, 2013 CAF 50 (*RBC*), au paragraphe 26. Cette obligation vise deux choses fondamentales :

[...] La première est de s'assurer que la Cour est informée de [TRADUCTION] « tout point de fait ou de droit connu qui favorise l'autre partie » (*United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. n° 4399 (Div. gén.) (QL), au paragraphe 27; décision *Labatt*, précitée, aux paragraphes 25

*General*), 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27). The second is ensuring that the Court is able to detect and redress abuses of its own processes (*RBC*, above, at paragraphs 31–36).

*Canada (Commissioner of Competition) v. Pearson Canada Inc.*, 2014 FC 376, [2015] 3 F.C.R. 3 (*Pearson*), at paragraph 44.

[33] In essence, this elevated duty of candour assists the Court to properly balance the competing interests at play in *ex parte* applications. To this end, it requires the Commissioner to ensure that the Court is not misled, whether through non-disclosure or misinformation, as to the potential relevance of the information for the inquiry in question. In addition:

.... the Commissioner is obliged to disclose the general nature and extent of any information already obtained from the respondent in the course of the inquiry and in the investigation leading up to the inquiry. If the respondent has provided significant information to the Commissioner in other contexts, such as a recent merger review, the Commissioner should also provide a general description of that information, together with an explanation of how that information differs from the information being sought in the section 11 application.

*Pearson*, above, at paragraph 45.

[34] However, the Court ordinarily will not conclude that the Commissioner has failed to meet the duty of full and frank disclosure on the basis of a failure to disclose relatively inconsequential facts or due to other imperfections in the application record: *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Gen. Div.) (QL) [*Friedland*], at paragraph 31. Instead, “the defects complained of must be relevant and material to the discretion to be exercised by the Court”: *Labatt*, above, at paragraph 27. Stated differently, those defects must be such that they may well have led the issuing judge, had he or she known of them, to refuse to grant the order or certain of the specifications therein: *Labatt*, above, at paragraph 35; *Canada (Commissioner of Competition) v. Air Canada*, [2001] 1 F.C. 219, (2000), 8 C.P.R. (4th) 372 (T.D.) (*Air Canada*), at paragraph 13.

et 26; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27). La deuxième est de s’assurer que la Cour puisse reconnaître les cas d’abus de sa procédure et puisse y remédier (arrêt *RBC*, précité, aux paragraphes 31 à 36).

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Pearson Canada Inc.*, 2014 CF 376, [2015] 3 R.C.F. 3 (*Pearson*), au paragraphe 44.

[33] En somme, cette rigoureuse obligation de franchise permet à la Cour d’évaluer adéquatement les intérêts concurrents en jeu dans les demandes *ex parte*. À cette fin, elle exige du commissaire qu’il veille à ne pas induire la Cour en erreur — soit en raison d’une non-divulgation ou de renseignements erronés —, quant à la pertinence que les renseignements pourraient avoir pour l’enquête en question. De plus :

[...] le commissaire est tenu de divulguer la nature et l’étendue générale de tous renseignements déjà obtenus du défendeur au cours de l’enquête et au cours des vérifications ayant mené à l’enquête. Si le défendeur a fourni des renseignements pertinents au commissaire dans d’autres contextes, comme dans le cadre de l’examen récent d’une fusion, le commissaire devrait également fournir une description générale de ces renseignements et expliquer en quoi ces renseignements diffèrent des renseignements demandés aux termes de la demande en vertu de l’article 11.

*Pearson*, précitée, au paragraphe 45.

[34] Toutefois, la Cour ne conclura généralement pas que le commissaire a manqué à son obligation de divulgation complète et franche du fait qu’il n’a pas communiqué des faits sans conséquence ou en raison d’autres imperfections dans le dossier de demande : *United States of America v. Friedland*, [1996] O.J. No. 4399 (Div. gén.) (QL) [*Friedland*], au paragraphe 31. Au contraire, « les lacunes reprochées doivent plutôt être pertinentes et substantielle[s] relativement au pouvoir discrétionnaire que doit exercer la Cour » : *Labatt*, précitée, au paragraphe 27. En d’autres termes, ces lacunes doivent être telles que le juge qui a rendu l’ordonnance aurait refusé de la rendre ou aurait exclu certaines de ses dispositions : *Labatt*, précitée, au paragraphe 35; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Air Canada*, [2001] 1 C.F. 219 (1<sup>re</sup> inst.) (*Air Canada*), au paragraphe 13.

[35] CTR maintains that the Commissioner's duty of full and frank disclosure is not discharged merely by including information in one of many exhibits to an affidavit. In support of this position, it relies on *Friedland*, above, which involved a motion for an *ex parte* Mareva injunction brought by the United States of America. However, the facts in that case are distinguishable from those in the present proceeding. There, the court observed that the inclusion of a proxy circular in one of a large number of exhibits to an affidavit could not be considered to have discharged the plaintiff's duty to disclose an important term in a share acquisition agreement: *Friedland*, above, at paragraphs 166 and 167.

[36] By contrast, in applications under section 11 of the Act, the Commissioner's affiant generally provides a description of the principal concerns raised by the respondent, and then refers the Court to the correspondence in which those and other concerns have been raised. In this case, the Commissioner's affiant also provided an overview of the points discussed during each of the four "pre-issuance dialogue" meetings, and then referred the Court to the affiant's extensive notes of those meetings. A review of those notes and the copies of written communications between the Bureau's case team and respondents in section 11 applications are generally an important part of the Court's focus in considering such applications. While each case will necessarily have to be determined on its particular facts, this manner of proceeding ordinarily will suffice to discharge the Commissioner's burden, provided that the essence of a respondent's concerns has been conveyed to the Court and the Court has not been materially misled. As discussed in part VI.B.(1) below, that was achieved by the Commissioner's disclosure in this proceeding.

(3) The relevance of the information sought

[37] Pursuant to subsection 10(1) of the Act, the Commissioner may cause an inquiry to be made into all

[35] Selon la société CTR, l'obligation de divulgation complète et franche qui incombe au commissaire n'est pas remplie simplement du fait de fournir des renseignements dans l'une des nombreuses pièces jointes à un affidavit. Pour étayer son argument, elle s'appuie sur l'affaire *Friedland*, précitée, dans laquelle la cour était appelée à statuer sur une requête en vue d'obtenir une injonction de type Mareva *ex parte* présentée par les États-Unis d'Amérique. Toutefois, les faits dans cette affaire se distinguent de ceux en l'espèce. Dans la décision en question, la cour a observé que l'ajout d'une circulaire de procuration dans l'une des nombreuses pièces jointes à un affidavit ne permettait pas à la partie demanderesse de s'acquitter de son obligation de divulguer une modalité importante d'un accord d'acquisition d'actions : *Friedland*, précitée, aux paragraphes 166 et 167.

[36] En revanche, dans les demandes présentées en vertu de l'article 11 de la Loi, le déposant du commissaire énonce généralement les principales préoccupations soulevées par le défendeur, puis renvoie la Cour à la correspondance dans laquelle celles-ci et d'autres préoccupations sont soulevées. En l'espèce, le déposant du commissaire a également dressé le bilan des points examinés lors de chacune des quatre réunions tenues dans le cadre du « dialogue préalable à la demande de renseignements », puis a renvoyé la Cour aux notes détaillées qu'il avait prises lors de ces réunions. Dans le cadre des demandes présentées en vertu de l'article 11, l'examen de tels comptes rendus et des copies des communications écrites entre l'équipe du Bureau chargée de l'affaire et le défendeur constitue généralement un élément important de l'examen de ces demandes. Certes, la Cour doit nécessairement trancher chaque affaire en fonction des faits qui lui sont propres, mais cette façon de procéder permet généralement au commissaire de s'acquitter de son fardeau, à la condition que l'essentiel des préoccupations du défendeur soit communiqué à la Cour et que celle-ci ne soit pas induite en erreur. Comme nous le voyons plus loin dans la partie VI.B.(1), la divulgation faite par le commissaire en l'espèce remplit cette condition.

3) La pertinence des renseignements demandés

[37] Conformément au paragraphe 10(1) de la Loi, le commissaire peut faire étudier toutes questions qui,

such matters as the Commissioner considers necessary to inquire into with the view of determining the facts.

[38] Applications under section 11 of the Act are generally brought at the “fact gathering” stage of the Commissioner’s inquiry. At that stage, a certain degree of latitude will ordinarily be warranted in recognition of the fact that the Commissioner may well need sufficient information to be able to fully understand the context in which the impugned conduct has taken place, the nature and extent of that conduct, its underlying purpose, its actual or likely impact, and whether it may raise issues under additional sections of the Act.

[39] Stated differently: “Courts must, in the exercise of [their] discretion, remain alert to the danger of unduly burdening and complicating the law enforcement investigative process. Where that process is in embryonic form engaged in the gathering of the raw material for further consideration, the inclination of the courts is away from intervention”: *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at page 235, (1987), 41 D.L.R. (4th) 429.

[40] Accordingly, and subject to the comments immediately below, it is appropriate in proceedings under section 11 of the Act to adopt a flexible and liberal approach to the determination of what is relevant to the Commissioner’s inquiry.

(4) The scope of the information sought

[41] An important part of the Court’s role in section 11 proceedings is to ensure that the information being sought by the Commissioner is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome: *Pearson*, above, at paragraph 42. In making this determination, the Court will have regard to information that the respondent may have already provided to the Commissioner: *Labatt*, above, at paragraph 97; *Pearson*, above, at paragraphs 46 and 68.

[42] The Court’s assessment of whether a particular specification in a draft order, or indeed the order as a whole, is excessive, disproportionate or unnecessarily

d’après lui, nécessitent une enquête en vue de déterminer les faits.

[38] Les demandes fondées sur l’article 11 de la Loi sont généralement présentées à l’étape de la « collecte des faits » de l’enquête du commissaire. À cette étape, une certaine latitude est normalement justifiée du fait que le commissaire doit compter sur des renseignements qui suffisent pour bien comprendre le contexte dans lequel la conduite reprochée a eu lieu, la nature et la portée de cette conduite, son objectif sous-jacent et ses conséquences réelles ou probables, en plus de savoir si elle soulève d’autres problématiques relativement à d’autres dispositions de la Loi.

[39] En d’autres termes : « Les tribunaux judiciaires doivent, dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire, toujours demeurer conscients du danger qu’il y a de surcharger et de compliquer indûment le processus d’enquête sur l’application de la loi. Lorsque ce processus, à l’état embryonnaire, consiste à rassembler des matériaux bruts pour étude ultérieure, les tribunaux ne sont pas enclins à intervenir » : *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques commerciales restrictives)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la page 235.

[40] Par conséquent, et sous réserve des commentaires qui suivent, il convient, dans le cadre de procédures engagées en vertu de l’article 11 de la Loi, d’adopter une approche souple et libérale afin de déterminer ce qui est pertinent pour l’enquête du commissaire.

4) La portée des renseignements demandés

[41] Une partie importante du rôle de la Cour dans les procédures relevant de l’article 11 consiste à s’assurer que les renseignements demandés par le commissaire n’ont pas une portée excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse : *Pearson*, précitée, au paragraphe 42. Pour le décider, la Cour tiendra compte des renseignements que le défendeur peut avoir déjà fournis au commissaire : *Labatt*, précitée, au paragraphe 97; *Pearson*, précitée, aux paragraphes 46 et 68.

[42] Pour évaluer la nature excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse d’une disposition donnée du projet d’ordonnance, ou de l’ensemble de ses dispositions, la



burdensome will generally need to have regard to the particular factual matrix of the case at hand. What may be excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome in one set of circumstances may not be so in a different set of circumstances.

[43] However, it bears underscoring that the fact a draft order, or a particular specification therein, may impose a significant burden on the respondent will not, on that ground alone, suffice to refuse the Commissioner's request: *Labatt*, above, at paragraph 92. The Court ordinarily will not refuse the Commissioner's request unless it is unnecessarily burdensome, in the sense of imposing a burden on the respondent that is disproportionate to the potential value of the information in question to the Commissioner: *Canada (Commissioner of Competition) v. Bell Mobility Inc.*, 2015 FC 990 (*Bell*), at paragraphs 53–56.

[44] In exercising its supervisory role and attempting to fairly balance the competing interests of the parties, the Court will be alert, alive and sensitive to whether certain information sought by the Commissioner may not be relevant unless and until certain initial determinations have been made. When information falls into this category, the Court may well exercise its discretion to refuse to grant the Commissioner's request to obtain such information until those initial determinations have been made. In other words, the Court may refuse to order the production of the information in question, while signalling its willingness to revisit the issue of the relevance of the information at a later point in time. Some of the amendments that were made to the disputed order following the hearing of the Commissioner's application in this proceeding fell into this category. These included the deletion of requirements in two specifications to provide information regarding revenues and profits, and the deletion of another specification that required all records relating to CTR's corporate compliance policy.

[45] I recognize that this type of two-stage approach may not be appropriate in time sensitive investigations, including the Commissioner's reviews of mergers.

Cour doit généralement tenir compte des faits particuliers de l'affaire. Il se peut que la nature excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse soit démontrée dans une situation particulière, mais qu'elle ne le soit pas dans une autre.

[43] Toutefois, il convient de souligner que le lourd fardeau imposé au défendeur par un projet d'ordonnance, ou par l'une de ses dispositions particulières, ne constitue pas à lui seul un motif suffisant pour refuser la demande du commissaire : *Labatt*, précitée, au paragraphe 92. La Cour ne refuse généralement pas la demande du commissaire, à moins qu'elle ne soit inutilement onéreuse, c'est-à-dire qu'elle impose au défendeur un fardeau disproportionné par rapport à la valeur potentielle des renseignements en question pour le commissaire : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Bell Mobility Inc.*, 2015 CF 990 (*Bell*), aux paragraphes 53–56.

[44] Dans l'exercice de son pouvoir de surveillance et dans son exercice d'évaluation équitable des intérêts opposés des parties, la Cour doit être réceptive, attentive et sensible à la question de savoir si certains renseignements demandés par le commissaire peuvent ne pas être pertinents tant que certaines décisions initiales ne sont pas prises. Lorsque des renseignements entrent dans cette catégorie, la Cour peut très bien exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande du commissaire en vue d'obtenir ces renseignements, et ce, jusqu'à ce que ces décisions initiales soient prises. En d'autres termes, la Cour peut refuser d'ordonner la production des renseignements en question, mais être disposée à réexaminer plus tard la question de la pertinence des renseignements. Certaines des modifications apportées à l'ordonnance contestée à la suite de l'instruction de la demande du commissaire en l'espèce entrent dans cette catégorie. Dans deux des dispositions de l'ordonnance, l'obligation de fournir des renseignements sur les revenus et les bénéfices a été radiée, et dans une autre disposition, l'obligation de fournir tous les documents relatifs à la politique de conformité de la société CTR a été radiée.

[45] Je reconnais qu'une telle approche en deux étapes peut ne pas être appropriée dans le cas d'enquêtes urgentes, notamment lorsque le commissaire examine des

However, it is not uncommon for the Commissioner to inform the Court in an application under section 11 of the Act that subsequent applications pertaining to the inquiry, including in relation to the same respondent, may be made. Indeed, the Commissioner conveyed this to the Court in this proceeding, at paragraph 69 of his written representations.

(5) The role of respondents in section 11 proceedings

[46] The role of respondents in section 11 proceedings was described in *Pearson*, above, as follows [at paragraphs 92–95]:

Pursuant to the express terms of section 11, applications are to be made on an *ex parte* basis. Accordingly, parties other than the Commissioner have no right to participate in the hearing, file evidence or cross-examine on the Commissioner’s affidavit (*Celanese Canada Inc v. Murray Demolition Corp.*, 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, at paragraph 36); *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Limited*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 100 O.R. (3d) 535, at paragraphs 34–36; *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7316, 61 C.P.R. (3d) 142 (Ont. Gen. Div.), at paragraphs 12 and 15).

However, the Court may in certain circumstances require that notice be given to the party or parties named in the order being sought by the Commissioner, to provide an opportunity for the party or parties to seek leave to make written or oral submissions. The Court may provide a similar opportunity where, as in this application, the parties in question are aware of and attend the hearing.

Given that Parliament can be taken to have deliberately decided that section 11 applications should ordinarily proceed on an *ex parte* basis, it should not be expected that requests for leave to make written or oral submissions will be routinely granted by the Court (*R. v. S.A.B.*, 2001 ABCA 235, 96 Alta. L.R. (3d) 31, at paragraph 61). The more appropriate manner in which a respondent’s concerns regarding the scope or potentially duplicative nature of the draft order should be brought to the Court’s attention is through the Commissioner, pursuant to the Commissioner’s duty of full and frank disclosure (*Labatt*, above, at paragraphs 100–107).

Cependant, il n’est pas rare que relativement à la demande qu’il présente en vertu de l’article 11 de la Loi, le commissaire informe la Cour qu’il pourrait présenter plus tard d’autres demandes relativement à l’enquête, notamment au sujet du même défendeur. C’est ce qu’a fait le commissaire en l’espèce, au paragraphe 69 de ses observations écrites.

5) Le rôle des défendeurs dans les procédures fondées sur l’article 11

[46] La Cour a décrit dans la décision *Pearson*, précitée, le rôle des défendeurs dans les procédures fondées sur l’article 11 [aux paragraphes 92 à 95] :

L’article 11 énonce expressément que les demandes sont faites *ex parte*. En conséquence, seul le commissaire a le droit de participer à l’audience, de déposer des éléments de preuve ou de contre-interroger l’auteur de l’affidavit du commissaire (*Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.*, 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189, au paragraphe 36); *Commissioner of Competition v. Toshiba of Canada Limited*, 2010 ONSC 659 (CanLII), 100 O.R. (3d) 535, aux paragraphes 34 à 36; *Raimondo v. Canada (Competition Act, Director of Investigation and Research)*, 1995 CanLII 7316, 61 C.P.R. (3d) 142 (Div. gén. Ont.), aux paragraphes 12 et 15).

La Cour peut toutefois exiger dans certaines circonstances qu’un avis soit donné à la partie ou aux parties nommées dans l’ordonnance demandée par le commissaire, afin de donner à cette partie ou ces parties la possibilité de demander la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix. La Cour peut offrir une telle possibilité aux parties lorsque, comme c’est le cas dans la présente demande, ces dernières sont au courant de l’audience et elles y assistent.

Étant donné que le législateur peut être considéré comme ayant délibérément décidé que les demandes fondées sur l’article 11 devraient habituellement être entendues *ex parte*, il ne faut pas s’attendre à ce que la Cour accorde régulièrement la permission de présenter des observations par écrit ou de vive voix (*R. v. S.A.B.*, 2001 ABCA 235, 96 Alta. L.R. (3d) 31, au paragraphe 61). Lorsqu’un défendeur a des préoccupations quant à la portée ou au caractère potentiellement redondant du projet d’ordonnance, il est plus approprié que ces préoccupations soient portées à l’attention de la Cour par l’entremise du commissaire, vu l’obligation de divulgation complète et franche de ce dernier (décision *Labatt*, précitée, aux paragraphes 100 à 107).

In this regard, the Court generally will want to know whether one or more drafts of the order that is being sought have been discussed with representatives of the party or parties named in the order. Where such dialogue has taken place, the Court should be provided with a sense of the nature of any concerns that have been expressed by the party or parties in question, the basis for those concerns and whether the draft order was modified to reflect any of those concerns. In the current application, this was achieved by including the Respondents' prior correspondence with the Commissioner in the appendices to the initial affidavit that was filed on behalf of the Commissioner. The Commissioner's written submissions then explained how, if at all, the Respondents' concerns were addressed in subsequent drafts of the order.

[47] CTR submits that it ought to have been provided an opportunity to make submissions during the hearing of the Commissioner's application because I asked the Commissioner's counsel about CTR's position in relation to several of the specifications in Schedules I and II to the disputed order. CTR's counsel asserted that where a representative of the respondent is present at the hearing, the Court should make its enquiries directly to that individual, rather than to the Commissioner's counsel. CTR's counsel further suggested that respondents ought to be given the opportunity to be heard whenever they take the time to make written submissions to the Court, particularly where there is no indication that the application is urgent.

[48] I disagree. In brief, if these were the tests, it is reasonable to anticipate that respondents would routinely send a representative to the hearing of the application, as was the case several years ago. The same is true with respect to the making of written submissions to the Court. Granting respondents the right to make oral submissions whenever they send a representative to the hearing, or whenever they make written submissions to the Court, would frustrate Parliament's deliberate decision that applications under section 11 of the Act be made on an *ex parte* basis. In light of that clear expression of parliamentary intent, respondents should not expect to be granted leave to make written or oral representations during the hearing in the absence of exceptional or special circumstances. Examples of such circumstances may include (i) the failure of the Commissioner to meet the duty of full and frank disclosure, and (ii) where

À cet égard, la Cour voudra généralement savoir si un ou plusieurs projets de l'ordonnance qui est demandée ont fait l'objet de discussions avec des représentants de la partie ou des parties nommées dans l'ordonnance. Lorsqu'un tel dialogue a eu lieu, la Cour devrait être informée de la nature de toute préoccupation que la partie ou les parties en question ont exprimée, du fondement de ces préoccupations et de la question de savoir si le projet d'ordonnance a été modifié de manière à en tenir compte. Dans la présente demande, le commissaire l'a fait en annexant la correspondance antérieure des défenderesses à l'affidavit initial qui a été déposé pour le compte du commissaire. Les observations écrites du commissaire expliquaient ensuite comment il avait été répondu aux préoccupations des défenderesses dans des projets subséquents de l'ordonnance, le cas échéant.

[47] La société CTR soutient qu'on aurait dû lui donner l'occasion de formuler des observations au moment où la demande du commissaire a été instruite, vu que j'ai demandé à l'avocat du commissaire quel était le point de vue de la société CTR sur plusieurs des dispositions des annexes I et II de l'ordonnance contestée. Selon les avocats de la société CTR, lorsqu'un représentant du défendeur est présent à l'audience, la Cour devrait lui poser ses questions directement, et non les poser à l'avocat du commissaire. Ils ont en outre affirmé qu'un défendeur devrait avoir la possibilité d'être entendu chaque fois qu'il prend le temps de présenter des observations écrites à la Cour, particulièrement lorsque rien n'indique que la demande est urgente.

[48] Je ne suis pas de cet avis. En bref, si ce critère était applicable, il serait raisonnable de s'attendre à ce que les défendeurs fassent systématiquement en sorte qu'un représentant soit présent à l'audience, comme c'était le cas il y a plusieurs années. Cet énoncé s'applique aussi à la présentation d'observations écrites à la Cour. Accorder aux défendeurs le droit de présenter des observations de vive voix chaque fois qu'ils ont un représentant présent à l'audience, ou chaque fois qu'ils présentent des observations écrites à la Cour, irait à l'encontre de la décision arrêtée du législateur de faire juger *ex parte* les demandes fondées sur l'article 11 de la Loi. À la lumière de cette expression claire de la volonté du législateur, les défendeurs ne devraient pas s'attendre à être autorisés à présenter des observations écrites ou orales à l'audience en l'absence de circonstances exceptionnelles ou extraordinaires. Voici des exemples de

important issues of law are raised. However, even where such circumstances exist, the Court will retain its discretion to deny a request by a respondent to make written or oral submissions. In considering whether to exercise its discretion, the Court will consider the equities at play. That was certainly a factor in denying CTR's request to make submissions at the hearing of the Commissioner's application.

[49] During the hearing of this motion, CTR submitted that the process of "pre-issuance dialogue", also known as "pre-application dialogue", is flawed in many ways. These include the fact that the Commissioner unilaterally decides when to initiate the process, what to do with the feedback that has been provided by respondents, what can and cannot be discussed, and when sufficient dialogue has occurred. CTR emphasized that this results in serious procedural deficiencies, including the fact that respondents routinely are informed that the Bureau's case team is not prepared to discuss the relevance of the specifications in the schedules to the draft order, and they often are not provided with sufficient time to provide meaningful input. CTR added that this is not in keeping with the spirit of a report by Mr. Brian Gover entitled *Review of s. 11 of the Competition Act* (August 12, 2008), available online at: <<https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02709.html>> (the Gover Report). That report was commissioned after this Court's decision in *Labatt*, above.

[50] I agree that the Commissioner's failure to discuss the relevance of the specifications attached to a draft order is not consistent with the spirit of the recommendations made in the Gover Report. The same would be true if the Commissioner did not provide respondents with sufficient time in which to provide a meaningful

telles circonstances : (i) là où le commissaire a manqué à son obligation de divulgation complète et franche, et (ii) là où d'importantes questions de droit sont soulevées. Toutefois, même en présence de telles circonstances, la Cour conserve son pouvoir discrétionnaire de refuser la demande des défendeurs de présenter des observations écrites ou orales. Lorsqu'elle se demande si elle doit exercer son pouvoir discrétionnaire, la Cour tient compte des intérêts en jeu. Ces intérêts ont certainement été un facteur menant au refus de la demande de la société CTR de présenter des observations lors de l'instruction de la demande du commissaire.

[49] Au cours de l'audition de la présente requête, la société CTR a fait valoir que le processus de « dialogue préalable à la demande de renseignements », également connu sous le nom de « dialogue préalable à la demande » est lacunaire à bien des égards. Parmi ceux-ci, il y a le fait que le commissaire décide unilatéralement du moment où le processus doit commencer, de la question à savoir quoi faire avec les commentaires des défendeurs, de la question à savoir ce qui peut et ne peut pas faire l'objet de discussions, et de la question à savoir à quel moment le dialogue est jugé être suffisant. Selon la société CTR, le processus actuel entraîne de sérieuses lacunes sur le plan procédural. Par exemple, les défendeurs se font régulièrement dire que l'équipe du Bureau chargée de l'affaire n'est pas prête à discuter de la pertinence des dispositions des annexes jointes au projet d'ordonnance, et bien souvent, ils ne disposent pas de suffisamment de temps pour formuler des commentaires utiles. La société CTR ajoute que ces situations contreviennent à l'esprit du rapport de M. Brian Gover intitulé *Analyse de l'article 11 de la Loi sur la concurrence* (12 août 2008), qui peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : <<https://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02709.html>> (le rapport Gover). Monsieur Gover a été mandaté pour rédiger ce rapport après le prononcé de la décision de notre Cour dans *Labatt*, précitée.

[50] Je conviens que le manquement du commissaire de discuter de la pertinence des dispositions du projet d'ordonnance n'est pas conforme à l'esprit des recommandations formulées dans le rapport Gover. Le fait de ne pas accorder aux défendeurs un délai suffisant pour fournir au commissaire une réponse utile ne le serait pas

response. In my view, a response period of less than a week might well fall into this category.

[51] Nevertheless, as acknowledged by CTR, the Gover Report has no legal status. It simply served to make findings and recommendations regarding the process followed by the Competition Bureau in seeking orders under section 11 of the Act. To this end, it recommended, among other things, that the Bureau should engage in both pre-application<sup>2</sup> and post-service “collaborative” dialogue with respondents to section 11 orders: Gover Report, at pages 3 and 35. It also recommended that the material facts disclosed to the Court by the Commissioner should include “[f]acts that may explain the respondent’s position regarding the scope of the order and the relevance of the material sought, if known to the Commissioner”: Gover Report, at page 16. While recognizing that “there are strong incentives to timely cooperation” by respondents, it further recommended that where “the respondent proves uncooperative or recalcitrant, the Bureau should apply for the s. 11 order or, if one has already been granted, should seek to enforce the order”: Gover Report, at page 36.

[52] The Court has generally welcomed the Commissioner’s reporting on feedback received from respondents during the process of pre-application dialogue: see e.g., *Pearson*, above, at paragraphs 94–95; *Bell*, above, at paragraph 23. The Court has also found written submissions sent to the Commissioner after the filing of a draft order to have been very helpful. However, such submissions can be far less helpful where they are filed within 48 hours of the hearing. This is because the assigned judge may have already prepared for the hearing by that time and may have to deal with other pressing matters immediately prior to the hearing. Such submissions are also less helpful when they simply add to multiple prior written submissions, without assisting the Court to determine which specific issues remain in contention.

<sup>2</sup> Unless there are “real concerns about meeting timelines or the destruction of documents by the respondent”: Gover Report, at page 35.

non plus. À mon avis, un délai de réponse inférieur à une semaine pourrait bien entrer dans cette catégorie.

[51] Néanmoins, comme le reconnaît la société CTR, le rapport Gover n’a pas force de loi. Il a simplement servi à formuler des conclusions et des recommandations concernant le processus suivi par le Bureau de la concurrence pour solliciter des ordonnances en vertu de l’article 11 de la Loi. À cette fin, l’auteur du rapport recommande, entre autres, que le Bureau entreprenne un dialogue antérieur à la demande<sup>2</sup> et postérieur à la signification « ax[é] sur la coopération » avec les défendeurs visés par des demandes d’ordonnances fondées sur l’article 11 : le rapport Gover, aux pages 5 et 37. L’auteur recommande également que les faits pertinents devant être divulgués à la Cour par le commissaire incluent : « [l]es faits qui peuvent expliquer le point de vue de la partie [défenderesse] concernant la portée de l’ordonnance et la pertinence des documents demandés, s’ils sont connus du commissaire » : le rapport Gover, à la page 20. Tout en reconnaissant qu’« il y a des avantages appréciables à coopérer en temps opportun » pour les défendeurs, l’auteur du rapport recommande également que lorsqu’un défendeur « se révèle peu obligeant ou récalcitrant, le Bureau devrait demander l’ordonnance prévue à l’art. 11 ou, s’il en a déjà obtenu une, devrait chercher à l’exécuter » : le rapport Gover, à la page 46.

[52] En général, la Cour accueille favorablement le compte rendu du commissaire sur les commentaires que lui transmettent les défendeurs au cours du processus de dialogue préalable à la demande : voir par exemple *Pearson*, précitée, aux paragraphes 94 et 95; et *Bell*, précitée, au paragraphe 23. La Cour a également constaté que les observations écrites envoyées au commissaire après le dépôt d’un projet d’ordonnance sont très utiles. Toutefois, leur utilité est beaucoup plus limitée lorsque les observations sont produites dans les 48 heures précédant l’audience : le juge désigné a peut-être déjà préparé son audience à ce moment-là, et il est possible que d’autres affaires urgentes requièrent son attention juste avant l’audience. De telles observations sont également moins utiles lorsqu’elles s’ajoutent simplement aux multiples autres observations écrites, sans pour autant aider

<sup>2</sup> Sauf « en cas de préoccupations réelles concernant le respect des délais ou la destruction de documents par [le défendeur] » : le rapport Gover, à la page 45.



[53] The Commissioner’s reporting on feedback received from respondents has greatly assisted the Court in conducting its supervisory function in section 11 proceedings. To ensure that respondents have the opportunity to understand that their concerns have been brought to the Court’s attention, the Court has made a practice of ordering transcripts of its hearings and making them available to respondents. In turn, this appears to have had the salutary effect of significantly reducing the potential for respondents to bring a motion to vary or a motion to reconsider, as such motions are very rare. Overall, this has resulted in a process that is less time consuming and less costly for all concerned, relative to that which existed prior to *Labatt*, above.

[54] Notwithstanding the foregoing, the Court cannot direct the Commissioner to follow any particular process when engaging in pre-application dialogue. Indeed, the Court cannot direct the Commissioner to participate in pre-application dialogue at all. In my view, this is a necessary implication of Parliament’s express decision to create an *ex parte* process in section 11 of the Act, and thereby override whatever procedural fairness rights respondents may otherwise have had at the pre-application stage of that process: *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pages 323–324, (1990), 73 O.R. (2d) 676, quoting *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at page 1113, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311. (See also, *Johnny v. Adams Lake Indian Band*, 2017 FCA 146, at paragraph 31, applying the same principle to another aspect of natural justice.)

[55] Consequently, I can simply observe that if respondents are not provided with a meaningful opportunity to provide feedback on a draft order, including in relation to the relevance of schedules to the draft order, there may be increased scope for the order to be set aside or varied. This is because the Court may not have the benefit of the respondent’s perspectives on that important issue. While the Court is ordinarily well placed to address

la Cour à décider quelles questions précises sont toujours en litige.

[53] Les comptes rendus du commissaire sur les commentaires que lui transmettent les défendeurs ont grandement aidé la Cour à exercer sa fonction de surveillance à l’égard des procédures fondées sur l’article 11. Pour permettre aux défendeurs de savoir que leurs préoccupations ont bien été portées à l’attention de la Cour, celle-ci a pris l’habitude de commander les transcriptions de ses audiences et de les mettre à leur disposition. Cette pratique semble avoir l’effet salutaire de réduire sensiblement le risque que les défendeurs présentent une requête en modification ou une requête en réexamen, puisque de telles requêtes sont rarement présentées. Dans l’ensemble, cette pratique fait en sorte que le processus est moins long et moins coûteux pour toutes les parties concernées, par rapport à celui qui existait avant la décision *Labatt*, précitée.

[54] Malgré ce qui précède, la Cour ne peut ordonner au commissaire de suivre un processus particulier lorsqu’il engage un dialogue préalable à sa demande. La Cour ne peut en aucun cas ordonner au commissaire de participer à un dialogue préalable à sa demande. À mon avis, il s’agit là d’une conclusion nécessaire de la décision expresse du législateur de créer un processus *ex parte* à l’article 11 de la Loi qui, par conséquent, l’emporte sur les droits à l’équité procédurale que les défendeurs peuvent avoir à l’étape du processus qui précède la demande : *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, aux pages 323 et 324, citant *Kane c. Conseil d’administration de l’Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la page 1113. (Voir également *Johnny c. Bande indienne d’Adams Lake*, 2017 CAF 146, au paragraphe 31, où la Cour d’appel [fédérale] a appliqué le même principe à un autre aspect de la justice naturelle.)

[55] Par conséquent, je tiens simplement à souligner que l’absence, pour les défendeurs, d’une occasion véritable de faire des commentaires sur un projet d’ordonnance, notamment en ce qui concerne la pertinence des annexes, accroît le risque que l’ordonnance soit annulée ou modifiée, puisque la Cour pourrait être privée du point de vue des défendeurs sur ce point important. La Cour est généralement bien placée pour se prononcer sur



issues pertaining to relevance<sup>3</sup>, it remains possible that the respondent's perspectives may assist the Court to better appreciate why something may not be relevant.

### B. *Analysis*

#### (1) The Commissioner's duty of disclosure

[56] CTR maintains that the Commissioner failed to make full and frank disclosure regarding his case and CTR's concerns, and failed to make a balanced presentation of the issues. It asserts that the Commissioner's failure to make such disclosure and to state the case fairly included the characterization of the process leading up to the section 11 hearing, the issues CTR raised with numerous specifications in the section 11 order, and the description that was provided of the governing case law.

[57] I disagree.

[58] As acknowledged at paragraph 6(a) of CTR's written representations, the Commissioner provided the Court with "a lengthy narrative of the 'pre-application dialogue'" that took place. As also recognized by CTR in the following paragraph of those representations, Mr. Perluzzo's notes of the four meetings that took place between the Bureau's case team and CTR's representatives provided further information, including in respect of CTR's objections to a number of the specifications. Those notes were the most extensive that I have ever seen in this type of proceeding. In addition, the Commissioner included in the application record copies of the written exchanges that had taken place between the case team and CTR. This included the lengthy letter dated June 10th, which is discussed at paragraphs 18–20 above. The Commissioner also specifically addressed the concerns set forth in that letter, as well as many of CTR's other concerns, in the written representations that were included with the application record.

<sup>3</sup> The Court generally endeavours to assign section 11 applications to a judge with a strong background in competition law. However, due to pre-existing schedules and conflicts, this isn't always possible.

les questions de pertinence<sup>3</sup>, mais il est toujours possible que le point de vue d'un défendeur puisse aider la Cour à mieux comprendre pourquoi un élément peut ne pas être pertinent.

### B. *Analyse*

#### 1) L'obligation de divulgation du commissaire

[56] La société CTR affirme que le commissaire n'a pas fait la divulgation complète et franche des faits qui la concernent et de ses préoccupations, et qu'il n'a pas présenté les points en litige de manière équitable. Elle dit que ce défaut du commissaire concerne les points suivants : sa description du processus ayant mené à l'audience relative à l'article 11, les préoccupations qu'elle a soulevées au sujet de nombreuses dispositions de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11 ainsi que la description de la jurisprudence applicable.

[57] Je ne suis pas d'accord.

[58] Comme le reconnaît la société CTR à l'alinéa 6a) de ses observations écrites, le commissaire a fourni à la Cour [TRADUCTION] « un long compte rendu du "dialogue préalable à la demande" » qui a eu lieu. Elle reconnaît en outre dans le paragraphe suivant de ces observations que les notes rédigées par M. Perluzzo lors des quatre réunions ayant eu lieu entre l'équipe du Bureau et les représentants de la société CTR fournissent des renseignements supplémentaires, notamment en ce qui concerne les objections qu'elle a formulées au sujet de certaines dispositions. Ces comptes rendus sont les plus détaillés que j'aie jamais vus dans ce type de procédure. Par ailleurs, le commissaire a inclus dans son dossier de demande des copies des échanges écrits entre l'équipe chargée de l'affaire et la société CTR. La longue lettre du 10 juin, à laquelle je renvoie plus haut aux paragraphes 18–20, en fait partie. Le commissaire a également répondu expressément aux préoccupations exprimées dans cette lettre, ainsi qu'à de nombreuses autres préoccupations exprimées par la société CTR,

<sup>3</sup> La Cour s'efforce généralement d'attribuer les demandes fondées sur l'article 11 à un juge ayant une solide expérience en droit de la concurrence. Toutefois, en raison des calendriers établis d'avance et des conflits d'horaire, ce n'est pas toujours possible.

[59] In my view, those materials, collectively, gave the Court a very good sense of the essence of CTR's concerns. Indeed, they led me to share some of those concerns and to take the position that I would not issue the draft order unless it was amended to address several of them.

[60] Consistent with the Court's typical practice in these types of proceedings, I also took the opportunity to confirm the nature of CTR's concerns, and to request any clarifications that I considered to be necessary during the hearing. I found the Commissioner's responses to have been forthright and helpful. I was not left with any sense that the Commissioner had not fully met the elevated duty of disclosure that applies in *ex parte* proceedings.

[61] I remained of this view after having reviewed the motion record for the present motion, as well as the motion record that CTR filed on the eve of the hearing of the Commissioner's application.

[62] CTR submits that the Commissioner failed to bring the Court's attention to the various shortcomings of the "pre-application dialogue", including (i) the "wholesale redrafting" of the draft order two months into the pre-application dialogue; (ii) giving CTR "inadequate time" to provide its position on the disputed order; and (iii) refusing to address the issue of relevance in the pre-application dialogue.

[63] However, the Commissioner's application record appropriately disclosed the extent of the changes that were made. This was addressed at paragraph 61 of the Perluzzo affidavit and at paragraphs 66 and 85 of the Commissioner's written representations, which explicitly invited the Court to compare the prior drafts of the disputed order. The Perluzzo affidavit also informed the Court that, upon sending the third version of the draft order to CTR on June 3, 2021, CTR was

dans les observations écrites qu'il a déposées dans son dossier de demande.

[59] À mon avis, ces documents donnent, collectivement, à la Cour une très bonne idée de l'essence des préoccupations de la société CTR. Ils m'ont mené à faire miennes certaines de ces préoccupations et à décider de ne pas homologuer le projet d'ordonnance à moins qu'il soit modifié de façon à répondre à plusieurs d'entre elles.

[60] Conformément à la pratique habituelle de la Cour dans ce type d'instance, j'ai également profité de l'occasion pour confirmer la nature des préoccupations de la société CTR et pour demander toutes les clarifications que j'estimais nécessaires au cours de l'audience. J'ai constaté que les réponses du commissaire étaient franches et utiles. Je n'ai pas eu le sentiment que le commissaire n'avait pas satisfait pleinement à l'obligation rigoureuse de divulgation qui s'applique dans les procédures *ex parte*.

[61] Après avoir examiné le dossier de la présente requête, ainsi que le dossier de requête que la société CTR a déposé la veille de l'instruction de la demande du commissaire, je n'ai pas changé d'avis.

[62] La société CTR soutient que le commissaire n'a pas porté à l'attention de la Cour les diverses lacunes du « dialogue préalable à la demande », notamment : (i) la [TRADUCTION] « reformulation en profondeur » du projet d'ordonnance deux mois après le début du dialogue préalable à la demande, (ii) le fait que la société CTR n'a pas disposé d'un délai adéquat pour faire connaître son point de vue au sujet de l'ordonnance contestée, et (iii) le refus d'examiner la question de la pertinence dans le cadre du dialogue préalable à la demande.

[63] Toutefois, le dossier de demande du commissaire révèle de manière appropriée l'étendue des changements apportés. Ce point a été soulevé au paragraphe 61 de l'affidavit de M. Perluzzo, ainsi qu'aux paragraphes 66 et 85 des observations écrites du commissaire, qui invitait explicitement la Cour à comparer les versions antérieures de l'ordonnance contestée. Dans son affidavit, M. Perluzzo informe également la Cour que, lors de l'envoi de la troisième version du projet d'ordonnance à la

asked to provide comments by June 10, 2021. That affidavit also disclosed that CTR had requested additional time to provide a written response. In addition, a copy of the Bureau's exchange with CTR in relation to that issue was attached to the Perluzzo affidavit. In my view, the one-week period provided to CTR on June 3rd did not constitute inadequate time, particularly given the fact that CTR was already very familiar with the issues, as well as the essence of what the Commissioner was seeking. In the circumstances, the Commissioner was under no obligation to say anything further about the issue. As to the Commissioner's refusal to discuss the relevance of the specifications, this was explicitly stated in the Commissioner's letter dated March 16, 2021, which was attached as Exhibit W to the Perluzzo affidavit and was explicitly referenced at paragraph 54 of the Perluzzo affidavit. This position of the Commissioner is also longstanding and well known to the Court.

[64] Having regard to all of the foregoing, and contrary to CTR's submissions, it was not misleading of the Commissioner to have represented to the Court that the pre-application dialogue had "gone well beyond what is required in the process contemplated in Pearson and the Gover Report".

[65] CTR also submits that the Commissioner failed to disclose its positions with respect to the alleged lack of relevance or the excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome nature of some of the specifications in the schedules to the disputed order. CTR challenges the vast majority of the provisions in the disputed order on one of these grounds. In addition, CTR maintains that the Commissioner ought to have specifically disclosed that the disputed order had not been modified to reflect CTR's positions.

[66] However, I was very well aware of CTR's general position in this regard, and indeed of many of its specific positions. This information was disclosed in the Perluzzo affidavit, the extensive notes on the meetings between the case team and CTR's representatives, the written exchanges between the Commissioner and CTR,

société CTR le 3 juin 2021, celle-ci a été invitée à fournir des commentaires avant le 10 juin 2021. Cet affidavit démontre également que la société CTR a demandé un délai supplémentaire pour fournir une réponse écrite. En outre, une copie de l'échange entre le Bureau et la société CTR à ce sujet est jointe à l'affidavit de M. Perluzzo. À mon avis, la période d'une semaine accordée à la société CTR le 3 juin ne constituait pas un délai inadéquat, particulièrement si l'on tient compte du fait que la société CTR connaissait déjà très bien ces points, en plus de l'essentiel de ce que le commissaire cherchait à obtenir. Dans ces circonstances, le commissaire n'était pas tenu de s'exprimer davantage sur ce point. Quant au refus du commissaire de discuter de la pertinence des dispositions, ce dernier a expressément exposé ses arguments dans sa lettre datée du 16 mars 2021, laquelle constitue la pièce W jointe à l'affidavit de M. Perluzzo, et le paragraphe 54 de cet affidavit y renvoie expressément. Le point de vue du commissaire sur ce point est également bien connu de la Cour, et ce, depuis longtemps.

[64] Compte tenu de tout ce qui précède, et malgré les observations de la société CTR, le commissaire n'a pas induit la Cour en erreur lorsqu'il a affirmé que le dialogue préalable à la demande dépassait largement les exigences du processus envisagé dans l'affaire Pearson et dans le rapport Gover.

[65] La société CTR fait aussi valoir que le commissaire n'a pas fait connaître le point de vue de la société sur la non-pertinence alléguée ou sur la nature excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse de certaines dispositions des annexes de l'ordonnance contestée. La société CTR invoque l'un de ces motifs pour s'opposer à la plupart des dispositions de l'ordonnance contestée. De plus, la société CTR affirme que le commissaire aurait dû précisément révéler le fait que l'ordonnance contestée n'a pas été modifiée d'une manière qui tenait compte du point de vue de la société CTR.

[66] Cependant, je connais très bien le point de vue général de la société CTR à cet égard, de même que plusieurs de ses observations précises. Ces renseignements ont été divulgués dans l'affidavit de M. Perluzzo, dans les comptes rendus détaillés des réunions entre l'équipe chargée de l'affaire et les représentants de la

and/or the Commissioner's written representations. To the extent that I considered that it might be helpful to obtain confirmation, elaboration or clarification with respect to CTR's positions, I raised those issues with the Commissioner during the hearing of the application, in accordance with the Court's well-known practice.

[67] I will pause to observe that CTR had ample opportunity, both during the week following its receipt of the final draft of the disputed order (on June 3, 2021) and indeed right up until early in the week of the hearing of the Commissioner's application (on June 29, 2021), to ensure that its views were placed before the Court. To the extent that it considered that it might be helpful for the Court to have additional information beyond that which it provided in its letter dated June 10, 2021, it had the opportunity to provide that information, in accordance with the established practice in these types of hearings. I recognize that one of CTR's counsel of record was on holiday for a period of time in June. However, there were two other counsel of record.

[68] It bears emphasizing that alleged defects in the Commissioner's disclosure must be such that they may well have led the Court to have refused to grant the order in question, or certain of the specifications therein: *Labatt*, above, at paragraph 35; *Air Canada*, above, at paragraph 13. None of the defects that CTR has identified rise to that level, either individually or in aggregate. As I have stated, I had a very good appreciation of CTR's position from the materials mentioned above. Contrary to CTR's position, I was not misled by any aspect of the Commissioner's disclosure.

[69] In summary, for the reasons I have set forth above, I conclude that the Commissioner did not fail to meet the elevated duty of full and frank disclosure that applies in *ex parte* proceedings under section 11 of the Act.

société CTR, dans les échanges écrits entre le commissaire et la société CTR et dans les observations écrites du commissaire. Les fois où j'ai estimé qu'il pourrait être utile d'obtenir une confirmation, des explications ou des éclaircissements quant aux arguments présentés par la société CTR, j'ai fait part de mes questions au commissaire au cours de l'instruction de la demande, conformément à la pratique bien connue de la Cour.

[67] J'ouvre une parenthèse pour faire remarquer que la société CTR a amplement eu l'occasion de veiller à ce que son point de vue soit présenté à la Cour, durant la semaine qui a suivi le moment où elle a reçu l'ébauche finale de l'ordonnance contestée (le 3 juin 2021) et même jusqu'au début de la semaine prévue pour l'instruction de la demande du commissaire (le 29 juin 2021). Si tant est qu'elle ait cru utile que la Cour dispose d'autres renseignements en plus de ceux qu'elle avait fournis dans sa lettre du 10 juin 2021, la société CTR a eu la possibilité de fournir ces renseignements, conformément à la pratique établie dans ce type d'audiences. Je suis conscient du fait que l'une des avocates de la société CTR était en vacances pendant un certain temps en juin, mais deux autres avocats étaient inscrits au dossier.

[68] Il convient de préciser que les lacunes alléguées dans la divulgation du commissaire doivent être telles qu'elles auraient bien pu conduire la Cour à refuser de rendre l'ordonnance sollicitée, ou certaines de ses dispositions : *Labatt*, précitée, au paragraphe 35; *Air Canada*, précitée, au paragraphe 13. Aucune des lacunes relevées par la société CTR ne répond à ces exigences, ni lorsqu'on les examine isolément ni dans leur ensemble. Comme je l'ai déjà mentionné, j'ai très bien compris le point de vue de la société CTR à partir des documents mentionnés plus haut. Contrairement à l'argument de la société CTR, aucun des aspects de la divulgation du commissaire ne m'a induit en erreur.

[69] En résumé, pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que le commissaire n'a pas manqué à son obligation rigoureuse de divulgation complète et franche qui s'applique aux procédures *ex parte* relevant de l'article 11 de la Loi.

## (2) The relevance of the information sought

(a) *Invoices, collections and reporting to Equifax*

[70] CTR objects to several specifications that require information pertaining to its collections on invoices, its reporting of accounts to Equifax<sup>4</sup>, and records sent to Equifax. It maintains that this information is not relevant to the issues of whether it made materially false or misleading representations to the public regarding its role in the administration of Covid Relief Benefits or regarding the fees for its services.

[71] I was well aware of CTR's concerns regarding these particular specifications and I pressed the Commissioner's counsel regarding them during the hearing. In response, counsel stated that the case team had obtained information which suggested that CTR makes threats regarding collections, reporting to Equifax and the effect this may have on its customers' credit rating. Counsel explained that the Commissioner is investigating whether the threats themselves are misleading. Based on that response, I concluded and I remain of the view that these specifications are indeed relevant to the Commissioner's inquiry into whether CTR made false or misleading representations, as contemplated by paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act.

(b) *Audiences, geographic areas and demographic information*

[72] CTR also asserts that specifications I.2.b and I.1.b, which seek records and information regarding the audiences and geographic areas targeted by its online representations, are irrelevant to the issue of whether it made false or misleading representations, as described immediately above. It takes the same position regarding (i) specification I.9, which requires the production of all

<sup>4</sup> The specifications in question are I.1.b, I.7.b, I.7.c and I.8.

## 2) La pertinence des renseignements sollicités

a) *Les factures et la communication de comptes à Equifax*

[70] La société CTR s'oppose à plusieurs dispositions de l'ordonnance qui l'enjoignent à fournir des renseignements sur ses factures, sur la communication de comptes à Equifax<sup>4</sup>, et les documents transmis à Equifax. Elle soutient que ces renseignements ne sont pas pertinents pour déterminer si la société a donné au public des indications fausses ou trompeuses sur un point important au sujet de son rôle dans l'administration des prestations liées à la COVID ou au sujet des honoraires qu'elle facture pour ses services.

[71] Comme je connaissais les préoccupations de la société CTR concernant ces dispositions précises, j'ai interrogé l'avocat du commissaire à ce sujet pendant l'audience. En réponse, l'avocat a dit que l'équipe chargée de l'affaire avait obtenu des renseignements qui tendent à indiquer que la société CTR profère des menaces à ses clients quant au paiement des factures, aux comptes qu'elle communique à Equifax et à l'incidence de ses mesures sur leur cote de crédit. Selon l'avocat, le commissaire cherche à savoir si les menaces elles-mêmes sont trompeuses. En me fondant sur cette réponse, j'ai conclu — et je suis toujours du même avis — que ces dispositions sont effectivement pertinentes pour l'enquête du commissaire visant à déterminer si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses, suivant l'alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.011(1) de la Loi.

b) *Les publics, les zones géographiques et les renseignements démographiques*

[72] La société CTR fait également valoir que les alinéas I.2.b et I.1.b des dispositions, lesquels exigent la fourniture de documents et de renseignements concernant les zones géographiques et les publics ciblés par les indications qu'elle donne en ligne, ne sont pas pertinents pour déterminer si elle a donné des indications fausses ou trompeuses, comme je viens tout juste de le

<sup>4</sup> Les dispositions en question sont les suivantes : I.1.b, I.7.b, I.7.c et I.8.

reports relating to the characteristics of clients (including “demographics such as age, education income and English language fluency”); and (ii) specification II.4, which requires CTR to identify the demographics and audience characteristics associated with lists used to send emails in relation to the Covid Relief Benefits.

[73] I disagree.

[74] During the pre-application dialogue process, counsel to the Commissioner explained that these matters are relevant both to the issue of whether CTR has made false or misleading representations as well as to the issue of the Commissioner’s consideration of whether to seek an administrative monetary penalty (AMP) in respect of the impugned conduct: application record, at page 250. The Commissioner’s counsel explained that the Commissioner is interested in inquiring into whether specific geographic areas, age groups, income groups, lower education or other audiences have been targeted by CTR: application record, at pages 250 and 260.

[75] The Perluzzo affidavit elaborated on this by explaining that the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) has recognized the existence of personal dimensions of vulnerability with respect to targeted representations. In this regard, the affidavit stated:

... For example, a consumer may be more vulnerable due to their age, race, ethnicity or gender; low education or literacy; limitations with the native language; mental health problems; physical disabilities; geographical remoteness/living in a low-density region; unemployment or low income. Personal characteristics such as being credulous, impulsive, risk averse, having poor computational skills, and being less trusting of people can also make a consumer more vulnerable. The OECD has defined “vulnerable consumers” as consumers who are susceptible to detriment at a particular point in time, owing to the characteristics of the market for a particular product, the product’s qualities, the nature of a transaction or the consumer’s attributes or circumstances ...

mentionner. Elle est du même avis en ce qui concerne : (i) l’article I.9 des dispositions, lequel exige la production de tous les rapports au sujet des caractéristiques des clients (dont [TRADUCTION] « les données démographiques telles que l’âge, la scolarité, le revenu et la maîtrise de l’anglais »); et (ii) l’article II.4 des dispositions, lequel exige que la société CTR fournisse les données démographiques et les caractéristiques du public visé à partir desquelles sont établies les listes d’envoi de courriels visant les prestations liées à la COVID.

[73] Je ne suis pas de cet avis.

[74] Au cours du processus de dialogue préalable à la demande, l’avocat du commissaire a expliqué que ces éléments permettent de savoir si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses et si le commissaire devrait demander à la Cour d’infliger une sanction administrative pécuniaire pour la conduite reprochée : dossier de demande, à la page 250. Il a dit que le commissaire cherche à savoir si certains groupes d’âge, zones géographiques, catégories de revenus, publics moins instruits ou d’autres publics précis ont été ciblés par la société CTR : dossier de demande, aux pages 250 et 260.

[75] Dans son affidavit, M. Perluzzo donne des précisions à ce sujet, expliquant que l’Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) reconnaît que des dimensions personnelles jouent un rôle dans la vulnérabilité des consommateurs ciblés par les indications. Sur ce point, il s’exprime ainsi :

[TRADUCTION]

[...] Par exemple, le consommateur peut être plus vulnérable en raison de son âge, de sa race, de son origine ethnique ou de son sexe, de son faible niveau de scolarité ou d’alphabétisation, de sa connaissance limitée de la langue du milieu, de problèmes de santé mentale, d’une incapacité physique, du fait qu’il vit en situation d’éloignement géographique ou dans une région à faible densité de population, de son chômage ou de son faible revenu. Certaines caractéristiques personnelles — comme la crédulité, l’impulsivité, l’aversion au risque, des connaissances insuffisantes en informatique et la méfiance — peuvent également rendre le consommateur plus vulnérable. Selon l’OCDE, on entend par « consommateurs vulnérables » les consommateurs susceptibles de subir un préjudice à un



Perluzzo affidavit, at paragraph 41, citing OECD, *Challenges to Consumer Policy in the Digital Age* (2019) (attached at Exhibit R to the affidavit).

[76] In written submissions, the Commissioner further explained that the specifications seeking information regarding geographic areas, audiences and demographics will assist the Commissioner to understand to whom CTR's representations were targeted. The Commissioner maintained that this information is relevant to the factual matrix in which the representations were made. The Commissioner underscored that if CTR is in fact targeting vulnerable groups, this would unambiguously be relevant to his inquiry.

[77] I agree that this information is relevant to the issue of whether CTR has made false or misleading representations to the public for the purpose of promoting, directly or indirectly, the supply or use of a product, or any business interest, as contemplated by paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act.

[78] When asked during one of the pre-application dialogue meetings whether the Commissioner was relying on *Canada (Competition Bureau) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297 (*Chatr*) as support for the position that targeted representations are within the purview of paragraph 74.01(1)(a) or subsection 74.011(1), counsel replied in the affirmative: application record, at page 250. During the hearing of the Commissioner's application, counsel to the Commissioner added that, based on *Chatr* and *Richard v. Time Inc.*, 2012 SCC 8, [2012] 1 S.C.R. 265 (*Richard*), the consumer or the person to whom a representation is targeted is a relevant consideration in determining whether the representation is misleading: application hearing transcript, at page 28.

moment précis, en raison des caractéristiques du marché relativement à un produit en particulier, des qualités du produit, de la nature d'une transaction ou des attributs ou de la situation du consommateur lui-même [...]

Affidavit de M. Perluzzo, au paragraphe 41, citant le document de 2019 de l'OCDE intitulé *Challenges to Consumer Policy in the Digital Age* (lequel constitue la pièce R jointe à l'affidavit).

[76] Dans ses observations écrites, le commissaire a également expliqué que les dispositions visant à obtenir des renseignements sur les zones géographiques, les publics visés et les données démographiques permettront au commissaire de comprendre à qui sont destinées les indications données par la société CTR. Le commissaire soutient que ces renseignements sont pertinents pour situer le contexte factuel dans lequel les indications ont été données. Il souligne également que si la société CTR cible effectivement des groupes vulnérables, ces questions seraient manifestement utiles pour son enquête.

[77] Je conviens que ces renseignements sont utiles pour savoir si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses au public aux fins de promouvoir, directement ou indirectement, soit la fourniture ou l'usage d'un produit, soit des intérêts commerciaux quelconques, suivant l'alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.011(1) de la Loi.

[78] En réponse à une question posée au cours de l'une des réunions tenue dans le cadre du dialogue préalable à la demande, le commissaire a indiqué qu'il s'appuyait sur la décision *Canada (Competition Bureau) v. Chatr Wireless Inc.*, 2013 ONSC 5315, 288 C.R.R. (2d) 297 (*Chatr*), pour étayer son argument selon lequel les indications ciblées sont assujetties à l'alinéa 74.01(1)a) ou au paragraphe 74.011(1) : dossier de demande, à la page 250. Au cours de l'instruction de la demande du commissaire, son avocat a ajouté que, d'après la décision *Chatr* et l'arrêt *Richard c. Time Inc.*, 2012 CSC 8, [2012] 1 R.C.S. 265 (*Richard*), la personne ou le consommateur ciblé par l'indication donnée constitue un facteur pertinent pour décider si l'indication est trompeuse : transcription d'audience de la demande, à la page 28.

[79] CTR maintains that neither *Chatr* nor *Richard* supports this proposition, and that it was misleading of the Commissioner to suggest otherwise. CTR adds that the Supreme Court of Canada’s guidance in *Richard* precludes any consideration of the position, experience or characteristics of particular consumers or subsets of consumers.

[80] I disagree.

[81] *Richard* concerned an appeal by an individual (Mr. Richard) who claimed to have been misled by a document, entitled “Official Sweepstakes Notification”, that had been mailed to members of the general public. Mr. Richard maintained that the Quebec Court of Appeal had erred in defining the “average consumer” for the purposes of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1 (the C.P.A.). That legislation appears to have been modelled on the federal legislation at issue in this proceeding.

[82] In the course of allowing Mr. Richard’s appeal in part, the Supreme Court of Canada made the following observations:

- “the ‘general impression’ conveyed by a representation must be analysed in the abstract, that is, without considering the personal attributes of the consumer who has instituted proceedings against the merchant”: *Richard*, above, at paragraph 49 (emphasis added);
- “The courts must therefore be able to sanction any representation that, from an objective standpoint, constitutes a prohibited practice. Whether a commercial representation did or did not cause prejudice to one or more consumers is not relevant to the determination of whether a merchant engaged in a prohibited practice within the meaning of Title II of the *C.P.A.*”: *Richard*, above, at paragraph 50 (emphasis added);
- The consumer contemplated by the C.P.A. is the “average consumer ... [who] is the product

[79] Selon la société CTR, ni la décision *Chatr* ni l’arrêt *Richard* n’appuie cet argument, et l’affirmation contraire du commissaire induit la Cour en erreur. La société CTR ajoute que les directives fournies par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Richard* font abstraction du point de vue, de l’expérience ou des caractéristiques de certains consommateurs ou de sous-catégories de consommateurs.

[80] Je ne suis pas d’accord.

[81] Dans l’arrêt *Richard*, l’appelant, M. Richard, a interjeté appel au motif qu’il avait été trompé par un document intitulé « Avis officiel du concours Sweepstakes » qui avait été envoyé par courrier aux membres du grand public. M. Richard affirmait que la Cour d’appel du Québec avait mal défini le « consommateur moyen » visé par la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1 (la LPC ou L.p.c.). Il semble que cette loi s’inspire de la loi fédérale en cause en l’espèce.

[82] La Cour suprême du Canada a accueilli en partie l’appel de M. Richard. Les observations qui suivent sont tirées de ses motifs :

- « “[L]’impression générale” » donnée par une représentation doit être analysée *in abstracto*, c’est-à-dire en faisant abstraction des attributs personnels du consommateur à l’origine de la procédure engagée contre le commerçant » : *Richard*, précité, au paragraphe 49 (non souligné dans l’original).
- « Les tribunaux doivent alors être en mesure de sanctionner toute représentation qui, objectivement, constitue une pratique interdite. Le fait qu’une représentation commerciale ait causé ou non un préjudice à un ou plusieurs consommateurs n’est pas pertinent pour décider si un commerçant a commis une pratique interdite au sens du titre II de la *L.p.c.* » : *Richard*, précité, au paragraphe 50 (non souligné dans l’original).
- « [l]e consommateur visé par [...] la *L.p.c.* [est le] consommateur moyen [qui] demeure le produit

of a legal fiction personified by an imaginary consumer to whom a level of sophistication that reflects the purpose of the *C.P.A.* is attributed”: *Richard*, above, at paragraph 62.

- This person is “someone who is not particularly experienced at detecting the falsehoods or subtleties found in commercial representations” and may be described as being “credulous and inexperienced”: *Richard*, above, at paragraphs 71–72.
- “This description of the average consumer is consistent with the legislature’s intention to protect vulnerable persons from the dangers of certain advertising techniques”: *Richard*, above, at paragraph 72.
- The “abstract analysis” required by the C.P.A. precludes a consideration of “whether the consumer exercising the recourse was in fact misled”: *Richard*, above, at paragraph 75 (emphasis added).

[83] Assuming, solely for the present purposes, that the foregoing teachings would apply equally to the interpretation of paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act, I do not read the foregoing passages as excluding from the purview of those provisions representations that are targeted at objectively defined sub-groups of the general public. In my view, the underlined words identified immediately above stand for the proposition that the persons who may have been misled by a representation must be defined in objective terms, so as to avoid a subjective determination of whether a particular person or group of persons was in fact misled.

[84] It would be completely contrary to Parliament’s goal of protecting people from deceptive marketing practices to permit persons to specifically target particularly vulnerable groups in society, whether they be located in specific geographic areas or have particular attributes, such as those that have been identified by the Commissioner. In my view, the information being sought by the Commissioner in this regard is very relevant to a determination of whether CTR’s representations have

d’une fiction juridique incarnée par un consommateur mythique auquel on impute un degré de discernement qui reflète le but de la *L.p.c.* » : *Richard*, précité, au paragraphe 62.

- « [L]e consommateur moyen n’est pas particulièrement aguerré pour déceler les faussetés ou les subtilités dans une représentation commerciale. » Il peut être qualifié de personne « crédule et inexpérimenté[e] » : *Richard*, précité, aux paragraphes 71 et 72.
- « Cette description du consommateur moyen respecte la volonté législative de protéger les personnes vulnérables contre les dangers de certaines méthodes publicitaires » : *Richard*, précité, au paragraphe 72.
- « [L]’analyse *in abstracto* requise par [la] *L.p.c.* [empêche de déterminer] si le consommateur qui a entrepris le recours a été trompé » : *Richard*, précité, au paragraphe 75 (non souligné dans l’original).

[83] Tenant pour acquis, uniquement pour les besoins de la présente affaire, que les enseignements qui précèdent s’appliquent aussi à l’interprétation de l’alinéa 74.01(1)a) et du paragraphe 74.011(1) de la Loi, j’estime que ces passages n’excluent pas du champ d’application de ces dispositions les indications qui ciblent des sous-catégories objectivement définies du grand public. À mon avis, les mots soulignés plus haut permettent d’affirmer que les personnes qui peuvent avoir été trompées par une indication doivent être décrites de manière objective afin d’éviter que la réponse à la question à savoir si une personne ou un groupe de personnes en particulier a été trompé soit subjective.

[84] Permettre à quiconque de cibler spécifiquement des groupes particulièrement vulnérables de la société — que ces groupes soient situés dans des zones géographiques spécifiques ou qu’ils présentent des attributs particuliers, comme ceux qui ont été relevés par le commissaire — irait complètement à l’encontre de l’objectif du législateur de protéger le public contre les pratiques commerciales trompeuses. À mon avis, les renseignements sollicités par le commissaire à cet égard

been false or misleading, as contemplated by the inquiry being conducted in respect of paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act. I will leave for another day whether it is also appropriate for the Commissioner to seek such information for reasons related to a potential AMP that may be sought.

[85] I do not consider anything in *Chatr*, above, to be inconsistent with this interpretation of the purview of paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1). Indeed, the court there considered the advertisements in question from the perspective of the average consumer to whom they were targeted. After distinguishing *Richard*, where the representations in question were made to the public at large, the court defined the average consumer as being “a person wanting unlimited talking and texting wireless services, as well as cost certainty”: *Chatr*, above, at paragraph 129.

(c) *Effects on consumer behaviour*

[86] Specification I.2.e. requires CTR to provide all records relating to the “expected, estimated or actual effects of Online Representations on consumer behaviour on [CTR’s] Online Platforms”. CTR submits that this information is irrelevant to the Commissioner’s inquiry into whether its representations were false or misleading. In this regard, it maintains that such information does not tend to make it more or less likely that its representations were false or misleading, rather than simply more compelling.

[87] During the hearing of the application, counsel to the Commissioner stated that the Bureau is aware that companies estimate and monitor the actual effects of what different representations they make do, and that this can be an indirect indicator of whether the representations are false or misleading. At the hearing of this motion, counsel added that if CTR engaged in testing different versions of its website to see which version

sont très utiles pour décider si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses, suivant l’alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.011(1) de la Loi. La question de savoir s’il est approprié pour le commissaire de solliciter ces renseignements en vue de l’imposition d’une éventuelle sanction administrative pécuniaire sera examinée à une autre occasion.

[85] J’estime que rien dans la décision *Chatr*, précitée, n’est incompatible avec cette interprétation donnée au champ d’application de l’alinéa 74.01(1)a) et du paragraphe 74.011(1). Dans cette affaire, la cour a examiné les publicités en question du point de vue du consommateur moyen auquel elles étaient destinées. Après avoir établi une distinction avec l’affaire *Richard*, où les indications en cause étaient données au grand public, la cour a défini le consommateur moyen comme étant [TRADUCTION] « la personne qui veut obtenir des services de données illimitées sans fil pour la conversation et les messages texte, ainsi qu’une certitude par rapport aux coûts » : *Chatr*, précitée, au paragraphe 129.

c) *Les effets sur le comportement des consommateurs*

[86] Selon l’alinéa I.2.e. des dispositions, la société CTR est tenue de fournir tous les documents se rapportant aux [TRADUCTION] « effets attendus, estimés ou réels des indications sur le comportement des consommateurs données par [la société CTR] sur ses plateformes en ligne ». La société CTR soutient que ces renseignements ne sont pas pertinents pour l’enquête du commissaire visant à déterminer si elle a donné des indications fausses ou trompeuses. À cet égard, elle fait valoir que ces renseignements ne permettent généralement pas d’établir avec plus ou moins de vraisemblance que les indications données étaient fausses ou trompeuses, plutôt que simplement l’établir de façon plus convaincante.

[87] Au cours de l’instruction de la demande, l’avocat du commissaire a dit que le Bureau savait que les entreprises estiment et surveillent les effets réels qu’entraînent les différentes indications qu’elles donnent, et que ces mesures peuvent permettre d’établir indirectement si ces indications sont fausses ou trompeuses. Lors de l’audition de la présente requête, l’avocat a ajouté que le fait que la société CTR d’ait mis différentes versions

consumers were more likely to click on, this is clearly relevant to the inquiry. Moreover, if the requested records show that CTR had knowledge of the likely effects, this would also be relevant to the inquiry.

[88] I agree. I will add in passing that I do not accept CTR's position that it did not have the opportunity to comment on this specification, because its discussions with the Bureau's case team focused on other language in the specification. CTR clearly had its opportunity to make its views known on this aspect of the specification at the same time that it did so in relation to the other language in the specification. Its failure to do so cannot now be laid at the Commissioner's door.

(d) *Search engine optimization/marketing, web analytics*

[89] CTR maintains that two specifications<sup>5</sup> relating to the matters described in this sub-heading are not relevant. In support of its position, CTR stated the following:

Whether CTR optimized its ads for driving traffic to its website versus increasing sales, selected keywords such as "CERB" or "job loss", or chose to target ads more locally or globally does not make it more or less likely that its ads were false or misleading in a material respect. Whether the ads were misleading depends on the general impression the ads themselves conveyed.

CTR's written representations, at paragraph 104.

[90] In the disputed order, the term Search Engine Optimization is defined to mean "the process of optimizing a website to achieve a higher ranking in search

<sup>5</sup> Specifications I.2.f and II.12. Specification I.3 was initially part of this group. However, CTR represented that it has already provided its response to this specification to the Commissioner.

de son site Web à l'essai pour voir laquelle générerait le plus de clics de la part des consommateurs est manifestement pertinent pour l'enquête. En outre, si les documents sollicités démontrent que la société CTR connaissait les effets probables, cette connaissance serait également pertinente pour l'enquête.

[88] Je suis d'accord. J'ajoute en passant que je ne retiens pas l'argument de la société CTR selon lequel elle n'a pas eu l'occasion de commenter cette disposition étant donné que ses discussions avec l'équipe du Bureau chargée de l'affaire ont plutôt porté sur d'autres termes de la disposition en question. La société CTR a manifestement eu l'occasion de faire connaître son point de vue sur cet aspect de la disposition en même temps qu'elle l'a fait pour les autres termes de la même disposition. Son omission de le faire ne saurait être reprochée au commissaire.

(d) *L'optimisation et le marketing des moteurs de recherche, l'analyse Web*

[89] Selon la société CTR, deux dispositions<sup>5</sup> concernant les points mentionnés dans la présente rubrique ne sont pas pertinentes. Elle fait les remarques suivantes au soutien de son argument :

[TRADUCTION]

Le fait de savoir si la société CTR a optimisé ses annonces afin de créer un achalandage sur son site Web ou d'augmenter ses ventes, si elle a sélectionné des mots clés tels que « PCU » ou « perte d'emploi », ou si elle a choisi de cibler ses annonces plus localement ou plus globalement, ne permet pas d'établir avec plus ou moins de vraisemblance que ses annonces étaient fausses ou trompeuses sur un point important. La nature trompeuse des annonces est fonction de l'impression générale qu'elles donnent.

Observations écrites de la société CTR, au paragraphe 104.

[90] Dans l'ordonnance contestée, l'expression « optimisation des moteurs de recherche » s'entend du [TRADUCTION] « processus d'optimisation d'un site Web

<sup>5</sup> Il s'agit de l'alinéa I.2.f et de l'article II.12 des dispositions. L'article I.3 était initialement visé également. Cependant, la société CTR a fait savoir qu'elle avait déjà fourni au commissaire sa réponse au sujet de cette disposition.

engines [*sic*] organic results to gain or increase unpaid traffic to a website or to improve the quality of unpaid traffic to a website.” The term Search Engine Marketing is defined to mean “the process of displaying ads via search engines, such as Google, Yahoo and Bing to gain or increase website traffic or to improve the quality of website traffic.” The term “Web Analytics” is defined to mean:

... any analysis and information related to the activity on a web page or website, including analysis and information about frequency of visits, referral domain from which a web page is accessed, time spent on a web page or website, A/B testing, click tracking, click-through rates, impressions, unique visits, bounce rates, conversion rates, Google Analytics reports, Google Ads reports, Google AdWords reports.

[91] During the hearing of the Commissioner’s application, the Commissioner’s counsel explained the relevance of this information in the following terms:

And so the ads, we’ve observed them to appear ahead of the government website. So search engine optimization and search engine marketing relates to how these representations are made, relates to how they’re targeted and it’s relevant to assess the factual matrix of these representations. These are online representations which, you know, Google advertises in Exhibit A, that can be made, can be targeted. And so these records are those that will identify how they’re targeted, which informs the audience that is aimed at, the audience that is reached, because search engines pull in people who are searching for certain things.

So if I search for “Apply for CERB”, the Respondent is able to — you know, if they’re skilled, they’re able to ensure that that link appears at the top. And so then I, who am looking for CERB, click on that link, and that informs how I interact with the website that it brings me to. And that’s what we’ve been hearing from consumers. “I clicked on that link thinking it was the Canada

visant à obtenir un meilleur classement dans les résultats organiques des moteurs de recherche afin de générer un achalandage vers un site Web, ou de l’augmenter, gratuitement, ou d’en rehausser la qualité gratuitement ». L’expression « marketing des moteurs de recherche » s’entend du [TRADUCTION] « processus d’affichage d’annonces sur des moteurs de recherche — comme Google, Yahoo et Bing — visant à générer un achalandage vers un site Web, ou de l’augmenter, ou d’en rehausser la qualité ». Voici la définition de l’expression « analyse Web » :

[TRADUCTION]

[...] [A]nalyse et renseignements se rapportant aux activités sur une page Web ou un site Web, y compris l’analyse et les renseignements concernant la fréquence des visites, le domaine référent qui permet de consulter une page Web, le temps consacré à la visite d’une page Web ou d’un site Web, les tests A/B, le suivi des clics, les taux de clics, les impressions, les visites uniques, les taux de rebond, les taux de conversion, les rapports Google Analytics, les rapports Google Ads et les rapports Google AdWords.

[91] Lors de l’instruction de la demande du commissaire, l’avocat du commissaire a justifié comme suit la pertinence de ces renseignements :

[TRADUCTION]

Nous avons constaté que les annonces s’affichent en premier avant le site Web du gouvernement. L’optimisation et le marketing des moteurs de recherche se rapportent donc à la manière dont ces indications sont données et à la manière dont elles sont ciblées, et il est pertinent d’évaluer le contexte factuel de ces indications. Il s’agit d’indications en ligne qui, comme l’indiquent les publicités diffusées par Google en pièce A, peuvent être données et ciblées. Ces documents sont ceux qui permettront de révéler la manière dont elles sont ciblées, qui nous renseignent sur les publics cibles, les publics atteints, étant donné que les moteurs de recherche orientent les internautes qui cherchent des éléments précis.

Par exemple, si je lance la recherche « demander la PCU », la défenderesse est en mesure, si elle est habile, de faire en sorte que ce lien apparaisse dans le haut de la page. Ensuite, en tant qu’internaute qui veut trouver la PCU, je clique sur ce lien et c’est ce qui révèle mon interaction avec le site Web vers lequel j’ai été dirigé. Et c’est ce que nous ont dit les consommateurs : « J’ai cliqué sur



Revenue Agency or government entity that was administering these benefits.

Application hearing transcript, at pages 43–44.

[92] With respect to web analytics, the Commissioner’s counsel explained that “this is essentially performance testing of how ads or representations work”: application hearing transcript, at page 49.

[93] In written submissions on this motion, at paragraph 66, the Commissioner further explained that his inquiry:

... is still in the fact-finding stage. Therefore, it would be premature and inappropriate at this stage to conjecture what relevance the analytics reports might have in a future hypothetical litigation, since the Commissioner will not be in a position to assess the relevance until he has reviewed the facts and made a determination as to whether to proceed.

[94] Having regard to all of the foregoing, I concluded, and remain of the view, that specification I.2.f., which pertains to search engine optimization, search engine marketing and web analytics, is in fact relevant to the Commissioner’s inquiry. This is particularly so given that the Commissioner must be given a certain degree of latitude at this stage of his inquiry, when he has still not obtained much information from CTR: see the jurisprudence cited at paragraph 39, above. I do not agree with CTR’s assertion that the reports that it has already provided to the Commissioner pertaining to web analytics make it readily apparent that this information has no relevance to the inquiry. I also disagree with CTR’s position that the disputed specifications would impose an excessive, disproportionate or unnecessary burden on CTR.

[95] However, I agree with CTR that the information described in specification II.12 ought to be deleted from the disputed order. The information described in that specification is of marginal relevance. More importantly,

ce lien en pensant qu’il s’agissait de l’Agence du revenu du Canada ou d’une entité gouvernementale qui administrait ces prestations. »

Transcription d’audience de la demande, aux pages 43 et 44.

[92] Quant à l’analyse Web, l’avocat du commissaire a expliqué qu’il s’agissait [TRADUCTION] « essentiellement d’essais de rendement pour vérifier comment fonctionnent les annonces ou les indications » : transcription d’audience de la demande, à la page 49.

[93] Dans ses observations écrites en lien avec la présente requête, le commissaire donne au paragraphe 66, d’autres explications au sujet de son enquête :

[TRADUCTION]

[...] [L’enquête] en est encore à l’étape de l’établissement des faits. Par conséquent, il serait prématuré et inapproprié à cette étape-ci de conjecturer la pertinence possible des rapports d’analyse quant à un litige éventuel, étant donné que le commissaire ne pourra juger de la pertinence avant d’avoir examiné les faits et d’avoir décidé des mesures qui suivront.

[94] Compte tenu de tout ce qui précède, j’ai conclu — et je suis toujours du même avis — que l’alinéa I.2.f. des dispositions, lequel porte sur l’optimisation et le marketing des moteurs de recherche et sur l’analyse Web, est utile pour l’enquête du commissaire. Ceci est d’autant plus vrai que le commissaire doit bénéficier d’une certaine latitude à cette étape-ci de son enquête, vu qu’il n’a pas encore obtenu beaucoup de renseignements de la part de la société CTR (voir la jurisprudence citée plus haut, au paragraphe 39). Je ne suis pas d’accord avec la société CTR pour dire que les rapports qu’elle avait déjà fournis au commissaire concernant l’analyse Web montrent clairement l’inutilité de ces renseignements pour l’enquête. Je ne souscris pas non plus à son argument selon lequel les dispositions contestées lui imposeraient un fardeau excessif, disproportionné ou inutile.

[95] Cependant, je conviens avec elle que les renseignements demandés à l’article II.12 des dispositions devraient être radiés de l’ordonnance contestée. L’utilité des renseignements qui y sont sollicités est négligeable.

given the information required by specification I.2.f., the information in specification II.12 is excessive in nature.

(3) The scope of the information sought

[96] CTR submits that many of the specifications in the schedules to the disputed order would impose an excessive, disproportionate and unnecessary burden on CTR.

(a) *Non-identical online representations and duplication*

[97] CTR asserts that specifications I.1.a and II.1, which require information with respect to “non-identical Online Representations,” would impose an unnecessary burden and would by definition be irrelevant to the issue of whether CTR has made materially misleading representations.

[98] I was very well aware of CTR’s position regarding the potentially burdensome nature of these specifications. Those positions were described at paragraphs 63 and 64 of the Perluzzo affidavit and in Mr. Perluzzo’s notes of the pre-issuance dialogue: application record, at pages 248 and 260–261. I was also aware of CTR’s position that these specifications, and indeed others, were unnecessarily burdensome because of their duplicative nature: application record, at pages 24, 213–214, 218 and 221. After pressing the Commissioner on this during the hearing, I satisfied myself that these specifications (as well as specification II.1) were relevant and were not unnecessarily burdensome, either because of their potential scope or their allegedly duplicative nature. I remain of that view. Moreover, I agree with the Commissioner that the alternate language proposed by CTR would leave too much subjective discretion with CTR to determine what constitutes a “materially different” Online Representation. I also agree with the Commissioner that CTR has not provided any evidence regarding the alleged burden to which these specifications would give rise.

Fait plus important encore, compte tenu des renseignements sollicités à l’alinéa I.2.f. des dispositions, la portée de ceux qui sont visés à l’article II.12 est excessive.

3) La portée des renseignements sollicités

[96] La société CTR affirme que plusieurs des dispositions énoncées dans les annexes de l’ordonnance contestée lui imposeraient un fardeau excessif, disproportionné et inutile.

a) *Les indications non identiques en ligne et les redondances*

[97] D’après la société CTR, l’alinéa I.1.a et l’article II.1 des dispositions, dans lesquels sont sollicités des renseignements concernant les [TRADUCTION] « indications non identiques en ligne », lui imposeraient un fardeau inutile et, par définition, elles ne permettraient pas de savoir si les indications qu’elle a données sont trompeuses sur un point important.

[98] J’étais parfaitement au courant de l’argument de la société CTR sur la nature potentiellement onéreuse de ces dispositions. Cet argument est exposé aux paragraphes 63 et 64 de l’affidavit de M. Perluzzo et dans ses comptes rendus du dialogue préalable à la demande de renseignements du commissaire : dossier de demande, aux pages 248 et 260–261. Je connaissais aussi l’argument de la société CTR selon lequel ces dispositions, ainsi que d’autres, étaient inutilement onéreuses pour cause de redondance : dossier de demande, aux pages 24, 213–214, 218 et 221. Les réponses du commissaire aux questions sur ce point que je lui ai posées durant l’audience m’ont convaincu que ces dispositions (ainsi que l’article II.1) sont pertinentes et qu’elles ne sont pas inutilement onéreuses, que ce soit en raison de leur portée éventuelle ou du fait qu’elles seraient redondantes. Je suis toujours de cet avis. En outre, je conviens avec le commissaire que l’autre libellé proposé par la société CTR lui donnerait une discrétion subjective trop vaste lui permettant de décider ce qui constitue une indication en ligne sensiblement différente. Je suis également d’accord avec le commissaire pour dire que la société CTR n’a fourni aucune preuve concernant le fardeau qu’imposeraient ces dispositions.

(b) *Requirements to produce all “records”*

[99] CTR submits that certain specifications<sup>6</sup> requiring it to produce “all records” pertaining to certain matters are “massively overbroad and unnecessarily burdensome.”

[100] Given the extensive definition of the term “record” in section 2 of the Act, the Court is generally very sensitive to specifications which would require the production of “all records” pertaining to particular matters. I was no less so in this proceeding, and I was very well aware of CTR’s position regarding this language. Consequently, I suggested that one of those specifications (I.2.a) be limited to records that were prepared for or prepared by senior officers of CTR. Ultimately that change was made to the disputed order. However, I was satisfied that the remaining provisions requiring the production of “all records” were not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome. I remain of that view, except with respect to specification I.2.d. On reflection, given that this specification deals with “approvals,” I consider that it should be limited in the same manner as specification I.2.a, namely, to records prepared for or prepared by senior officers.

[101] Despite the fact that I narrowed specification I.2.a in the manner described immediately above, CTR maintains that it should be eliminated. This specification requires the production of “all records relating to the purpose for promoting the Relevant Benefits using Online Representations, including but not limited to business and marketing plans, and that were prepared for or prepared by Senior Officers.” In the alternative, CTR submits that the words “all records” should be replaced by “all reports”.

[102] I disagree. Particularly given that the “purpose” of a representation is a specific element in

<sup>6</sup> Specifications I.2, I.4 and I.8.

b) *L’exigence de produire tous les « documents »*

[99] La société CTR soutient que certaines dispositions<sup>6</sup> lui enjoignant de produire [TRADUCTION] « tous les documents » sur certains points ont [TRADUCTION] « une portée excessivement vaste et sont inutilement onéreuses ».

[100] Compte tenu de la large définition que la Loi confère au terme « document » à son article 2, la Cour est généralement très sensible aux dispositions qui exigent la production de [TRADUCTION] « tous les documents » sur des points précis. Ma sensibilité n’était pas moins vive en l’espèce, et je connaissais très bien le point de vue de la société CTR sur ces termes. J’ai donc proposé que l’une de ces dispositions (l’alinéa I.2.a) se limite aux documents rédigés par les dirigeants de la société CTR ou pour leur compte. Cette modification a subséquentement été apportée à l’ordonnance contestée. J’étais toutefois d’avis que les autres dispositions exigeant la production de « tous les documents » n’étaient ni excessives, ni disproportionnées, ni inutilement onéreuses. Je suis toujours de cet avis, sauf en ce qui concerne l’alinéa I.2.d. Après réflexion, étant donné que cette disposition vise des approbations, j’estime qu’il faut l’assujettir aux mêmes limites que celles de l’alinéa I.2.a, c’est-à-dire aux documents rédigés par les dirigeants de la société CTR ou pour leur compte.

[101] Malgré ma décision d’assujettir l’alinéa I.2.a à certaines limites comme je viens tout juste de l’expliquer, la société CTR fait valoir que cette disposition devrait être radiée. Cette disposition exige la production de [TRADUCTION] « tous les documents établis aux fins de promouvoir les prestations pertinentes au moyen d’indications en ligne, notamment ceux qui concernent les plans d’affaires et de marketing, et qui ont été rédigés par les dirigeants de la société CTR ou pour leur compte ». Subsidiairement, la société CTR fait valoir que l’expression [TRADUCTION] « tous les documents » devrait être remplacée par [TRADUCTION] « tous les rapports ».

[102] Je ne suis pas d’accord. Compte tenu, du fait que les « fins » visées par une indication constituent un

<sup>6</sup> Les dispositions I.2, I.4 et I.8.

subsection 74.01(1) and subsection 74.011(1), I remain persuaded that the records contemplated by specification I.2.a are relevant to the Commissioner's inquiry and would not impose an excessive, disproportionate or unnecessary burden on CTR. I will add in passing that I am sympathetic to the Commissioner's position that CTR's apparent failure to provide any evidence of the format in which its records are kept makes it very difficult to assess its assertion that its records are not readily amenable to electronic searching.

(c) *Information concerning complaints*

[103] CTR submits that three specifications (I.4, II.7 and II.8) requiring information pertaining to complaints are overbroad, unnecessarily burdensome and irrelevant. It also maintains that the Commissioner failed to disclose its position in this regard to the Court.

[104] I was very well aware of CTR's position on these matters. This led me to press the Commissioner's counsel on these specifications during the hearing of the application. In response, the Commissioner's counsel explained (with respect to specification I.4) that complaints often come in the form of:

... someone saying, "I was told x and in fact y." The x part is what was the representation. The y is what was false or misleading. Were these individual applicants or clients misled. Complaints will tell us about, you know, how often, how many people, how often, where and when these representations were made. They will tell us about how — the effect of the representations.

Application hearing transcript, at page 51.

[105] I agree that, to the extent that complaints can shed light on whether consumers were in fact misled by representations, this is relevant to an assessment of

élément précis des paragraphes 74.01(1) et 74.011(1), je demeure convaincu que les documents visés par l'alinéa I.2.a sont utiles pour l'enquête du commissaire et qu'ils n'imposeraient pas un fardeau excessif, disproportionné ou inutile à la société CTR. Je tiens aussi à ajouter que je comprends fort bien le commissaire lorsqu'il affirme que le défaut apparent de la société CTR de fournir une quelconque preuve du format dans lequel elle conserve ses documents fait en sorte qu'il est très difficile d'évaluer son argument selon lequel ses documents ne se prêtent pas facilement à une recherche électronique.

c) *Les renseignements concernant les plaintes*

[103] Selon la société CTR, trois dispositions (les articles I.4, II.7 et II.8) qui exigent la production de renseignements sur les plaintes sont excessives, inutilement onéreuses et dépourvues de pertinence. Elle fait en outre valoir que le commissaire n'a pas communiqué à la Cour les observations qu'elle lui avait transmises sur ce point.

[104] Je connaissais très bien le point de vue de la société CTR sur ce point. C'est ce qui m'a amené à interroger l'avocat du commissaire au sujet de ces dispositions lors de l'instruction de la demande. En réponse, l'avocat du commissaire a expliqué (en ce qui concerne l'article I.4 des dispositions) que les plaintes se présentent souvent sous la forme suivante :

[TRADUCTION]

[...] [Q]uelqu'un relate : « On m'a dit x, mais en réalité on me disait y. » Le « x » renvoie à l'indication telle qu'elle a été donnée. Le « y » exige qu'on se demande si cette indication « x » était en fait fautive ou trompeuse. Ces demandeurs ou clients ont-ils été trompés? Les plaintes nous permettront d'être renseignés, par exemple, sur la fréquence de ces indications, sur le nombre de personnes visées, [...] le lieu et la date où elles ont été données. Elles nous indiqueront le comment [...] l'effet des indications.

Transcription d'audience de la demande, à la page 51.

[105] Je conviens que, pour autant qu'elles puissent révéler si les consommateurs ont effectivement été induits en erreur en raison des indications, ces plaintes sont

whether, from an objective perspective, those misrepresentations may be found to have been false or misleading, as contemplated by paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act. Moreover, I do not consider the requirement to provide “all Records of and relating to complaints, including Records setting out Complaint handling procedures” to be overly broad or unnecessarily burdensome. Furthermore, the fact that some information about complaints may be available from other sources, such as the Canadian Anti-Fraud Centre, the Better Business Bureau or Google’s online reviews, does not preclude the Commissioner from requesting such information directly from CTR.

[106] With respect to specification II.7, which deals with the internal reporting of complaints within CTR, the Commissioner’s counsel stated that this information is relevant because:

... If a company makes representations and receives complaints, it’s relevant to, you know, whether the company makes — receives those complaints and makes adjustments to their representations in order to not mislead consumers. That would be a relevant fact to take into account in assessing the conduct.

Application Hearing Transcript, at page 86.

[107] Given this explanation, I agree that information regarding the internal reporting of complaints is also relevant to the Commissioner’s inquiry. In addition, I do not consider such information to be overbroad, unnecessarily burdensome or duplicative.

[108] Regarding specification II.8, which deals with actions taken in response to complaints, I agree with the Commissioner that this information is also relevant. In brief, knowing whether any changes were made to representations following the receipt of complaints, gaining insights into why changes may have been made to representations, and learning whether any further complaints were received after changes were made can have

utiles pour évaluer si, d’un point de vue objectif, ces indications peuvent être jugées fausses ou trompeuses, suivant l’alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.011(1) de la Loi. En outre, j’estime que l’obligation de fournir [TRANSDUCTION] « tous les documents concernant les plaintes, y compris ceux qui énoncent les procédures de traitement des plaintes » n’est pas excessive ou inutilement onéreuse. De plus, le fait qu’il est possible d’obtenir certains renseignements concernant les plaintes auprès d’autres sources — comme le Centre antifraude du Canada, le Bureau d’éthique commerciale ou les « avis » en ligne de Google — n’empêche pas le commissaire de solliciter ces renseignements directement auprès de la société CTR.

[106] Quant à l’article II.7, qui porte sur le signalement interne des plaintes au sein de la société CTR, l’avocat du commissaire a déclaré que ces renseignements sont utiles, pour les raisons suivantes :

[TRANSDUCTION]

[...] Le fait pour une entreprise de donner des indications et de recevoir des plaintes est pertinent pour [...] savoir si l’entreprise [...] reçoit ces plaintes et adapte ses indications de manière à ne pas tromper les consommateurs. Il s’agit d’un fait pertinent dont il faut tenir compte pour évaluer la conduite.

Transcription d’audience de la demande, à la page 86.

[107] Compte tenu de cette explication, je conviens que les renseignements concernant le signalement interne des plaintes sont également utiles pour l’enquête du commissaire. De plus, j’estime que ces renseignements n’ont pas une portée excessive ou inutilement onéreuse et qu’ils ne sont pas redondants.

[108] Pour ce qui est de l’article II.8, qui porte sur le suivi des plaintes, je suis d’accord avec le commissaire pour dire que ces renseignements sont également pertinents. En résumé, le fait de savoir si des modifications ont été apportées aux indications à la suite de la réception des plaintes, de comprendre pourquoi des modifications ont été apportées aux indications et de savoir si d’autres plaintes ont été reçues après les modifications peut avoir

an important bearing on the Commissioner's assessment of whether the representations were false or misleading. As with the other specifications discussed above, I do not consider specification II.8 to be overbroad, unnecessarily burdensome or duplicative.

(d) *Information about individuals at CTR*

[109] CTR submits that two specifications that require information about its managers and employees are irrelevant and unnecessarily burdensome.

[110] One of these specifications is II.13, which requires an organizational chart identifying each person involved in the marketing or provision of services that CTR promotes using online representations, including any collection steps in respect of such services. This specification also requires CTR to provide the person's full name, aliases (if any), title, roles and responsibilities, as well as direct and indirect reporting relationships.

[111] The Commissioner maintains that this specification is relevant because the information in question would help the Commissioner to understand the roles and seniority of persons identified in emails, correspondence and other records obtained in response to the disputed order, or through other sources during the inquiry. This, in turn, can have a bearing on the probative value of the record, because something that a senior executive may have said will likely be of greater significance than something said by a junior employee.

[112] I agree. Not having access to this information would inordinately complicate the Commissioner's inquiry and could make it very difficult to ascertain the probative value of particular records.

une incidence importante sur l'évaluation du commissaire quant à si les indications données étaient fausses ou trompeuses. Comme pour les autres dispositions examinées plus haut, j'estime que l'article II.8 n'est pas une disposition excessive ou inutilement onéreuse et qu'elle n'est pas redondante.

d) *Les renseignements au sujet du personnel de la société CTR*

[109] Selon la société CTR, les deux dispositions qui exigent la production de renseignements au sujet de ses dirigeants et de ses employés sont dépourvues de pertinence et sont inutilement onéreuses.

[110] L'une de ces dispositions est l'article II.13, lequel exige la production d'un organigramme identifiant chaque employé qui joue un rôle dans la commercialisation ou la fourniture de services dont la société CTR fait la promotion au moyen d'indications en ligne, y compris toute démarche de recouvrement applicable à ces services. Cette disposition enjoint également à la société CTR de fournir le nom complet de l'employé, ses pseudonymes (le cas échéant), son titre, ses rôles et responsabilités, ainsi que ses liens hiérarchiques directs et indirects.

[111] Le commissaire affirme que cette disposition est pertinente parce que les renseignements en question aideraient le commissaire à comprendre les rôles et le rang hiérarchique des personnes identifiées dans les courriels, la correspondance et les autres documents obtenus en réponse à l'ordonnance contestée ou par d'autres sources au cours de l'enquête. Ces renseignements peuvent, par la suite, avoir une incidence sur la valeur probante du document, car les propos d'un dirigeant auront probablement plus d'importance que ceux d'un employé subalterne.

[112] Je suis d'accord. Ne pas disposer de ces renseignements compliquerait de façon démesurée l'enquête du commissaire et pourrait rendre très difficile l'évaluation de la valeur probante de certains documents.



[113] The second specification in this category is II.5. Among other things, this specification would require CTR to identify the title and position of each individual within CTR who was or is involved in various tasks. It would also require CTR to explain the role and responsibilities of every such individual in CTR's internal decision-making process, including the period when the individual had the role or responsibilities in question.

[114] Given that the Commissioner will be receiving the information described in specification II.13 and discussed immediately above, I consider that specification II.5 would be excessive and unnecessarily burdensome.

#### (4) Conclusion

[115] For the reasons set forth in part VI.B.(1) above, I have concluded that the Commissioner did not fail to meet the elevated duty of full and frank disclosure that applies in *ex parte* proceedings under section 11 of the Act.

[116] I am sympathetic to CTR's concerns regarding the Commissioner's refusal to discuss, during the pre-issuance dialogue process, the relevance of some of the specifications in the disputed order. This is not consistent with the recommendations in the Gover Report. Had the Commissioner done so, CTR may not have felt so aggrieved by that process, and the spirit of collaboration discussed in the Gover Report may well have materialized, at least to a greater degree than occurred. In turn, this could have reduced the considerable time that CTR, the Commissioner and the Court have spent dealing with the disputed order. That time has far exceeded anything that I have ever seen.

[117] It is now more than five months since the first pre-application dialogue meeting took place. In the

[113] Le second article de cette catégorie de dispositions est l'article II.5. Entre autres choses, il exige que la société CTR révèle le titre et le poste de chaque employé qui accomplit, ou a accompli, certaines tâches précises. Il exige également que la société CTR explique le rôle et les responsabilités qui reviennent à chacun de ces employés dans le processus de prise de décision interne de la société, ainsi que la période pendant laquelle l'employé a assumé le rôle ou les responsabilités en question.

[114] Vu que le commissaire obtiendra les renseignements visés par l'article II.13 examiné plus haut, j'estime que l'article II.5 est une disposition excessive et inutilement onéreuse.

#### 4) Conclusion

[115] Pour les motifs exposés plus haut à la partie VI.B.(1), je conclus que le commissaire n'a pas manqué à l'obligation rigoureuse de divulgation complète et franche qui s'applique aux procédures *ex parte* visées à l'article 11 de la Loi.

[116] Je suis sensible aux préoccupations de la société CTR concernant le refus du commissaire de discuter de la pertinence de certaines des dispositions de l'ordonnance contestée au cours du processus de dialogue préalable à la demande de renseignements du commissaire. Ce refus n'est pas conforme aux recommandations contenues dans le rapport Gover. Si le commissaire s'était exécuté, la société CTR ne se serait peut-être pas sentie aussi lésée par ce processus, et l'esprit de collaboration dont il est question dans le rapport Gover aurait fort bien pu être à l'œuvre, dans une plus large mesure à tout le moins. En conséquence, ces discussions auraient pu permettre de réduire le nombre appréciable d'heures que la société CTR, le commissaire et la Cour ont dû investir pour donner suite à l'ordonnance contestée. Ces heures surpassent de loin tout ce que j'ai pu voir jusqu'à présent.

[117] La première rencontre tenue en vue du dialogue préalable à la demande a eu lieu il y a plus de cinq mois.

meantime, very little information has been provided by CTR to the Commissioner. This too is inconsistent with the recommendations in the Gover Report. Indeed, it is reasonable to infer that this has significantly impeded the Commissioner's ability to investigate whether CTR has made false and misleading representations in relation to the Covid Relief Benefits. It is high time that this changes, particularly given the pandemic has continued to evolve.

[118] The Commissioner is under no legal obligation to discuss with a respondent the relevance of one or more aspects of a draft order during the process of pre-application dialogue. Indeed, the Commissioner is under no obligation to engage in such a process at all: see paragraph 54 above. However, where the Commissioner fails to engage in meaningful pre-application dialogue, there may be increased scope for an order issued under section 11 of the Act to be set aside or varied in a subsequent motion under rule 397 or rule 399.

[119] CTR's remaining concerns regarding the process of pre-issuance dialogue and the *ex parte* nature of section 11 are matters for Parliament, not the Court.

[120] For the reasons set forth in part VI.B.(2) above, I have concluded that the information described in the specifications of the schedules to the disputed order is all relevant to the Commissioner's inquiry into whether CTR has made false or misleading representations, as contemplated by paragraph 74.01(1)(a) and subsection 74.011(1) of the Act.

[121] For the reasons set forth in part VI.B.(3) above, I have concluded that, with the limited exceptions described at paragraphs 95, 100 and 114 above, the information described in the specifications of the schedules to the disputed order is not excessive, disproportionate or unnecessarily burdensome.

Dans l'intervalle, la société CTR a fourni très peu de renseignements au commissaire. Cette inexécution n'est pas non plus conforme aux recommandations contenues dans le rapport Gover. Il est donc raisonnable d'inférer que cette situation a limité la capacité du commissaire à mener son enquête visant à vérifier si la société CTR a donné des indications fausses et trompeuses au sujet des prestations liées à la COVID. Il est grand temps que cette situation change, surtout compte tenu du fait que la pandémie n'a cessé d'évoluer.

[118] Le commissaire n'a aucune obligation légale de discuter avec un défendeur de la pertinence d'un ou de plusieurs éléments d'un projet d'ordonnance au cours du processus de dialogue préalable à la demande. Le commissaire n'est même aucunement tenu de s'engager dans un tel processus (voir le paragraphe 54 plus haut). Cependant, le fait pour le commissaire de ne pas entreprendre un véritable dialogue préalable accroît le risque que la Cour annule ou modifie l'ordonnance rendue en vertu de l'article 11 de la Loi dans le cadre d'une requête subséquemment présentée sur le fondement des règles 397 ou 399.

[119] C'est au législateur, et non à la Cour, qu'il appartient d'examiner les autres préoccupations de la société CTR concernant le processus de dialogue préalable à la demande de renseignements du commissaire et la nature *ex parte* de la demande visée à l'article 11.

[120] Pour les motifs que j'ai exposés plus haut à la partie VI.B.(2), je conclus que les renseignements précisés dans les dispositions des annexes de l'ordonnance contestée étaient tous pertinents pour l'enquête du commissaire visant à déterminer si la société CTR a donné des indications fausses ou trompeuses, suivant l'alinéa 74.01(1)a) et le paragraphe 74.011(1) de la Loi.

[121] Pour les motifs que j'ai exposés plus haut à la partie VI.B.(3), je conclus que, sous réserve des paragraphes 95, 100 et 114 des présents motifs, la portée des renseignements sollicités dans les dispositions des annexes de l'ordonnance contestée n'est pas excessive, disproportionnée ou inutilement onéreuse.

## VII. Costs

[122] Given that the Commissioner has largely prevailed on this motion, I consider it appropriate to award lump sum costs in his favour, in the amount of \$5,000.

[123] In reaching my conclusion on this issue, I have also considered the nature and complexity of the issues raised and the amount of work that appears to have been required by the parties in relation to the motion. Although I consider that CTR could well have streamlined its submissions on this motion, I have exercised my discretion to refrain from increasing the lump sum award in the Commissioner's favour to reflect this consideration.

### ORDER in T-999-21

THIS COURT ORDERS that:

1. This motion to set aside and vary certain provisions in this Court's order in the within proceeding, dated July 2, 2021 (the order), is dismissed, with the following exceptions:
  - a. Specification 1.d of Schedule I to the order is amended to read as follows: "Provide all Records that were prepared for or by one or more Senior Officers, relating to the expected, estimated or actual effects of Online Representations on consumer behaviour on Tax Reviews' Online Platforms."
  - b. The following sentence in specification 5 of Schedule II to the order is deleted: "As part of this response, identify the title and position of each individual within Tax Reviews who was or is involved in the above tasks, and explain his or her role and responsibilities in the decision-making process,

## VII. Les dépens

[122] Vu que le commissaire a largement obtenu gain de cause dans la présente requête, j'estime qu'il est approprié de lui adjuger les dépens sous la forme d'une somme globale de l'ordre de 5 000 \$.

[123] Pour en arriver à ma conclusion sur ce point, j'ai également tenu compte de la nature et de la complexité des questions en litige ainsi que de la charge de travail que les parties semblent avoir dû assumer relativement à la présente requête. Même si j'estime que la société CTR aurait pu abréger les observations qu'elle a présentées relativement à la présente requête, j'ai exercé mon pouvoir discrétionnaire de m'abstenir d'adjuger au commissaire une somme globale plus importante qui aurait reflété à cette considération.

### ORDONNANCE dans le dossier T-999-21

LA COUR ORDONNE :

1. La présente requête visant à annuler et à modifier certaines dispositions de l'ordonnance rendue le 2 juillet 2021 dans la présente instance [l'ordonnance], est rejetée, avec les exceptions suivantes :
  - a. L'alinéa 1.d des dispositions de l'annexe I de l'ordonnance est modifié comme suit : [TRADUCTION] « Fournir tous les documents qui ont été rédigés par les dirigeants ou pour leur compte se rapportant aux effets attendus, estimés ou réels des indications sur le comportement des consommateurs données par la société Canada Tax Review sur ses plateformes en ligne. »
  - b. La phrase suivante de l'article 5 des dispositions de l'annexe II de l'ordonnance est radiée : [TRADUCTION] « Dans la réponse, indiquer le titre et le poste de chaque employé de la société Canada Tax Reviews qui accomplit, ou a accompli, les tâches mentionnées ci-dessus, et expliquer son rôle et

- including the period when he or she had such role or responsibility.”
- c. Specification 12 of Schedule II to the order is deleted.
- d. Upon the consent of the parties, the following words are deleted from specification 6 of Schedule I to the order: “the following Clients: In responding to this Specification, the Respondent shall select.”
- e. Upon the consent of the parties, the words “within 75 calendar days of the service of this order”, as set forth in paragraph 14 of the order, are substituted by the words “before the close of business on October 8, 2021.”
2. Canada Tax Reviews Inc. shall pay to the Commissioner of Competition lump sum costs in the amount of \$5,000.
- ses responsabilités dans le processus décisionnel, en plus de préciser la période pendant laquelle il a assumait ce rôle ou ces responsabilités. »
- c. L’article 12 des dispositions de l’annexe II de l’ordonnance est radié.
- d. Avec le consentement des parties, la partie suivante de l’article 6 des dispositions de l’annexe I de l’ordonnance est radiée : [TRADUCTION] « aux clients suivants : dans sa réponse à la présente disposition, la défenderesse sélectionne ».
- e. Avec le consentement des parties, les mots [TRADUCTION] « dans les 75 jours civils suivant la signification de la présente ordonnance » qui figurent à l’article 14 de l’ordonnance, sont remplacés par les mots « avant la fermeture des bureaux le 8 octobre 2021 ».
2. Canada Tax Reviews Inc. paiera au commissaire de la concurrence les dépens adjugés sous la forme d’une somme globale de l’ordre de 5 000 \$.

### APPENDIX 1

[*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34]

#### Order for oral examination, production or written return

**11 (1)** If, on the *ex parte* application of the Commissioner or his or her authorized representative, a judge of a superior or county court is satisfied by information on oath or solemn affirmation that an inquiry is being made under section 10 and that a person has or is likely to have information that is relevant to the inquiry, the judge may order the person to

(a) attend as specified in the order and be examined on oath or solemn affirmation by the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner on any matter that is relevant to the inquiry before a person, in this section and sections 12 to 14 referred to as a “presiding officer”, designated in the order;

### ANNEXE 1

[*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34]

#### Ordonnance exigeant une déposition orale ou une déclaration écrite

**11 (1)** Sur demande *ex parte* du commissaire ou de son représentant autorisé, un juge d’une cour supérieure ou d’une cour de comté peut, lorsqu’il est convaincu d’après une dénonciation faite sous serment ou affirmation solennelle qu’une enquête est menée en application de l’article 10 et qu’une personne détient ou détient vraisemblablement des renseignements pertinents à l’enquête en question, ordonner à cette personne :

a) de comparaître, selon ce que prévoit l’ordonnance de sorte que, sous serment ou affirmation solennelle, elle puisse, concernant toute question pertinente à l’enquête, être interrogée par le commissaire ou son représentant autorisé devant une personne désignée dans l’ordonnance et qui, pour l’application

**(b)** produce to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner within a time and at a place specified in the order, a record, a copy of a record certified by affidavit to be a true copy, or any other thing, specified in the order; or

**(c)** make and deliver to the Commissioner or the authorized representative of the Commissioner, within a time specified in the order, a written return under oath or solemn affirmation showing in detail such information as is by the order required.

du présent article et des articles 12 à 14, est appelée « fonctionnaire d'instruction »;

**b)** de produire auprès du commissaire ou de son représentant autorisé, dans le délai et au lieu que prévoit l'ordonnance, les documents — originaux ou copies certifiées conformes par affidavit — ou les autres choses dont l'ordonnance fait mention;

**c)** de préparer et de donner au commissaire ou à son représentant autorisé, dans le délai que prévoit l'ordonnance, une déclaration écrite faite sous serment ou affirmation solennelle et énonçant en détail les renseignements exigés par l'ordonnance.

A-289-19  
2021 FCA 153

A-289-19  
2021 CAF 153

**TVA Group Inc. and Quebecor Media Inc. (Appellants)**

**Groupe TVA Inc. et Québecor Média Inc. (appelantes)**

v.

c.

**Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership  
and Bell Canada Enterprises (Respondents)**

**Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership et  
Bell Canada Entreprises (intimés)**

and

et

**Cogeco Communications Inc., Telus Communications  
Inc., Attorney General of Canada (Interveners)**

**Cogeco Communications Inc., Telus Communications  
Inc., Procureur général du Canada (intervenants)**

**INDEXED AS: TVA GROUP INC. v. BELL CANADA**

**RÉPERTORIÉ : GROUPE TVA INC. c. BELL CANADA**

Federal Court of Appeal, Boivin, de Montigny and Locke J.J.A.—By videoconference, May 18; Ottawa, July 28, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Boivin, de Montigny et Locke, J.C.A.—Par vidéoconférence, 18 mai; Ottawa, 28 juillet 2021.

*Broadcasting — Appeal from two decisions, mandatory order issued by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) — Impugned decisions following first game of National Hockey League playoffs, evening of April 10, 2019, when appellants withdrew TVA Sports channel signal from respondents' subscribers — Following day, respondents applied for temporary injunction; day after that, Quebec Superior Court ordered appellants to restore signal; appellants complied — CRTC concurrently intervened in dispute between appellants, respondents, rendering impugned decisions — CRTC first determined appellants, respondents engaged in dispute; later, decided standstill rule in Discretionary Services Regulations, s. 15(1), applying here — Then, CRTC determined appellants contravened Discretionary Services Regulations, s. 15 by withholding TVA Sports channel signal from distribution by respondents — In order attached to decision, issued under Broadcasting Act (Act), s. 12(2), CRTC required appellants to continue to offer programming service to respondents until dispute resolved — Impugned decisions made by CRTC while appellants, respondents in negotiating process aimed at renewing affiliation agreement binding on parties in respect of specialty services — On appeal, appellants alleging impugned decisions invalid because regulatory provisions under which they were made considered ultra vires powers conferred on CRTC under Act — Respondents, like appellants, asking Court to conclude impugned regulatory provisions ultra vires powers conferred by Act but to confirm CRTC's decisions — Main issue whether impugned regulatory provisions exceeding powers conferred on CRTC by Act; whether in conflict*

*Radiodiffusion — Appel interjeté à l'encontre de deux décisions et d'une ordonnance rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) — Les décisions contestées s'inscrivaient dans la foulée du premier match des séries éliminatoires de la Ligue nationale de hockey, le soir du 10 avril 2019, alors que les appelantes ont retiré le signal de la chaîne TVA Sports aux abonnés des intimés (Bell) — Le lendemain les intimés ont déposé une injonction provisoire et le surlendemain la Cour supérieure du Québec a ordonné aux appelantes de rétablir le signal et celles-ci se sont conformés à l'ordonnance de la Cour supérieure — En parallèle, le CRTC est intervenu dans le litige opposant les appelantes et intimés en rendant les décisions contestées — Le CRTC a déterminé d'abord que les appelantes et intimés étaient engagés dans un différend; plus tard, il a décidé que la règle du statu quo prévue à l'art. 15(1) du Règlement sur les services facultatifs s'appliquait en l'espèce — Par après, le CRTC a déterminé que les appelantes ont contrevenu à l'art. 15 du Règlement sur les services facultatifs en retenant leur signal de la chaîne TVA Sports pour distribution par les intimés — Dans son ordonnance jointe à cette décision et rendue aux termes de l'art. 12(2) de la Loi sur la radiodiffusion (la Loi), le CRTC a exigé que les appelantes continuent d'offrir leur service de programmation aux intimés jusqu'à ce que le différend soit réglé — Les décisions contestées ont été rendues par le CRTC alors que les appelantes et intimés étaient dans un processus de négociations qui visaient à renouveler une entente d'affiliation qui liait les parties relativement à des services spécialisés — Dans le*



with Copyright Act, ss. 3(1)(f), 13(4) — Parliament entrusted CRTC with regulating, monitoring Canadian broadcasting system (Act, ss. 3, 5); to do so, Act giving CRTC broad powers — Broad powers include enacting regulations set out in Act, s. 10, i.e. impugned regulatory provisions herein — Impugned regulatory provisions establishing dispute settlement mechanism, requiring programming and distribution undertakings to continue providing respective services until agreement reached or CRTC renders decision — Pending resolution of conflict, standstill rule at heart of case aimed at ensuring existing services maintained by undertakings — Analysis of whether CRTC has power to adopt impugned regulatory provisions done particularly in light of Act, s. 10 — Act, s. 10(1)(h), clearly stating Parliament granted CRTC power to make regulations in order to intervene in disputes arising between programming undertakings, distribution undertakings concerning carriage of programming — At first sight, wording of Act, s. 10(1)(h) granting CRTC jurisdiction to adopt impugned regulatory provisions, standstill rule — Parliament, through Act, s. 10(1)(h), intended to give CRTC power to intervene through regulations in specific aspect of economic relationships between programming undertakings and distribution undertakings — Follows that impugned regulatory provisions are *intra vires* CRTC's powers, fall within regulatory power given to CRTC by Parliament in Act s. 10(1)(h) — Regarding impact of standstill rule on parties' contractual relationship, evidence in record demonstrating appellants not actually terminating agreement in question with respondents — Purpose of standstill rule to prevent programming undertaking bound by affiliation agreement from withholding signal in context of negotiations in which such dispute arises, or from simply abandoning service — Rule allowing CRTC in particular to maintain affiliation agreement in question as it existed before dispute — Regarding whether impugned provisions conflicted with Copyright Act, ss. 3(1)(f), 13(4), CRTC not actually hearing argument relating to Copyright Act, which explained why CRTC did not render decision on that issue — Yet, respondents, appellants requesting that issue be addressed now despite CRTC's silence thereon in decision — Passing reference to copyright in appellants' submissions to CRTC not sufficient to warrant review, analysis of issue — Appeal dismissed.

cadre du présent appel, les appelantes ont allégué que les décisions contestées étaient invalides au motif que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elles ont été rendues étaient *ultra vires* des pouvoirs qui ont été conférés au CRTC en vertu de la Loi — Quant aux intimées, ils demandaient, à l'instar des appelantes, de conclure que les dispositions réglementaires contestées étaient *ultra vires* des pouvoirs conférés par la Loi mais de confirmer les décisions de la CRTC — Il s'agissait principalement de savoir si les dispositions réglementaires contestées outrepassaient les pouvoirs conférés au CRTC par la Loi et si elles entraient en conflit avec les art. 3(1)(f) et 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur — Le législateur fédéral a confié au CRTC la mission de réglementer et de surveiller le système canadien de radiodiffusion (art. 3 et 5 de la Loi) et, pour ce faire, la Loi confie à la CRTC de vastes pouvoirs — Parmi ces vastes pouvoirs, on relève celui d'adopter des règlements énoncés à l'art. 10 de la Loi, en l'occurrence, les dispositions réglementaires contestées en l'espèce — Lesdites dispositions réglementaires contestées édictent un mécanisme de règlement des différends et exigent des entreprises de programmation et de distribution de continuer à fournir leurs services respectifs jusqu'à ce qu'elles parviennent à un accord ou, le cas échéant, que le CRTC rende une décision — Ainsi, dans l'attente d'une résolution du conflit, cette règle, dite du *statu quo*, et qui était au cœur du présent litige, vise à assurer le maintien des services existants par les entreprises — L'analyse consistant à savoir si le CRTC détient le pouvoir d'adopter les dispositions réglementaires contestées devait se faire plus particulièrement à la lumière de l'art. 10 de la Loi — À sa face même, l'art. 10(1)(h) de la Loi indique clairement que le législateur a octroyé au CRTC le pouvoir d'établir des règlements afin d'intervenir dans un différend concernant la fourniture de programmation entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution — A priori donc, le libellé de l'art. 10(1)(h) de la Loi confère au CRTC la compétence pour adopter les dispositions réglementaires contestées, et à plus forte raison, la règle du *statu quo* — Le législateur, aux termes de l'art. 10(1)(h) de la Loi, a voulu donner au CRTC le pouvoir d'intervenir par voie réglementaire dans un aspect précis des rapports économiques entre les entreprises de programmation et les entreprises de distribution — Il s'ensuivait que les dispositions réglementaires contestées sont *intra vires* des pouvoirs du CRTC et s'inscrivent dans le pouvoir de réglementation dévolu à ce dernier par le législateur à l'art. 10(1)(h) de la Loi — En ce qui concerne l'impact de la règle du *statu quo* sur la relation contractuelle des parties, la preuve au dossier a démontré que dans les faits, les appelantes n'avaient pas mis fin à l'entente en question avec les intimées — La règle du *statu quo* a pour objet d'empêcher qu'une entreprise de programmation liée à une entente d'affiliation retire son signal dans un contexte de négociations dans lequel survient un différend, ou qu'elle abandonne tout simplement le service — Cette règle permet au CRTC en particulier de maintenir le *statu quo* de l'entente d'affiliation en question tel qu'elle existait avant

This was an appeal from two decisions and one mandatory order issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), specifically, a first decision dated April 10, 2019, communicated by letter; a second decision dated April 18, 2019 (CRTC 2019-109); and a mandatory order appended to decision CRTC 2019-109 (CRTC 2019-110). The decisions and the mandatory order in question were referred to as the “impugned decisions”. The impugned decisions were made following the first game of the National Hockey League playoffs on the evening of April 10, 2019, when the appellants withdrew the signal of the TVA Sports channel from the respondents’ (Bell) subscribers. The following day, Bell applied for a temporary injunction, and the day after that, on April 12, 2019, from the bench, the Quebec Superior Court ordered the appellants to restore the signal. The appellants complied with the Superior Court’s order. The CRTC concurrently intervened in the dispute between the appellants and the respondents, rendering the impugned decisions. The CRTC first determined that the appellants and the respondents were engaged in a dispute. The CRTC confirmed this finding in a letter dated April 10, 2019, and decided that the standstill rule set out in subsection 15(1) of the *Discretionary Services Regulations*, applied in this case. On April 18, 2019, the CRTC found that the appellants contravened section 15 of the *Discretionary Services Regulations* by withholding its signal of the TVA Sports channel from distribution by the respondents. In the mandatory order appended to its decision, which was issued pursuant to subsection 12(2) of the *Broadcasting Act*, (the Act), the CRTC ordered the appellants to continue providing its programming service to the respondents until the dispute was resolved. The impugned decisions were made while the appellants and the respondents were engaged in a negotiation process. The purpose of the negotiations was to renew an affiliation agreement dated November 21, 2011, that bound the parties in respect of specialty services. More specifically, the dispute between the parties concerned the terms of carriage and of distribution of the signal of the TVA Sports channel, including the tariff for the royalties payable by the respondents for this channel. In this appeal, the appellants were alleging that the impugned decisions were invalid on the ground that the regulatory provisions under which they were made were *ultra vires* the powers conferred on the

*le différend — En ce qui concerne la question de savoir si les dispositions contestées entraînent en conflit avec les art. 3(1)(f) et 13(4) de la Loi sur le droit d’auteur, le CRTC n’a pas été véritablement saisi de l’argumentaire relatif à la Loi sur le droit d’auteur, ce qui expliquait pourquoi il ne s’est pas prononcé à cet égard — Pourtant, les intimées et appelantes demandaient qu’on se penche maintenant sur cette question malgré le silence du CRTC dans sa décision — Or, la référence en question limitée au droit d’auteur contenue dans les prétentions des appelantes devant le CRTC ne justifiait pas à elle seule que cette question soit abordée et analysée — Appel rejeté.*

Il s’agissait d’un appel interjeté à l’encontre de deux décisions et d’une ordonnance rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC), à savoir : une première décision communiquée par voie de lettre datée du 10 avril 2019; une seconde décision rendue le 18 avril 2019 (CRTC 2019-109); et une ordonnance (CRTC 2019-110) annexée à la décision CRTC 2019-109. Les deux décisions et l’ordonnance en cause ont été désignées comme étant les « décisions contestées ». Les décisions contestées s’inscrivaient dans la foulée du premier match des séries éliminatoires de la Ligue nationale de hockey, le soir du 10 avril 2019, alors que les appelantes ont retiré le signal de la chaîne TVA Sports aux abonnés des intimées (Bell). Le lendemain les intimées ont déposé une injonction provisoire et le surlendemain, c’est-à-dire le 12 avril 2019, la Cour supérieure du Québec a ordonné séance tenante aux appelantes de rétablir le signal. Les appelantes se sont conformées à l’ordonnance de la Cour supérieure. En parallèle, le CRTC est intervenu dans le litige opposant les appelantes et les intimées en rendant les décisions contestées. Le CRTC a déterminé d’abord que les appelantes et les intimées étaient engagées dans un différend. Le 10 avril 2019, le CRTC a confirmé ce constat par lettre et a décidé que la règle du statu quo prévue au paragraphe 15(1) du *Règlement sur les services facultatifs* s’appliquait en l’espèce. Par la suite, le 18 avril 2019, le CRTC a déterminé que les appelantes ont contrevenu à l’article 15 du *Règlement sur les services facultatifs* en retenant leur signal de la chaîne TVA Sports pour distribution par les intimées. Dans son ordonnance jointe à cette décision et rendue aux termes du paragraphe 12(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* (la Loi), le CRTC a exigé que les appelantes continuent d’offrir leur service de programmation aux intimées jusqu’à ce que le différend soit réglé. Les décisions contestées ont été rendues par le CRTC alors que les appelantes et les intimées étaient dans un processus de négociations. Ces négociations visaient à renouveler une entente d’affiliation datée du 21 novembre 2011 qui liait les parties relativement à des services spécialisés. Plus particulièrement, le différend opposant les parties concernait les modalités de fourniture et de distribution du signal de la chaîne TVA Sports, y compris le tarif des redevances payable par les intimées pour ladite chaîne. Dans le cadre du présent appel, les appelantes ont allégué que les décisions contestées étaient

CRTC under the Act. Remarkably, the respondents, like the appellants, were also asking the Court to conclude that the impugned regulatory provisions were *ultra vires* the powers conferred by the Act. The only difference in the respondents' position was that they were asking the Court to nevertheless confirm the validity of the CRTC decisions at issue.

The issues were whether the impugned regulatory provisions are *ultra vires* the powers conferred on the CRTC by the Act and whether the impugned regulatory provisions conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*.

*Held*, the appeal should be dismissed.

Parliament conferred on the CRTC the mission of regulating and supervising the Canadian broadcasting system (section 3 and section 5 of the Act), and the Act gives it broad powers to do so. Among the broad powers conferred on the CRTC is the authority to make enact regulations under section 10 of the Act, in this case the impugned regulatory provisions. The impugned regulatory provisions set out a dispute resolution mechanism and require programming and distribution undertakings to continue to provide their respective services until an agreement settling their dispute is reached or, where applicable, the CRTC renders a decision. Pending resolution of the conflict, this rule, which is at the heart of the dispute and is known as the standstill rule, therefore intends to ensure that undertakings maintain their existing services. Sections 3 and 5 of the Act are not attributive of jurisdiction and are not sufficient in and of themselves to justify the validity of the impugned regulatory provisions. Without disregarding the objectives listed in section 3 and section 5 of the Act, the Court had to analyze the issue of whether the CRTC has the jurisdiction to adopt the impugned regulatory provisions, particularly in light of section 10 of the Act, which grants the CRTC its delegated authority to make regulations. At issue, more specifically, was the CRTC's regulatory authority under paragraph 10(1)(h) in the event of a dispute arising between a programming undertaking—in this case the appellants—and a distribution undertaking—in this case the respondents—concerning the carriage of programming. On its face, paragraph 10(1)(h) of the Act clearly indicates that Parliament granted the CRTC the authority to make regulations in order to be able to intervene in disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming. Therefore, at first sight, the wording of paragraph 10(1)(h) of the Act grants the CRTC the jurisdiction to adopt the impugned regulatory provisions and, more importantly, the standstill rule. The Act has a broad purpose, and it is clear from some of the provisions of the Act that the objectives established by Parliament include not only the cultural aspects of broadcasting

invalides au motif que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elles ont été rendues étaient *ultra vires* des pouvoirs qui ont été conférés au CRTC en vertu de la Loi. Quant aux intimées, ils demandaient, à l'instar des appelantes, de conclure que les dispositions réglementaires contestées étaient *ultra vires* des pouvoirs conférés par la Loi. La position des intimées ne différait de celle des appelantes qu'en ce que les intimées demandaient à la Cour de néanmoins confirmer la validité des décisions du CRTC en cause.

Il s'agissait principalement de savoir si les dispositions réglementaires contestées outrepassaient les pouvoirs conférés au CRTC par la Loi et si elles entraient en conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Le législateur fédéral a confié au CRTC la mission de réglementer et de surveiller le système canadien de radiodiffusion (articles 3 et 5 de la Loi) et, pour ce faire, la Loi lui confie de vastes pouvoirs. Parmi ces vastes pouvoirs confiés au CRTC, on relève celui d'adopter des règlements énoncés à l'article 10 de la Loi, en l'occurrence, les dispositions réglementaires contestées en l'espèce. Lesdites dispositions réglementaires contestées édictent un mécanisme de règlement des différends et exigent des entreprises de programmation et de distribution de continuer à fournir leurs services respectifs jusqu'à ce qu'elles parviennent à un accord ou, le cas échéant, que le CRTC rende une décision. Ainsi, dans l'attente d'une résolution du conflit, cette règle, dite du statu quo, et qui était au cœur du présent litige, vise à assurer le maintien des services existants par les entreprises. Les articles 3 et 5 de la Loi ne sont pas attributifs de compétence et ne sauraient justifier à eux seuls la validité des dispositions réglementaires contestées. Sans pour autant ignorer les objectifs énumérés aux articles 3 et 5 de la Loi, l'analyse consistant à savoir si le CRTC détient le pouvoir d'adopter les dispositions réglementaires contestées devait se faire plus particulièrement à la lumière de l'article 10 de la Loi qui confère au CRTC son pouvoir délégué d'adopter des règlements. Il s'agit plus précisément du pouvoir réglementaire du CRTC aux termes de l'alinéa 10(1)h) en cas de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre une entreprise de programmation, en l'espèce les appelantes, et une entreprise de distribution, en l'espèce les intimées. À sa face même, l'alinéa 10(1)h) de la Loi indique clairement que le législateur a octroyé au CRTC le pouvoir d'établir des règlements afin d'intervenir dans un différend concernant la fourniture de programmation entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution. A priori donc, le libellé de l'alinéa 10(1)h) de la Loi confère au CRTC la compétence pour adopter les dispositions réglementaires contestées, et à plus forte raison, la règle du statu quo. L'objet de la Loi est vaste et à la lumière de certaines dispositions de cette loi, il ressort également que les objectifs fixés par

but also the economic aspects. An overview of the legislative history revealed that Parliament's intent was to give very broad powers to the CRTC in support of its broadcasting mission, especially with respect to the settlement of disputes in light of the growing challenge posed by the advent of the distribution undertaking as the gatekeeper of programming. Parliament intended, through paragraph 10(1)(h) of the Act, to give the CRTC the power to intervene through regulations in a specific aspect of the economic relationships between programming undertakings and distribution undertakings, more specifically that of adjudicating their disputes regarding the carriage of programming. It followed that the regulatory provisions contested by the appellants and the respondents are *intra vires* CRTC's powers and fall within the regulatory power given to the CRTC by Parliament in paragraph 10(1)(h) of the Act.

Regarding the impact of the standstill rule on the parties' contractual relationship, the appellants argued that by rendering the impugned decisions and by applying the standstill rule, the CRTC forced it to continue in its contractual relationship with the respondents despite the fact that its intent had been to terminate the affiliation agreement. The evidence in the record demonstrated that the appellants did not actually terminate the agreement in question with the respondents. It followed that the appellants' claims that it intended to terminate the affiliation agreement could not be accepted. If the appellants no longer wished to be bound by the affiliation agreement, they were free to terminate it in accordance with the terms of the agreement. Because it did not do so, the affiliation agreement remained in effect, and the appellants nevertheless withheld their signal on April 10, 2019. The very purpose of the standstill rule is to prevent a programming undertaking bound by an affiliation agreement from withholding its signal in the context of negotiations in which a dispute arises—or to prevent a programming undertaking from simply abandoning the service. This rule allows the CRTC, as part of the mission given to it by Parliament, (i) to maintain the affiliation agreement in question as it existed before the dispute arose, (ii) to maintain a level playing field throughout a negotiation process, and (iii) to ensure that Canadian consumers are not deprived of services during such disputes. It is only by preserving the status quo with respect to programming and by neutralizing the possibility of an arbitrary withdrawal of service that the CRTC can act to protect the public interest. Finally, the standstill rule is not permanent in nature, as the appellants submitted, because a party may directly ask the CRTC to lift the standstill rule if the dispute at issue is resolved or, in the absence of an agreement, the CRTC may render a decision concerning any unresolved matter (*Discretionary Services Regulations*, subsection 15(2)).

le législateur visent non seulement les aspects culturels de la radiodiffusion mais aussi ses aspects économiques. Un survol de l'historique législatif a démontré que l'intention du législateur était d'octroyer des pouvoirs très étendus au CRTC au soutien de sa mission en matière de radiodiffusion, notamment en ce qui concerne le règlement des différends au vu du défi grandissant posé par l'avènement de l'entreprise de distribution comme contrôleur de l'accès à la programmation. Le législateur, aux termes de l'alinéa 10(1)(h) de la Loi, a voulu donner au CRTC le pouvoir d'intervenir par voie réglementaire dans un aspect précis des rapports économiques entre les entreprises de programmation et les entreprises de distribution, plus particulièrement celui d'arbitrer leurs différends concernant la fourniture de la programmation. Il s'ensuivait que les dispositions réglementaires contestées par les appelantes et par les intimées sont *intra vires* des pouvoirs du CRTC et s'inscrivent dans le pouvoir de réglementation dévolu à ce dernier par le législateur à l'alinéa 10(1)(h) de la Loi.

En ce qui concerne l'impact de la règle du statu quo sur la relation contractuelle des parties, les appelantes ont fait valoir qu'en adoptant les décisions contestées et en imposant le statu quo, le CRTC a forcé le maintien de leur relation contractuelle avec les intimées alors que leur intention était de mettre fin à l'entente d'affiliation. Or la preuve au dossier a démontré que dans les faits, les appelantes n'avaient pas mis fin à l'entente en question avec les intimées. Il s'ensuivait que les prétentions des appelantes à l'effet que leur intention était de mettre fin à l'entente d'affiliation ne pouvaient être retenues. Dans l'éventualité où les appelantes ne souhaitaient plus être liée par l'entente d'affiliation, elle était libre d'y mettre fin en conformité toutefois avec les termes de celle-ci. Ne l'ayant pas fait, l'entente d'affiliation demeurait en vigueur et les appelantes ont malgré tout retiré leur signal le 10 avril 2019. Or, la règle du statu quo a justement pour objet d'empêcher qu'une entreprise de programmation liée à une entente d'affiliation retire son signal dans un contexte de négociations dans lequel survient un différend — ou qu'une entreprise de programmation abandonne tout simplement le service. Cette règle permet au CRTC, dans le cadre de la mission qui lui a été confiée par le législateur (i) de maintenir le statu quo de l'entente d'affiliation en question tel qu'elle existait avant le différend; (ii) de préserver l'équilibre des forces en présence au cours d'un processus de négociation et, (iii) d'assurer que les consommateurs canadiens ne soient pas privés de services pendant de tels litiges. En effet, ce n'est qu'en préservant le statu quo eu égard à la programmation et en neutralisant la possibilité d'un retrait arbitraire du service que le CRTC peut agir pour protéger l'intérêt public. Finalement, la règle du statu quo n'a pas davantage un caractère permanent, comme le prétendait les appelantes, car une partie peut demander directement au CRTC que le statu quo soit levé si le différend en cause est résolu ou, à défaut d'une entente, le CRTC peut prendre une décision en ce sens (*Règlement sur les services facultatifs*, paragraphe 15(2)).

As to whether the impugned regulatory provisions conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*, before the CRTC, neither the respondents nor the appellants raised the argument that the impugned provisions conflict with the *Copyright Act*. However, before the Court, that argument was nevertheless raised and fully developed despite the fact that the only reference to the copyright issue in connection with the standstill rule could be found in the appellants' written submissions to the CRTC, which were very limited. The CRTC did not actually have before it the arguments relating to the *Copyright Act*, which explains why it did not reach a decision on this issue. However, the respondents and the appellants were asking the Court to do so despite the CRTC's silence on this point in its decision. However, the mere passing reference to copyright in the appellants' submissions before the CRTC was not sufficient to warrant a review and analysis of the issue. It would have been inappropriate to deal with this issue in the circumstances.

Quant à la question à savoir si les dispositions contestées entraient en conflit avec l'alinéa 3(1)(f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, devant le CRTC, ni les intimées ni les appelantes n'ont mis de l'avant l'argument de l'incompatibilité des dispositions contestées avec cette Loi. Or dans la présente instance, cet argument était néanmoins soulevé et amplement développé même si l'unique référence à la question du droit d'auteur en lien avec la règle du statu quo qui était contenue dans les soumissions écrites des appelantes devant le CRTC était très limitée. Le CRTC n'a pas été véritablement saisi de l'argumentaire relatif à la *Loi sur le droit d'auteur*, ce qui expliquait pourquoi il ne s'est pas prononcé à cet égard. Pourtant, les intimées et les appelantes demandaient qu'on se penche maintenant sur cette question malgré le silence du CRTC dans sa décision. Or, la référence en question limitée au droit d'auteur contenue dans les prétentions des appelantes devant le CRTC ne justifiait pas à elle seule que cette question soit abordée et analysée. En fait, il aurait été inopportun dans les circonstances d'en traiter.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, ss. 3, 5, 9, 10, 12(2), 13, 31(2), 32.  
*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, s. 12(1).  
*Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42, ss. 3(1)(f), 13(4), 21, 31.  
*Discretionary Services Regulations*, SOR/2017-159, ss. 14(1), 15.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27.

##### CONSIDERED:

*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845; *Bell Canada v. 7265921 Canada Ltd.*, 2018 FCA 174, [2019] 2 F.C.R. 414.

##### REFERRED TO:

*Bell Canada v. Quebecor Inc.*, 2019 QCCS 1366; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 217;

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, art. 3, 5, 9, 10, 12(2), 13, 31(2), 32.  
*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 3(1)(f), 13(4), 21, 31.  
*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, art. 12(1).  
*Règlement sur les services facultatifs*, DORS/2017-159, art. 14(1), 15.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845; *Bell Canada c. 7265921 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174, [2019] 2 R.C.F. 414.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Bell Canada c. Quebecor inc.*, 2019 QCCS 1366; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 217;



*Taman v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 1, [2017] 3 F.C.R. 520.

*Taman c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 1, [2017] 3 R.C.F. 520.

## AUTHORS CITED

- Canada. Parliament. *House of Commons Debates*, 34th Parl., 2nd Sess., Vol. 4 (November 3, 1989) (Hon. Marcel Massé).
- Canada. Department of Communications. *The Broadcasting Act 1988: A Clause-by-Clause Analysis of Bill C-136* (Ottawa, August 1988).
- Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-136*, 33rd Parl., 2nd Sess., issue No. 1 (August 10, 1988).
- Canada. Parliament. House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-136*, 33rd Parl., 2nd Sess., issue No. 4 (August 17, 1988).
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Communications and Culture. *Government Response to the Fifteenth Report of the Standing Committee on Communications and Culture: A Broadcasting Policy for Canada* (June 1988) (Chair: John Gormley).
- Canadian Radiotelevision and Telecommunications Commission. “Broadcasting Commission Letter addressed to Peggy Tabet (Quebecor Media Inc.) and Rob Malcolmson (Bell Canada Enterprises)”, April 10, 2019.
- Department of Communications. *Canadian Voices, Canadian Choices: A New Broadcasting Policy for Canada*, 1988.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from two decisions and one mandatory order (*TVA Group Inc.— Non-compliance* (April 18, 2019), Broadcasting Decision CRTC 2019-109; *Appendix to Broadcasting Decision CRTC 2019-109*, Broadcasting Order CRTC 2019-110) issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, which determined in particular that the appellants contravened section 15 of the *Discretionary Services Regulations* by withholding their TVA Sports channel signal from distribution by the respondents. Appeal dismissed.

## DOCTRINE CITÉE

- Canada. Parlement. *Débats de la Chambre des communes*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., vol. 4 (3 novembre 1989) (L’hon. Marcel Massé).
- Canada. Department of Communications. *The Broadcasting Act 1988 : A Clause-by-Clause Analysis of Bill C-136* (Ottawa, août 1988).
- Canada. Parlement. Chambre des Communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-136*, 33<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 1 (10 août 1988).
- Canada. Parlement. Chambre des Communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-136*, 33<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., fascicule n<sup>o</sup> 4 (17 août 1988).
- Canada. Parlement. Chambre des Communes. Comité permanent des communications et de la culture. *Government Response to the Fifteenth Report of the Standing Committee on Communications and Culture : A Broadcasting Policy for Canada* (juin 1988) (président : John Gormley).
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. « Lettre du Conseil adressée à Peggy Tabet (Québecor Média inc.) et Rob Malcolmson (Bell Canada Enterprises) », 10 avril 2019.
- Ministère des Communications. *Des voix canadiennes pour un choix véritable : Une nouvelle politique de la radiodiffusion pour le Canada*, 1988.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL de deux décisions et d’une ordonnance (*Groupe TVA inc. – Non-conformité* (18 avril 2019), décision de radiodiffusion CRTC 2019-109; *Annexe à la décision de radiodiffusion CRTC 2019-109*, ordonnance de radiodiffusion CRTC 2019-110) rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes qui a déterminé en particulier que les appelantes ont contrevenu à l’article 15 du *Règlement sur les services facultatifs* en retenant leur signal de la chaîne TVA Sports pour distribution par les intimées. Appel rejeté.



## APPEARANCES:

*Richard Vachon, Neil Peden, Marie-Pier Cloutier, Adam Jeffrey Beauregard and Catherine Mathieu* for appellants.

*Steven G. Mason, Brandon Kain, Charlotte-Anne Malischewski and Kendra Levasseur* for respondents.

*Éric Mongeau, Patrick Girard, Alexa Teofilovic and Vincent Lanctôt-Fortier* for intervener Cogeco Communications Inc.

*Michael Ryan and Christopher Rootham* for intervener TELUS Communications Inc.

*Nadine Dupuis and Virginie Harvey* for intervener Attorney General of Canada.

## SOLICITORS OF RECORD

*Woods LLP*, Montréal, for appellants.

*McCarthy Tétrault, LLP*, Toronto, for respondents.

*Stikeman Elliott LLP*, Montréal, for intervener Cogeco Communications Inc.

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for intervener TELUS Communications Inc.

*Deputy Attorney General of Canada* for intervener Attorney General of Canada.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

BOIVIN J.A.:

## I. INTRODUCTION

[1] TVA Group Inc. and Quebecor Media Inc. (TVA), the appellants, are appealing two decisions and one mandatory order issued by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the CRTC), specifically, a first decision dated April 10, 2019, communicated by letter, a second decision dated April 18, 2019 ([*TVA Group Inc. — Non-compliance*, Broadcasting decision] CRTC 2019-109), and a mandatory order appended to decision CRTC 2019-109 ([*Appendix to Broadcasting Decision CRTC 2019-109*, Broadcasting Mandatory Order] CRTC 2019-110). For the purposes of

## ONT COMPARU :

*Richard Vachon, Neil Peden, Marie-Pier Cloutier, Adam Jeffrey Beauregard et Catherine Mathieu* pour les appelantes.

*Steven G. Mason, Brandon Kain, Charlotte-Anne Malischewski et Kendra Levasseur* pour les intimées.

*Éric Mongeau, Patrick Girard, Alexa Teofilovic et Vincent Lanctôt-Fortier* pour l'intervenante Cogeco Communications Inc.

*Michael Ryan et Christopher Rootham* pour l'intervenante TELUS Communications Inc.

*Nadine Dupuis et Virginie Harvey* pour l'intervenant le procureur général du Canada.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Woods s.e.n.c.r.l.*, Montréal, pour les appelantes.  
*McCarthy Tétrault, S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour les intimées.

*Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour l'intervenante Cogeco Communications Inc.

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, pour l'intervenante TELUS Communications Inc.

*La sous-procureure générale du Canada* pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LE JUGE BOIVIN, J.C.A. :

## I. INTRODUCTION

[1] Les appelantes, Groupe TVA inc. et Québecor Média inc. (TVA), interjettent appel de deux décisions et d'une ordonnance rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC), à savoir : une première décision communiquée par voie de lettre datée du 10 avril 2019; une seconde décision rendue le 18 avril 2019 ([*Groupe TVA inc. — Non-conformité*, Décision de radiodiffusion] CRTC 2019-109); et une ordonnance annexée à la décision CRTC 2019-109 ([*Annexe à la décision de radiodiffusion CRTC 2019-109*, Ordonnance de radiodiffusion]

this appeal, the two decisions and the mandatory order in question will be referred to as the “impugned decisions”.

[2] The impugned decisions were made following the first game of the National Hockey League playoffs on the evening of April 10, 2019, when TVA withdrew the signal of the TVA Sports channel from subscribers of Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership and Bell Canada Enterprises (Bell), the respondents. The following day, Bell applied for a temporary injunction, and the day after that, on April 12, 2019, from the bench, the Quebec Superior Court ordered TVA to restore the signal (*Bell Canada c. Québecor inc.*, 2019 QCCS 1366). TVA complied with the Superior Court’s order.

[3] The CRTC concurrently intervened in the dispute between TVA and Bell, rendering the impugned decisions. The CRTC first determined that TVA and Bell were engaged in a dispute. The CRTC confirmed this finding in a letter dated April 10, 2019, and decided that the standstill rule set out in subsection 15(1) of the *Discretionary Services Regulations*, SOR/2017-159, applied in the case.

[4] On April 18, 2019, the CRTC found that TVA had contravened section 15 of the *Discretionary Services Regulations* by withholding its signal of the TVA Sports channel from distribution by Bell. In the mandatory order appended to its decision, which was issued pursuant to subsection 12(2) of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11 (the Act), the CRTC ordered TVA to continue providing its programming service to Bell until the dispute was resolved. The CRTC also ordered the suspension of TVA’s broadcasting licence if TVA again withheld its signal during the dispute.

[5] The impugned decisions were made while TVA and Bell were engaged in a negotiation process. The purpose of the negotiations was to renew an affiliation agreement dated November 21, 2011, that bound the parties in respect of specialty services. More specifically, the dispute between TVA and Bell concerned the terms

CRTC 2019-110). Pour les fins du présent appel, les deux décisions et l’ordonnance en cause seront désignées comme étant les « décisions contestées ».

[2] Les décisions contestées s’inscrivent dans la foulée du premier match des séries éliminatoires de la Ligue nationale de hockey, le soir du 10 avril 2019, alors que TVA retire le signal de la chaîne TVA Sports aux abonnés des intimées, Bell Canada, Bell ExpressVu Limited Partnership et Bell Canada Enterprises (Bell). Le lendemain Bell dépose une injonction provisoire et le surlendemain, c’est-à-dire le 12 avril 2019, la Cour supérieure du Québec ordonne séance tenante à TVA de rétablir le signal (*Bell Canada c. Québecor inc.*, 2019 QCCS 1366). TVA se conforme à l’ordonnance de la Cour supérieure.

[3] En parallèle, le CRTC intervient dans le litige opposant TVA et Bell en rendant les décisions contestées. Le CRTC détermine d’abord que TVA et Bell étaient engagées dans un différend. Le 10 avril 2019, le CRTC confirme ce constat par lettre et décide que la règle du statu quo prévue au paragraphe 15(1) du *Règlement sur les services facultatifs*, DORS/2017-159 s’applique en l’espèce.

[4] Par la suite, le 18 avril 2019, le CRTC détermine que TVA a contrevenu à l’article 15 du *Règlement sur les services facultatifs* en retenant son signal de la chaîne TVA Sports pour distribution par Bell. Dans son ordonnance jointe à cette décision et rendue aux termes du paragraphe 12(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11 (la Loi), le CRTC exige que TVA continue d’offrir son service de programmation à Bell jusqu’à ce que le différend soit réglé. Le CRTC ordonne aussi la suspension de la licence de radiodiffusion de TVA en précisant toutefois que cette mesure n’entrera en vigueur que dans la mesure où TVA retirerait de nouveau son signal pendant le différend.

[5] Il est à souligner que les décisions contestées ont été rendues par le CRTC alors que TVA et Bell étaient dans un processus de négociations. Ces négociations visaient à renouveler une entente d’affiliation datée du 21 novembre 2011 qui liait les parties relativement à des services spécialisés. Plus particulièrement, le différend opposant TVA

of carriage and of distribution of the signal of the TVA Sports channel, including the tariff for the royalties payable by Bell for this channel.

[6] In this appeal, TVA is alleging that the impugned decisions are invalid on the ground that the regulatory provisions under which they were made are *ultra vires* the powers conferred on the CRTC under the Act.

[7] For the reasons that follow, I am of the view that the appeal should be dismissed with costs.

## II. BACKGROUND

[8] The context of this appeal goes back to February 27, 2019, when TVA and Bell were negotiating the renewal of an affiliation agreement. On that date, TVA filed an undue preference complaint against Bell with the CRTC. In that complaint, TVA criticized Bell for giving preferential treatment to its own sports channel, Réseau des sports (RDS), thereby disadvantaging TVA Sports. The next day, on February 28, 2019, TVA instituted an action in damages against Bell before the Quebec Superior Court on the same ground.

[9] Several weeks later, on April 5, 2019, when difficulties arose in the course of the negotiations, TVA and Bell participated in CRTC-assisted mediation, but they were unable to come to an agreement.

[10] The next day, on April 6, 2019, during the last game of the Montreal Canadiens regular hockey season, and four days before the playoffs were set to begin, crawls at the bottom of the screen informed Bell subscribers that the signal of the TVA Sports channel would be suspended in the following days.

[11] On April 7, 2019, Bell asked the CRTC to notify TVA that the standstill rule applied and that TVA therefore had to continue to provide the signal of the TVA Sports channel to Bell.

et Bell concernait les modalités de fourniture et de distribution du signal de la chaîne TVA Sports, y compris le tarif des redevances payable par Bell pour ladite chaîne.

[6] Dans le cadre du présent appel, TVA allègue que les décisions contestées sont invalides au motif que les dispositions réglementaires en vertu desquelles elles ont été rendues sont *ultra vires* des pouvoirs qui ont été conférés au CRTC en vertu de la Loi.

[7] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel doit être rejeté avec dépens.

## II. LE CONTEXTE

[8] Le contexte du présent appel remonte au 27 février 2019, alors que des négociations sont en cours entre TVA et Bell relativement au renouvellement de l'entente d'affiliation. C'est à cette date que TVA dépose auprès du CRTC une plainte de préférence induue à l'encontre de Bell. Dans cette plainte, TVA reproche à Bell d'accorder un traitement préférentiel à sa chaîne sportive Réseau des sports (RDS) au détriment de la chaîne TVA Sports. Le lendemain, c'est-à-dire le 28 février 2019, TVA dépose un recours en dommages-intérêts contre Bell devant la Cour supérieure du Québec au même motif.

[9] Quelques semaines plus tard, soit le 5 avril 2019, devant les difficultés qui surgissent dans le cadre des négociations, TVA et Bell participent à une médiation assistée par le CRTC, sans pour autant être en mesure de s'entendre.

[10] Le lendemain, le 6 avril 2019, lors de la dernière partie de hockey de la saison régulière des Canadiens de Montréal, et quatre jours avant le début des séries éliminatoires, des bannières défilantes au bas de leur écran indiquent aux abonnés de Bell que le signal de la chaîne TVA Sports sera interrompu dans les prochains jours.

[11] Le 7 avril 2019, Bell demande au CRTC d'aviser TVA que la règle du statu quo s'applique en l'instance et qu'en conséquence TVA doit continuer de fournir le signal de la chaîne TVA Sports à Bell.

[12] On April 8, 2019, as stated in the introduction, the CRTC informed TVA and Bell that it was of the opinion that the two entities were engaged in a dispute and that the standstill rule therefore applied. More specifically, TVA had to continue providing services to Bell under this rule and Bell had to continue distributing them according to the terms and conditions that were in place before the dispute arose in accordance with the affiliation agreement of the parties.

[13] On the same day, Bell asked the CRTC to issue a mandatory order under subsection 12(2) of the Act to prohibit TVA from withdrawing its signal. Bell also submitted its response to the undue preference complaint filed by TVA on February 27, 2019.

[14] Also on the same day, TVA sent Bell a notice of termination of the affiliation agreement, which Bell opposed.

[15] On April 9, 2019, TVA informed the public that it would withdraw the TVA Sports signal from Bell subscribers as of 7 p.m. the following day.

[16] On April 10, 2019, Bell filed an application for final offer arbitration with the CRTC regarding the carriage of TVA Sports, asking the CRTC to rule on the applicable rates for the signal of the channel.

[17] On the same day, the CRTC issued the first impugned decision in this appeal by letter. In the letter, the CRTC informed TVA and Bell that it had determined that they were engaged in a dispute. The CRTC confirmed that the standstill rule set out in subsection 15(1) of the *Discretionary Services Regulations* applied in the case and stated the following:

... the *Discretionary Services Regulations* contemplate dispute resolution on carriage as well as disputes regarding terms of carriage. **The Commission has determined that Bell and Québecor are engaged in such a dispute and therefore the standstill rule applies.** Accordingly, Bell and Québecor are required to provide their respective programming services to one another, and are required to distribute those services, at the same rates and on the same terms and conditions as they did before the dispute,

[12] Le 8 avril 2019, tel qu'indiqué plus tôt en introduction, le CRTC informe TVA et Bell qu'il est d'avis que les deux entités sont engagées dans un différend et que, partant, la règle du statu quo s'applique. Plus précisément, en vertu de cette règle, TVA doit continuer de fournir les services à Bell et Bell doit les distribuer selon les modalités qui existaient avant le différend conformément à l'entente d'affiliation des parties.

[13] Le même jour, Bell demande au CRTC de rendre une ordonnance en vertu du paragraphe 12(2) de la Loi afin d'interdire à TVA de retirer son signal. De plus, Bell soumet sa réponse à la plainte de préférence indue déposée par TVA le 27 février 2019.

[14] Toujours au cours de la même journée, TVA transmet à Bell un avis de résiliation de l'entente d'affiliation laquelle résiliation est contestée par Bell.

[15] Le 9 avril 2019, TVA informe le public qu'il retirera le signal de TVA Sports aux abonnés de Bell le lendemain à 19h.

[16] Le 10 avril 2019, Bell dépose auprès du CRTC une demande d'arbitrage de l'offre finale concernant la fourniture de TVA Sports afin que le CRTC statue sur les tarifs applicables pour le signal de cette chaîne.

[17] Le même jour, le CRTC transmet par lettre la première décision contestée dans le cadre du présent appel. Par cette lettre, le CRTC informe TVA et Bell qu'il a déterminé qu'elles sont engagées dans un différend. Le CRTC confirme que la règle du statu quo prévue au paragraphe 15(1) du *Règlement sur les services facultatifs* trouve application en l'espèce, s'exprimant en ces termes :

[...] le *Règlement sur les services facultatifs* prév[oit] le règlement des différends sur l'*acheminement* ainsi que des différends concernant les *modalités d'acheminement*. **Le Conseil a déterminé que Bell et Québecor sont engagées dans un tel différend et qu'alors, la règle du statu quo s'applique.** Par conséquent, Bell et Québecor sont tenues de fournir leurs services respectifs à l'autre partie, et sont tenues de distribuer ces services, aux mêmes tarifs et selon les mêmes modalités qu'avant le différend,

until the parties resolve their dispute or the Commission issues a decision concerning this unresolved matter. [Emphasis in original, underlining added. added.]

(Letter from the CRTC addressed to Peggy Tabet (Quebecor Media Inc.) and Rob Malcolmson (Bell Canada Enterprises) dated April 10, 2019, appeal book, Vol. 1, at pages 16–17.)

[18] On April 10, 2019, at the start of the television broadcast of the first game of the National Hockey League playoffs, TVA withheld the signal of its TVA Sports channel from Bell subscribers, thereby depriving nearly one million subscribers of the French-language broadcast of part of the playoffs.

[19] On April 11, 2019, Bell applied for a temporary injunction, asking the Quebec Superior Court to order TVA to restore the signal of the TVA Sports channel. The Court allowed the application, and TVA restored the signal.

[20] On April 17, 2019, the CRTC held a hearing to determine whether on April 10, 2019, TVA had contravened subsection 15(1) of the *Discretionary Services Regulations* by withholding or interfering with the signal of its TVA Sports channel.

[21] The day after the hearing, on April 18, 2019, the CRTC rendered the second impugned decision in this appeal. The CRTC found that TVA had contravened the standstill rule under section 15 of the *Discretionary Services Regulations* as it had acted in a way that “prevented Bell from providing TVA Sports to Canadians during a dispute”. At the same time, the CRTC issued a mandatory order requiring TVA to continue to provide the signal of the TVA Sports channel to Bell at the same rates until the dispute was resolved or the CRTC had rendered a decision concerning any unresolved matter. Such a mandatory order, imposed under subsection 12(2) of the Act, is made an order of the Federal Court or of any superior court of a province when it is filed with one such court and is enforceable in the same manner as an order of the court (section 13). Non-compliance with such an order constitutes an offence under section 32 of the Act and may lead to prosecution before the courts.

jusqu’à ce que les parties règlent leur différend ou que le Conseil rende une décision concernant cette question non réglée. [Accentuation dans l’original; mon soulignement.]

(Lettre du CRTC du 10 avril 2019 adressée à M<sup>me</sup> Peggy Tabet (Québecor Média inc.) et Rob Malcolmson (Bell Canada Enterprises), dossier d’appel, vol. 1, aux pages 16–17.)

[18] Toujours le 10 avril 2019, au moment où débute la télédiffusion du premier match des séries éliminatoires de la Ligue nationale de hockey, TVA retire le signal de sa chaîne TVA Sports aux abonnés de Bell. Ce faisant, TVA prive alors près d’un million d’abonnés de la diffusion en français de parties des séries éliminatoires.

[19] Le 11 avril 2019, Bell dépose une demande en injonction provisoire afin que la Cour supérieure du Québec ordonne à TVA de rétablir le signal de la chaîne TVA Sports. La Cour accueille la demande et TVA rétablit le signal.

[20] Le 17 avril 2019, le CRTC tient une audience afin de déterminer si, le 10 avril 2019, TVA a contrevenu au paragraphe 15(1) du *Règlement sur les services facultatifs* en retirant ou en interférant avec son signal de la chaîne TVA Sports.

[21] Dès le lendemain de l’audience, c’est-à-dire le 18 avril 2019, le CRTC rend la deuxième décision contestée dans le présent appel. Aux termes de l’article 15 du *Règlement sur les services facultatifs*, le CRTC conclut que TVA a contrevenu à la règle du statu quo car elle a agi de manière à « empêcher Bell de fournir TVA Sports aux Canadiens pendant un différend ». Du même coup, le CRTC rend une ordonnance obligeant TVA à continuer de fournir le signal de la chaîne TVA Sports à Bell aux mêmes tarifs jusqu’à ce que le différend soit réglé ou que le CRTC rende une décision concernant toute question non résolue. Cette ordonnance, imposée en vertu du paragraphe 12(2) de la Loi est assimilée à une ordonnance de la Cour fédérale ou d’une cour supérieure d’une province lorsqu’elle est déposée auprès de l’une de ces cours et son exécution s’effectue selon les mêmes modalités (article 13). Le non-respect d’une telle ordonnance constitue une infraction à l’article 32 de la

The mandatory order is also being challenged in this appeal.

[22] The CRTC, concerned with TVA's disregard for its authority, also suspended TVA Sports' broadcasting licence. That suspension, however, would go into effect only if "TVA Sports' signal [was] withheld from Bell's distribution undertakings by TVA Group prior to the resolution of the dispute" (Broadcasting Decision CRTC 2019-109 and Broadcasting Order CRTC 2019-110, appeal book, Vol. 1, at pages 19–25).

[23] Dissatisfied with the CRTC's decisions, TVA filed an application for leave to appeal these decisions before this Court, with subsection 31(2) of the Act providing for an appeal on a question of law or a question of jurisdiction.

[24] It is in this context that on June 18, 2019, this Court allowed TVA's application for leave to appeal.

[25] In this appeal, TVA is challenging the decisions and mandatory order of the CRTC described above and is challenging not only section 15 of the *Discretionary Services Regulations* but also subsection 14(1) of those Regulations and subsection 12(1) of the *Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555 (the impugned regulatory provisions) on the ground that these provisions are *ultra vires* the powers of the CRTC.

[26] In short, the impugned regulatory provisions provide for a dispute resolution mechanism in the event of a dispute between a programming undertaking and a distribution undertaking concerning the carriage or the terms of carriage of programming.

[27] Remarkably, the respondent Bell, like the appellant TVA, is also asking the Court to conclude that the impugned regulatory provisions are *ultra vires* the powers conferred by the Act. The only difference in Bell's position is that Bell is asking the Court to nevertheless confirm the validity of the CRTC decisions at

Loi et peut entraîner des poursuites devant les tribunaux. Cette ordonnance est également contestée dans le cadre du présent appel.

[22] Le CRTC, se disant préoccupé par le peu d'égard de TVA envers son autorité, suspend également la licence de radiodiffusion de TVA Sports. Cette suspension ne prendra toutefois effet que si « le signal de TVA Sports est retenu des entreprises de distribution de Bell avant que le différend soit réglé » (décision de radiodiffusion CRTC 2019-109 et ordonnance de radiodiffusion CRTC 2019-110, dossier d'appel, vol. 1, aux pages 19–25).

[23] Insatisfaite des décisions du CRTC, TVA dépose une demande d'autorisation devant notre Cour pour interjeter appel de ces décisions, le paragraphe 31(2) de la Loi prévoyant un appel sur des questions de droit ou de compétence.

[24] C'est donc dans ce contexte que notre Cour a accueilli, le 18 juin 2019, la demande d'autorisation d'appel de TVA.

[25] Dans le présent appel, TVA attaque les décisions et l'ordonnance du CRTC décrites ci-dessus et conteste non seulement l'article 15 du *Règlement sur les services facultatifs* mais également le paragraphe 14(1) ainsi que le paragraphe 12(1) du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555 (dispositions réglementaires contestées), le tout au motif que ces dispositions sont *ultra vires* des pouvoirs du CRTC.

[26] En somme, les dispositions réglementaires contestées prévoient un mécanisme de règlement des différends lorsqu'un litige survient entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution sur la question de la fourniture ou les modalités de fourniture de programmation.

[27] De façon singulière dans cette affaire, l'intimée Bell demande, à l'instar de l'appelante TVA, de conclure que les dispositions réglementaires contestées sont *ultra vires* des pouvoirs conférés par la Loi. La position de Bell ne diffère de celle de TVA qu'en ce que Bell demande à cette Cour de néanmoins confirmer la validité



issue. Before this Court, TVA's submissions concerned the CRTC's jurisdiction to adopt the impugned regulatory provisions while Bell's were limited to the question of whether the impugned regulatory provisions conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42.

[28] Finally, it should be noted that the Court also heard the submissions and representations of three interveners in this appeal: the Attorney General of Canada (AGC), Cogeco Communications Inc. (Cogeco) and Telus Communications Inc. (Telus), all of which were granted intervener status on December 4, 2019, by order of this Court.

### III. RELEVANT PROVISIONS

[29] The impugned regulatory provisions in this appeal are as follows:

*Discretionary Services Regulations*, SOR/2017-159

#### Referral of dispute to Commission

**14 (1)** If there is a dispute between a licensee and the operator of a licensed distribution undertaking or an exempt distribution undertaking concerning the carriage or terms of carriage of programming that originates from the licensee, including the wholesale rate and the terms of any audit referred to in section 15.1 of the *Broadcasting Distribution Regulations*, one or both of the parties to the dispute may refer the matter to the Commission for dispute resolution.

...

#### Obligations During Dispute

##### Obligation — rates, terms and conditions

**15 (1)** During a dispute between a licensee and a person that is licensed to carry on a distribution undertaking or the operator of an exempt distribution undertaking concerning the carriage or terms of carriage of programming that originates from the licensee or concerning any right or obligation under the Act, the licensee must continue to provide its programming services to the distribution undertaking at the same rates and on the same terms and conditions as it did before the dispute.

des décisions du CRTC en cause. Ainsi, devant notre Cour, les représentations de TVA ont porté sur la compétence du CRTC d'adopter les dispositions réglementaires contestées alors que celles de Bell se sont circonscrites à la question de savoir si les dispositions réglementaires contestées entrent en conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42.

[28] Enfin, il est à noter que la Cour a également entendu les observations et les représentations de trois intervenants dans le cadre de cet appel, à savoir : le procureur général du Canada (PGC), Cogeco Communications inc. (Cogeco) et Telus Communications inc. (Telus), lesquels ont obtenu la qualité d'intervenants dans l'instance par ordonnance de notre Cour datée du 4 décembre 2019.

### III. LES DISPOSITIONS PERTINENTES

[29] Les dispositions réglementaires contestées dans le présent appel sont les suivantes :

*Règlement sur les services facultatifs*, DORS/2017-159

#### Règlement de différends – renvoi au Conseil

**14 (1)** En cas de différend entre le titulaire et l'exploitant d'une entreprise de distribution autorisée ou exemptée concernant la fourniture ou des modalités de fourniture de la programmation transmise par le titulaire — y compris le tarif de gros et les modalités de la vérification visée à l'article 15.1 du Règlement sur la distribution de radiodiffusion —, l'une des parties ou les deux peuvent s'adresser au Conseil en vue d'un règlement.

[...]

#### Obligation lors d'un différend

##### Obligation — tarifs et modalités

**15 (1)** En cas de différend entre le titulaire et une personne autorisée à exploiter une entreprise de distribution ou l'exploitant d'une entreprise de distribution exemptée concernant la fourniture ou des modalités de fourniture de la programmation transmise par le titulaire ou concernant tout droit ou toute obligation prévus par la Loi, le titulaire continue à fournir ses services de programmation à l'entreprise de distribution aux mêmes tarifs et selon les modalités qui s'appliquaient aux parties avant le différend.

**Period of dispute**

(2) For the purposes of subsection (1), a dispute begins when written notice of the dispute is provided to the Commission and is served on the other undertaking that is a party to the dispute and ends when an agreement settling the dispute is reached by the concerned undertakings or, if no such agreement is reached, when the Commission renders a decision concerning any unresolved matter.

*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555

**Dispute Resolution**

12 (1) If there is a dispute between the licensee of a distribution undertaking and the operator of a licensed programming undertaking or an exempt programming undertaking concerning the carriage or terms of carriage of programming originated by the programming undertaking — including the wholesale rate and the terms of any audit referred to in section 15.1 — one or both of the parties to the dispute may refer the matter to the Commission.

## IV. ISSUES

[30] The appeal raises two issues:

- A. Are the impugned regulatory provisions *ultra vires* the powers conferred on the CRTC by the *Broadcasting Act*?
- B. Do the impugned regulatory provisions conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*?

## V. STANDARD OF REVIEW

[31] It is important to note that in allowing TVA's application for leave to appeal, this Court found that [TRANSLATION] "the applicants advanced solid arguments and an arguable case concerning the CRTC's jurisdiction to adopt section 14 and section 15 of the *Discretionary Services Regulations* and subsection 12(1) of *Broadcasting Distribution Regulations*" (appellants' compendium, at page 6). This appeal therefore raises questions of law that directly concern the limits of the CRTC's power. The appeal mechanism provided for in subsection 31(2) of the Act clearly covers

**Durée du différend**

(2) Pour l'application du paragraphe (1), le différend débute lorsqu'un avis écrit en faisant état est déposé auprès du Conseil et signifié à l'autre entreprise en cause. Le différend prend fin dès que les entreprises en cause parviennent à un accord ou, à défaut, dès que le Conseil rend une décision concernant toute question non résolue.

*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555

**Règlement de différends**

12 (1) En cas de différend entre, d'une part, le titulaire d'une entreprise de distribution et, d'autre part, l'exploitant d'une entreprise de programmation autorisée ou exemptée au sujet de la fourniture ou des modalités de fourniture de la programmation transmise par l'entreprise de programmation — y compris le tarif de gros et les modalités de la vérification visée à l'article 15.1 —, l'une des parties ou les deux peuvent s'adresser au Conseil.

## IV. LES QUESTIONS EN LITIGE

[30] Le présent appel soulève deux questions :

- A. Les dispositions réglementaires contestées outrepassent-elles les pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion*?
- B. Les dispositions réglementaires contestées entrent-elles en conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*?

## V. LA NORME DE CONTRÔLE

[31] Il importe de rappeler que notre Cour, en accordant la demande d'autorisation d'appel de TVA, a considéré que « les demanderesse font valoir des arguments solides et une cause défendable quant à la compétence du CRTC d'adopter les articles 14 et 15 du *Règlement sur les services facultatifs* et l'article 12(1) du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion* » (compendium des appelantes, à la page 6). Le présent pourvoi soulève donc des questions de droit qui concernent directement les limites du pouvoir du CRTC. Or, de telles questions soulèvent clairement le mécanisme d'appel prévu

such questions, and according to the Supreme Court of Canada, the standards of appellate review will apply in such circumstances (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), at paragraphs 36–52; *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2019 SCC 66, [2019] 4 S.C.R. 845, 441 D.L.R. (4th) 155 (*Bell 2019*), at paragraphs 34 and 35). In this case, and in accordance with the standards of appellate review (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235), it is the standard of correctness that applies to the impugned decisions.

## VI. ANALYSIS

### A. Are the impugned regulatory provisions *ultra vires* the powers conferred on the CRTC by the *Broadcasting Act*?

[32] It is important to note at the outset that Parliament conferred on the CRTC the mission of regulating and supervising the Canadian broadcasting system (section 3 and section 5 of the Act), and the Act gives it broad powers to do so. In *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168*, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489 (*Reference re Broadcasting Policy*), the Supreme Court noted the following at paragraph 15:

There is no doubt that the licensing and the regulation-making powers granted to the CRTC are broad. The *Broadcasting Act* describes the mission of the CRTC as regulating and supervising “all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1)” (s. 5(1)).

[33] Among the broad powers conferred on the CRTC is the authority to make regulations under section 10 of the Act, in this case the impugned regulatory provisions. The impugned regulatory provisions set out a dispute resolution mechanism and require programming and distribution undertakings to continue to provide their respective services until an agreement settling their dispute is reached or, where applicable, the CRTC renders a decision. Pending resolution of the conflict, this rule,

au paragraphe 31(2) de la Loi, et la Cour suprême du Canada nous enseigne que dans de telles circonstances, il faut s’en remettre aux normes de contrôle en appel (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 36–52; *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2019 CSC 66, [2019] 4 R.C.S. 845 (*Bell 2019*), aux paragraphes 34 et 35). Ainsi, en l’espèce, et conformément aux normes de contrôle en appel (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235), c’est la norme de la décision correcte qu’il convient d’appliquer au regard des décisions contestées.

## VI. ANALYSE

### A. Les dispositions réglementaires contestées outrepassent-elles les pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion*?

[32] D’emblée, il convient de souligner que le législateur fédéral a confié au CRTC la mission de réglementer et de surveiller le système canadien de radiodiffusion (articles 3 et 5 de la Loi) et, pour ce faire, la Loi lui confie de vastes pouvoirs. Dans l’arrêt *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l’ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168*, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489 (*Renvoi*) la Cour suprême rappelle effectivement, au paragraphe 15, ce qui suit :

Il est incontestable que le CRTC dispose de vastes pouvoirs en matière de réglementation et d’attribution de licences. Aux termes de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC a pour mission de réglementer et de surveiller « tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 5(1)).

[33] Parmi ces vastes pouvoirs confiés au CRTC, on relève celui d’adopter des règlements énoncés à l’article 10 de la Loi, en l’occurrence, les dispositions réglementaires contestées en l’espèce. Lesdites dispositions réglementaires contestées édictent un mécanisme de règlement des différends et exigent des entreprises de programmation et de distribution de continuer à fournir leurs services respectifs jusqu’à ce qu’elles parviennent à un accord ou, le cas échéant, que le CRTC rende une

which is at the heart of the dispute and is known as the standstill rule, therefore intends to ensure that undertakings maintain their existing services.

[34] However, TVA and Bell both submit that sections 3, 5 and 10 of the Act do not confer on the CRTC the power to adopt the impugned regulatory provisions, which required TVA to continue providing the TVA Sports channel to Bell against its will until the CRTC rendered a decision on the dispute. In fact, according to TVA, the impugned regulatory provisions, and more specifically the standstill rule, force programming undertakings and distribution undertakings to remain in contractual relationships, and TVA submits that this constraint is *ultra vires* the regulatory powers the Act confers on the CRTC.

[35] As noted by TVA, it should be recognized that section 3 and section 5 of the Act are not attributive of jurisdiction and are not sufficient in and of themselves to justify the validity of the impugned regulatory provisions. Consequently, without disregarding the objectives listed in section 3 and section 5 of the Act, the Court must analyze the issue of whether the CRTC has the jurisdiction to adopt the impugned regulatory provisions, particularly in light of section 10 of the Act, which grants the CRTC its delegated authority to make regulations (*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 217, 402 D.L.R. (4th) 551, at paragraphs 47–49). At issue more specifically is the CRTC’s regulatory authority under paragraph 10(1)(h) in the event of a dispute arising between a programming undertaking—in this case TVA—and a distribution undertaking—in this case Bell—concerning the carriage of programming.

[36] In order to analyze the interpretation to be given to paragraph 10(1)(h) of the Act, the Court must follow the modern approach to statutory interpretation, according to which “the words of a statute must be read ‘in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’” (*Vavilov*, at paragraph 117; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 26 and 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

décision. Ainsi, dans l’attente d’une résolution du conflit, cette règle, dite du statu quo, et qui est au cœur du présent litige, vise à assurer le maintien des services existants par les entreprises.

[34] Or, TVA et Bell soumettent que les articles 3, 5 et 10 de la Loi ne confèrent pas au CRTC le pouvoir d’adopter les dispositions réglementaires contestées, lesquelles obligent TVA à continuer de fournir la chaîne TVA Sports à Bell contre son gré et ce, jusqu’à ce que le CRTC rende une décision sur le différend. En fait, selon TVA, les dispositions réglementaires contestées, et plus particulièrement la règle du statu quo, forcent le maintien d’une relation contractuelle entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution et TVA soutient que cette contrainte excède les pouvoirs réglementaires du CRTC prévus par la Loi.

[35] Il convient de reconnaître, comme le souligne TVA, que les articles 3 et 5 de la Loi ne sont pas attributifs de compétence et ne sauraient justifier à eux seuls la validité des dispositions réglementaires contestées. Ainsi, sans pour autant ignorer les objectifs énumérés aux articles 3 et 5 de Loi, l’analyse consistant à savoir si le CRTC détient le pouvoir d’adopter les dispositions réglementaires contestées doit se faire plus particulièrement à la lumière de l’article 10 de la Loi qui confère au CRTC son pouvoir délégué d’adopter des règlements (*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 217, aux paragraphes 47–49). Il s’agit plus précisément du pouvoir réglementaire du CRTC aux termes de l’alinéa 10(1)(h) en cas de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre une entreprise de programmation, en l’espèce TVA, et une entreprise de distribution, en l’espèce Bell.

[36] Afin de procéder à l’analyse de l’interprétation à donner à l’alinéa 10(1)(h) de la Loi, il faut s’en remettre à la méthode moderne d’interprétation des lois suivant laquelle « il faut lire les termes d’une loi “dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’[économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » (*Vavilov*, au paragraphe 117; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 26 et 27; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27,

[1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21; E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87). I will therefore examine (i) the wording of paragraph 10(1)(h) of the Act, (ii) the purpose of the Act and finally (iii) its legislative history, all with a view to determining whether the impugned regulatory provisions are *ultra vires* the powers conferred on the CRTC under the Act.

(1) *Statutory interpretation*

(a) The wording of paragraph 10(1)(h) of the *Broadcasting Act*

[37] TVA submits that the CRTC cannot have an impact on the economic aspects that exist between a programming undertaking and a distribution undertaking on the ground that the CRTC's actions must remain essentially cultural in scope and not economic. At the same time, both TVA and Bell are attempting to limit the CRTC to a supporting role that consists of [TRANSLATION] “assisting” parties in their negotiations. This simplistic vision of the CRTC's powers is not consistent with the wording of paragraph 10(1)(h) of the Act.

[38] I note that paragraph 10(1)(h) of the Act reads as follows:

**Regulations generally**

**10 (1)** The Commission may, in furtherance of its objects, make regulations

...

**(h)** for resolving, by way of mediation or otherwise, any disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming originated by the programming undertakings;

[39] On its face, paragraph 10(1)(h) of the Act clearly indicates that Parliament granted the CRTC the authority to make regulations in order to be able to intervene in disputes arising between programming undertakings and distribution undertakings concerning the carriage of programming. The English version of paragraph 10(1)(h) confirms the broad discretion granted to the CRTC in

au paragraphe 21; E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la page 87). Je vais donc d'abord me pencher sur (i) le libellé de l'alinéa 10(1)h de la Loi, et ensuite (ii) l'objet de cette loi, et enfin (iii) son historique législatif, le tout dans le but de déterminer si les dispositions réglementaires contestées outrepassent les pouvoirs conférés au CRTC aux termes de la Loi.

1) *Interprétation statutaire*

a) Le libellé de l'alinéa 10(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*

[37] TVA soumet que le CRTC ne peut avoir d'impact sur les aspects économiques qui existent entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution au motif que le champ d'action du CRTC doit demeurer essentiellement dans l'arène culturelle — et non économique. Du même souffle, tant TVA que Bell tentent de circonscrire le CRTC à un rôle de second plan consistant à « assister » les parties dans leurs négociations. Or, cette perspective réductrice des pouvoirs du CRTC est contraire au libellé de l'alinéa 10(1)h de la Loi.

[38] Je rappelle que l'alinéa 10(1)h de la Loi énonce ce qui suit :

**Règlements**

**10 (1)** Dans l'exécution de sa mission, le Conseil peut, par règlement :

[...]

**h)** pourvoir au règlement — notamment par la médiation — de différends concernant la fourniture de programmation et survenant entre les entreprises de programmation qui la transmettent et les entreprises de distribution;

[39] À sa face même, l'alinéa 10(1)h de la Loi indique clairement que le législateur a octroyé au CRTC le pouvoir d'établir des règlements afin d'intervenir dans un différend concernant la fourniture de programmation entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution. La version anglaise de l'alinéa 10(1)h confirme dans le même sens le vaste pouvoir conféré

making regulations for resolving “any disputes”. This interpretation is also supported by the French version: “*pourvoir au règlement ... de différends*”. Moreover, as rightly noted by Cogeco, [TRANSLATION] “an enabling provision [such as paragraph 10(1)(h)], which authorizes the making of regulations ‘for’ or ‘for the purpose of’ carrying out an objective ... must be given a broad and liberal interpretation” (Cogeco’s memorandum of fact and law, at paragraph 27; Ruth Sullivan, *Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014, at page 160). The AGC also aptly notes that it is difficult to envisage how the CRTC, in exercising the authority conferred on it under paragraph 10(1)(h), could resolve a dispute between a programming undertaking and a distribution undertaking without influencing an economic aspect of their relationship, an aspect that is necessarily prominent.

[40] At first sight therefore, the wording of paragraph 10(1)(h) of the Act grants the CRTC the jurisdiction to adopt the impugned regulatory provisions and, more importantly, the standstill rule.

(b) The purpose of the *Broadcasting Act*

[41] The Act has a broad purpose, and it is clear from some of the provisions of the Act that the objectives established by Parliament include not only the cultural aspects of broadcasting but also the economic aspects. For example, subparagraph 3(1)(d)(i) of the Act states that the Canadian broadcasting system should “serve to ... strengthen the cultural, political, social and economic fabric of Canada” (emphasis added). Similarly, paragraph 3(1)(t) of the Act sets out objectives for distribution undertakings with respect to the carriage of programming services, so it would be unreasonable to claim that there is no economic dimension to the CRTC’s mission.

[42] TVA nevertheless submits that paragraph 10(1)(h) of the Act does not authorize the CRTC to adopt the impugned regulatory provisions, including the standstill rule, because, by doing so, the CRTC is interfering in the contractual and economic relationships between the

au CRTC dans l’adoption de règlements dans le but de résoudre : « *any disputes* ». Cette interprétation trouve aussi appui dans la version française : « pourvoir au règlement [...] de différends ». De plus, comme le souligne à bon droit Cogeco : « une disposition habilitante [comme l’alinéa 10(1)h)], qui autorise une réglementation aux fins d’accomplir un objectif (“*for*” ou “*for the purpose of*”) [...] doit recevoir une interprétation large et libérale » (mémoire de faits et de droit de Cogeco, au paragraphe 27; Ruth Sullivan, *Construction of Statutes*, 6<sup>e</sup> éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014, à la page 160). Et dans le même sens, le PGC note avec justesse qu’en vertu du pouvoir octroyé au CRTC à l’alinéa 10(1)h), il serait difficile d’envisager comment le CRTC pourrait régler un différend entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution sans pour autant influencer sur un volet économique de leur relation, ce dernier se retrouvant forcément à l’avant-plan.

[40] A priori donc, le libellé de l’alinéa 10(1)h) de la Loi confère au CRTC la compétence pour adopter les dispositions réglementaires contestées, et à plus forte raison, la règle du statu quo.

b) L’objet de la *Loi sur la radiodiffusion*

[41] L’objet de la Loi est vaste et à la lumière de certaines dispositions de cette loi, il ressort également que les objectifs fixés par le législateur visent non seulement les aspects culturels de la radiodiffusion mais aussi ses aspects économiques. Par exemple, le sous-alinéa 3(1)d)(i) de la Loi énonce que le système canadien de radiodiffusion devrait « servir à [...] renforcer la structure culturelle, politique, sociale et économique du Canada » (mon soulignement). Dans le même esprit, l’alinéa 3(1)t) de la Loi énonce quant à lui des objectifs pour les entreprises de distribution relativement à la fourniture des services de programmation, si bien qu’on ne saurait prétendre que la mission du CRTC n’a pas de dimension économique.

[42] TVA soutient malgré tout que l’alinéa 10(1)h) de la Loi ne permet pas au CRTC d’adopter les dispositions réglementaires contestées et, par le fait même, la règle du statu quo car, ce faisant, le CRTC s’immisce dans les relations contractuelles et économiques entre les



programming undertakings and the distribution undertakings. In support of this claim, TVA adroitly points to the restrictive interpretation given by the courts to another provision, namely, paragraph 9(1)(h) of the Act, including by this Court in *Bell Canada v. 7265921 Canada Ltd.*, 2018 FCA 174, [2019] 2 F.C.R. 414, 428 D.L.R. (4th) 311 (*Bell 2018*). TVA invites us to transfer this interpretation to paragraph 10(1)(h), thereby limiting its scope.

[43] TVA alleges that the reasons of my colleague Woods J.A. in *Bell 2018*, concurred in by my colleague Nadon J.A., confirm that the Act—and more specifically paragraph 9(1)(h)—does not allow the CRTC to regulate the terms and conditions of affiliation agreements, whether directly or through a dispute resolution process as set out in the impugned regulatory provisions. In support of this claim, TVA refers to paragraphs 167 and 169 of *Bell 2018*:

In my view, it is not reasonable to interpret paragraph 9(1)(h) as granting the CRTC a general power to regulate the terms and conditions of affiliation agreements. This interpretation goes far beyond the ordinary meaning of the language in paragraph 9(1)(h) and is not reasonably supported by a textual, contextual and purposive interpretation of the legislation.

...

The ordinary meaning of this provision does not encompass a general power to regulate the terms and conditions of carriage. Such regulation must relate to terms and conditions of programming services that the CRTC specifies and requires to be provided by a licensee.

[44] In this case, TVA submits that, to the extent that sections 9 and 10 of the Act are to be interpreted with the same objectives in mind, this Court's reasoning in *Bell 2018* must apply to this case and that the CRTC lacks jurisdiction to adopt the impugned regulatory provisions.

[45] I disagree.

entreprises de programmation et les entreprises de distribution. Afin d'appuyer cette prétention, TVA rappelle habilement l'interprétation restrictive donnée par les tribunaux à une autre disposition, à savoir l'alinéa 9(1)h) de la Loi, notamment par notre Cour dans l'arrêt *Bell Canada c. 7265921 Canada Ltd.*, 2018 CAF 174, [2019] 2 R.C.F. 414, (*Bell 2018*). TVA nous invite à transposer cette interprétation à l'alinéa 10(1)h) pour ainsi en limiter la portée.

[43] TVA allègue donc que les motifs de ma collègue la juge Woods dans la décision *Bell 2018*, auxquels concourt mon collègue le juge Nadon, confirment que la Loi — et plus particulièrement l'alinéa 9(1)h) — ne permet pas au CRTC de réglementer les modalités et les conditions des ententes d'affiliation et ce, ni directement, ni par le biais d'un processus de règlement des différends tel que prévu par les dispositions réglementaires contestées. À l'appui de cette prétention, TVA s'en remet aux paragraphes 167 et 169 dans l'arrêt *Bell 2018* :

À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interpréter l'alinéa 9(1)h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation. Cette interprétation va beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'alinéa 9(1)h) et n'est pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi.

[...]

Vu son sens ordinaire, cette disposition n'inclut pas le pouvoir général de régir les modalités et conditions relatives à la prestation des services. Le CRTC ne peut que régir les modalités et conditions des services de programmation qu'il précise et que doivent assurer les titulaires.

[44] Dans la présente affaire, TVA soumet que, dans la mesure où les articles 9 et 10 de la Loi s'interprètent au regard des mêmes objectifs, le raisonnement éposé par notre Cour dans l'arrêt *Bell 2018* doit nécessairement s'appliquer en l'espèce et que le CRTC n'a pas la compétence d'adopter les dispositions réglementaires contestées.

[45] Je ne partage pas cet avis.

[46] The majority of this Court in *Bell 2018* (Woods J.A. and Nadon J.A.) addressed a specific issue without commenting directly on paragraph 10(1)(h) or the CRTC's power to resolve disputes. The standstill rule at the heart of this dispute, and paragraph 10(1)(h) in particular, were not analyzed in *Bell 2018*. The Court was careful to clarify at paragraph 173 that its decision was limited to the scope of paragraph 9(1)(h) of the Act:

As this appeal only concerns paragraph 9(1)(h), I express no view as to whether the CRTC's objective in issuing the Order could have been achieved by some other means.

[47] In support of its claim in this case, TVA also relies on the Supreme Court of Canada's decision in *Reference re Broadcasting Policy*. In that case, the Supreme Court examined the CRTC's jurisdiction to establish a market-based value for signal regime. The main feature of the regime was to give private local television stations (as broadcasters) the right to prohibit broadcasting distribution undertakings from retransmitting their signals in the event of a breakdown of negotiations if the parties failed to reach an agreement on compensation. The program deletion right was intended to give broadcasters the necessary leverage to require compensation from the broadcasting distribution undertakings (*Reference re Broadcasting Policy*, at paragraph 19).

[48] The Supreme Court, having read the Act in its entire context, found that the creation of the rights envisaged by the CRTC was "too great a stretch from the core purposes intended by Parliament and from the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act*" (*Reference re Broadcasting Policy*, at paragraph 33). Moreover, according to the Supreme Court, the regime proposed by the CRTC conflicted with certain provisions of the *Copyright Act* (sections 21 and 31).

[49] In this case, TVA claims that according to the Supreme Court's analysis in *Reference re Broadcasting Policy*, the CRTC may not control or interfere with the

[46] En fait, la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Bell 2018* (les juges Woods et Nadon) a répondu à une problématique précise sans directement se prononcer sur l'alinéa 10(1)(h) ni sur le pouvoir du CRTC de régler des différends. La règle du statu quo, au cœur du présent litige, et plus particulièrement l'alinéa 10(1)(h), n'ont fait l'objet d'aucune analyse dans l'arrêt *Bell 2018*. La Cour a d'ailleurs pris soin de préciser, au paragraphe 173, que la décision se limitait à la portée de l'alinéa 9(1)(h) de la Loi :

Comme le présent appel concerne uniquement l'alinéa 9(1)(h), je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si l'objectif visé par le CRTC quand il a émis l'Ordonnance aurait pu être atteint par d'autres moyens.

[47] Au soutien de sa prétention en l'espèce, TVA s'appuie également sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Renvoi*. Dans cette affaire, la Cour suprême s'est penchée sur la compétence du CRTC d'établir un régime de compensation pour la valeur des signaux basé sur les forces du marché. Il s'agissait d'un régime dont la principale caractéristique était de conférer aux stations privées de télévision locale — à titre de radiodiffuseurs — le droit d'interdire aux entreprises de distribution de radiodiffusion la retransmission de leurs signaux en cas d'échec des négociations si les parties ne parvenaient à s'entendre sur une compensation. Ce droit d'exiger le retrait d'émissions se voulait un moyen d'accorder aux radiodiffuseurs l'influence requise pour exiger une compensation des entreprises de distribution de radiodiffusion (*Renvoi*, au paragraphe 19).

[48] La Cour suprême, aux termes d'une interprétation de la Loi et en tenant compte du contexte global de celle-ci, a conclu que la création des droits envisagés par le CRTC dans cette affaire constituait « une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Renvoi*, au paragraphe 33). De plus, toujours selon la Cour suprême, le régime proposé par le CRTC entrait en conflit avec certaines dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* (articles 21 et 31).

[49] Dans le cas présent, TVA prétend que suivant l'analyse de la Cour suprême dans l'arrêt *Renvoi*, le CRTC ne peut contrôler ou s'immiscer dans les rapports

economic relationship between a programming undertaking and a distribution undertaking and that the impugned regulatory provisions and the standstill rule must therefore be declared invalid.

[50] Again, I disagree. The importance TVA gives to *Reference re Broadcasting Policy* in this case is exaggerated given the issue that was before the Supreme Court. One must read the Supreme Court's finding in *Reference re Broadcasting Policy* as being limited to the compensation regime proposed by the CRTC. Thus, it does not mean that every regulatory measure adopted by the CRTC that has economic consequences is *de facto ultra vires* the Act. *Reference re Broadcasting Policy* cannot, therefore, be seen as a prohibition against or elimination of any power of the CRTC to exert economic control over a programming undertaking and a distribution undertaking within the Canadian broadcasting system.

[51] Similarly, it should also be noted that recently, in *Bell 2019*, the Supreme Court of Canada clearly indicated that a narrow reading of paragraph 9(1)(h) “will not hamper [the CRTC’s] efforts to regulate the broadcasting industry in accordance with the statutory objectives listed in s. 3(1)” (*Bell 2019*, at paragraph 49). Ultimately, and as argued by the interveners, the scope of the provision at issue in this case, namely, paragraph 10(1)(h), is in no way altered by the courts’ restrictive interpretation of paragraph 9(1)(h) of the Act.

(c) Legislative history

[52] While legislative history is not in itself determinative, it does provide additional information on how to interpret paragraph 10(1)(h) of the Act. In this case, an overview of the history reveals that Parliament’s intent was to give very broad powers to the CRTC in support of its broadcasting mission, especially with respect to the settlement of disputes in light of the growing challenge posed by the advent of the distribution undertaking as the gatekeeper of programming.

économiques entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution et que, conséquemment, les dispositions réglementaires contestées et la règle du statu quo doivent être déclarées invalides.

[50] Encore une fois, je ne partage pas cet avis. La portée que TVA donne à l’arrêt *Renvoi* dans le cadre de la présente affaire est exagérée compte tenu de la question que la Cour suprême était appelée à trancher. Il faut plutôt lire la conclusion de la Cour suprême dans l’arrêt *Renvoi*, comme se limitant au régime de compensation proposé par le CRTC. Partant, cela ne signifie pas que toute mesure réglementaire adoptée par le CRTC ayant des conséquences économiques soit *de facto ultra vires* de la Loi. On ne saurait donc voir dans l’arrêt *Renvoi* une interdiction, voire une élimination, de tout droit de contrôle économique du CRTC entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution au sein du régime de radiodiffusion canadien.

[51] Dans le même ordre d’idées, il convient aussi de souligner que récemment, dans l’arrêt *Bell 2019*, la Cour suprême du Canada a clairement indiqué qu’une interprétation restrictive de l’alinéa 9(1)h « n’entravera pas les efforts déployés par [le CRTC] pour réglementer l’industrie de la radiodiffusion conformément aux objectifs énumérés au par. 3(1) » (*Bell 2019*, au paragraphe 49). En définitive, et comme l’ont plaidé les intervenants, la portée de la disposition en cause en l’espèce, à savoir l’alinéa 10(1)h, ne se trouve en aucun point altérée par l’interprétation restrictive qu’ont donnée les tribunaux à l’alinéa 9(1)h de la Loi.

c) L’historique législatif

[52] Bien que l’historique législatif ne soit pas en soi déterminant, il fournit des indications supplémentaires sur l’interprétation à donner à l’alinéa 10(1)h de la Loi. En l’espèce, un survol de cet historique démontre que l’intention du législateur était d’octroyer des pouvoirs très étendus au CRTC au soutien de sa mission en matière de radiodiffusion, notamment en ce qui concerne le règlement des différends au vu du défi grandissant posé par l’avènement de l’entreprise de distribution comme contrôleur de l’accès à la programmation.

[53] It should be noted that this challenge arose when the federal government authorized vertical integration without restriction. In so doing, it allowed a single entity to own or control both programming and distribution services. In approving vertical integration, the federal government immediately became aware of the increased potential for conflicts of interest. To address this challenge, it was decided that the CRTC would have the power to resolve disputes that might arise in the context of negotiations between a programming undertaking and a distribution undertaking. The adjudicative role conferred on the CRTC to mitigate the potential risk of conflicts of interest and to resolve, in the public interest, disputes between undertakings has been reiterated on a number of occasions: see *Canadian Voices, Canadian Choices: A New Broadcasting Policy for Canada* (Department of Communications, 1988); *Government Response to the Fifteenth Report of the Standing Committee on Communications and Culture: A Broadcasting Policy for Canada* (June 1988); House of Commons, Legislative Committee on Bill C-136, *Minutes of Proceedings and Evidence*, 33rd Parl., 2nd Sess., No. 1 and No. 4 (August 10 and 17, 1988), at pages 1 : 27 and 4 : 41 (Chairman: Robert E. J. Layton); *The Broadcasting Act 1988: A Clause-by-Clause Analysis of Bill C-136* (Canada, Department of Communications, August 1988); *House of Commons Debates*, 34th Parl., 2nd Sess., Vol. 4 (November 3, 1989), at page 5548 (Hon. Marcel Massé) (joint book of statutes, regulations and authorities, Vol. 12, at page 4497; Vol. 13, at pages 4838, 4842, 4879 and 4999; Vol. 14, at pages 5278 and 5396). In this case, the decision-making role conferred on the CRTC is all the more crucial given that, as noted by the AGC, both TVA and Bell are vertically integrated companies that both distribute and offer programming, thereby multiplying the risk of disputes.

[54] Moreover, when the Act was enacted, the Canadian Cable Television Association had proposed that the power of the CRTC at issue be limited to a non-binding power of mediation (House of Commons, Legislative Committee on Bill C-136, *Minutes of Proceedings and Evidence*, 33rd Parl., 2nd Sess., No. 4 (August 17, 1988), at page 4A : 7 (Chairman: Robert E. J.

[53] Il est opportun de rappeler que la genèse de ce défi s'est manifestée lorsque le gouvernement fédéral a permis l'intégration verticale sans restriction. Ce faisant, il a permis à une même entreprise de détenir soit la propriété ou le contrôle de service de programmation et de distribution. En donnant son appui à l'intégration verticale, le gouvernement fédéral était dès lors conscient du potentiel accru de conflits d'intérêts que l'intégration verticale pouvait entraîner. Afin de répondre à ce défi, il a été décidé que le CRTC aurait le pouvoir de régler des différends qui peuvent survenir dans le cadre d'une négociation entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution. Ce rôle d'arbitre dévolu au CRTC pour pallier les risques potentiels de conflits d'intérêt et pour résoudre, dans l'intérêt public, les différends entre entreprises a été réitéré à maintes reprises : voir « *Des voix canadiennes pour un choix véritable : Une nouvelle politique de la radiodiffusion pour le Canada* » (ministère des Communications, 1988); *Government Response to the Fifteenth Report of the Standing Committee on Communications and Culture : A Broadcasting Policy for Canada* (juin 1988); Chambre des Communes, Comité législatif sur le Projet de loi C-136, *Procès-verbaux et témoignages*, 33<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., n<sup>o</sup> 1 et n<sup>o</sup> 4 (10 et 17 août 1988), aux pages 1 : 27 et 4 : 41 (président : Robert E. J. Layton); *The Broadcasting Act 1988 : A Clause-by-Clause Analysis of Bill C-136* (Department of Communications, août 1988); *Débats de la Chambre des communes*, 34<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., vol. 4 (3 novembre 1989), à la page 5548 (l'hon. Marcel Massé) (cahier conjoint des lois, règlements, jurisprudence et doctrine, vol. 12, à la page 4497; vol. 13, aux pages 4838, 4842, 4879 et 4999; vol. 14, aux pages 5278 et 5396). En l'espèce, ce rôle de décideur accordé au CRTC est d'autant plus crucial que, comme l'a fait remarquer le PGC, tant TVA que Bell sont des entreprises intégrées verticalement qui à la fois distribuent et offrent de la programmation, multipliant ainsi le risque de différends.

[54] Qui plus est, à l'époque de l'adoption de la Loi, l'Association canadienne de câblodistribution avait proposé que soit limité le pouvoir du CRTC en cause, à un pouvoir non contraignant de médiation (Chambre des Communes, Comité législatif sur le Projet de loi C-136, *Procès-verbaux et témoignages*, 33<sup>e</sup> lég., 2<sup>e</sup> sess., n<sup>o</sup> 4 (17 août 1988) à la page 4A : 7 (président : Robert E. J.

Layton) (joint book of statutes, regulations and authorities, Vol. 14, at page 5308). However, that proposal by the industry, which was intended to limit the CRTC's role to that of "assist[ing]" undertakings in their disputes—and which TVA is now echoing some 30 years later—was not accepted by Parliament at the time. It opted instead to confer on the CRTC the power to "settle disputes" (joint book of statutes, regulations and authorities, Vol. 13, at page 4999).

[55] In light of the foregoing, it appears that Parliament intended, through paragraph 10(1)(h) of the Act, to give the CRTC the power to intervene through regulations in a specific aspect of the economic relationships between programming undertakings and distribution undertakings, more specifically that of adjudicating their disputes regarding the carriage of programming. It follows that the regulatory provisions contested by TVA and Bell are *intra vires* the CRTC's powers and fall within the regulatory power given to the CRTC by Parliament in paragraph 10(1)(h) of the Act.

[56] What remains to be addressed is the claim by TVA and Bell that the standstill rule, by requiring TVA to provide the signal of its TVA Sports channel to Bell, enables the CRTC to force the maintenance of a permanent contractual relationship between TVA and Bell despite TVA's lack of consent.

(2) *The impact of the standstill rule on the parties' contractual relationship*

[57] It should be recalled that when the dispute regarding the signal of the TVA Sports channel arose between TVA and Bell, the two undertakings were bound by an affiliation agreement. Under the agreement, TVA was indeed required to transmit its signal for its TVA Sports channel to Bell.

[58] In this context, the CRTC, noting, among other things, the undue preference complaint filed by TVA on February 27, 2019, the CRTC-assisted mediation in which TVA and Bell had participated on April 5, 2019,

Layton) (cahier conjoint des lois, règlements, jurisprudence et doctrine, vol. 14, à la page 5308). Or, cette proposition de l'industrie, qui aurait souhaité par le fait même circonscrire le rôle du CRTC à celui « d'assister » les entreprises dans leurs différends — et que TVA reprend à son compte quelque 30 ans plus tard — n'a pas été retenu par le législateur à l'époque. Ce dernier a plutôt opté pour conférer au CRTC le pouvoir de « *settle disputes* », c'est-à-dire de « régler les différends » (cahier conjoint des lois, règlements, jurisprudence et doctrine, vol. 13, à la page 4999).

[55] À la lumière de ce qui précède, il appert que le législateur, aux termes de l'alinéa 10(1)h) de la Loi, a voulu donner au CRTC le pouvoir d'intervenir par voie réglementaire dans un aspect précis des rapports économiques entre les entreprises de programmation et les entreprises de distribution, plus particulièrement celui d'arbitrer leurs différends concernant la fourniture de la programmation. Il s'ensuit que les dispositions réglementaires contestées par TVA et par Bell sont *intra vires* des pouvoirs du CRTC et s'inscrivent dans le pouvoir de réglementation dévolu à ce dernier par le législateur à l'alinéa 10(1)h) de la Loi.

[56] Il reste à aborder la prétention de TVA et de Bell en vertu de laquelle la règle du statu quo, en obligeant TVA à fournir son signal de la chaîne TVA Sports à Bell, permet au CRTC de forcer le maintien d'une relation contractuelle permanente entre TVA et Bell, alors que TVA n'y consent pas.

2) *L'impact de la règle du statu quo sur la relation contractuelle des parties*

[57] Rappelons que lorsque le différend a pris forme entre TVA et Bell au sujet du signal de la chaîne TVA Sports, les deux entreprises étaient liées par une entente d'affiliation. En vertu de cette entente, TVA avait effectivement l'obligation de transmettre son signal de la chaîne TVA Sports à Bell.

[58] Le CRTC, dans ce contexte, constatant notamment la plainte de préférence indue déposée par TVA le 27 février 2019, la médiation assistée à laquelle TVA et Bell avaient pris part le 5 avril 2019 et prenant acte des



and the letters from Bell (April 7, 8 and 10, 2019), correctly determined that the parties were engaged in a dispute.

[59] It was on the basis of this finding that the CRTC applied the standstill rule, requiring TVA and Bell to provide their respective services to one another in accordance with the terms set out in the affiliation agreement that was in place before the dispute arose.

[60] TVA argues that by rendering the impugned decisions and by applying the standstill rule, the CRTC forced it to continue in its contractual relationship with Bell despite the fact that its intent had been to terminate the affiliation agreement. However, as noted by the interveners, the evidence in the record demonstrates that TVA did not actually terminate the agreement in question with Bell. As of April 10, 2019, the date on which TVA interrupted its signal, TVA had not made it known that it wished to terminate the agreement. On the contrary, TVA remained open to seeking a solution, resolving the impasse it had reached with Bell and reaching a new, satisfactory affiliation agreement (appeal book, Vol. 4, at page 800; Vol. 5, at pages 842 and 843). It follows that TVA's claims that it intended to terminate the affiliation agreement cannot be accepted.

[61] As for the notice of termination that TVA sent Bell on April 8, 2019, and on which TVA is relying to support its claim that the affiliation agreement between the two undertakings was no longer in effect, the fact is that it does not contain an effective date of termination. The notice of termination expressly states that the effective date and time of termination will be confirmed [TRANSLATION] "in a future communication" (appeal book, Vol. 2, at page 343). Furthermore, the evidence in the record does not include any subsequent letter confirming the terms of the termination. In that sense, the notice of termination invoked by TVA in support of its claims is more akin to an expression of its intent to withdraw from the affiliation agreement, an intent it did not follow through with. Moreover, in the event that TVA or Bell had wished to terminate the agreement, the agreement in question has a fixed term, renewable until one party gives 180 days' notice to the other party, as

lettres de Bell (7, 8 et 10 avril 2019), a déterminé à bon droit qu'il y avait un différend entre les parties.

[59] C'est sur la base de ce constat que le CRTC a appliqué la règle du statu quo obligeant ainsi TVA et Bell à fournir leurs services respectifs à l'autre entreprise selon les modalités prévues à l'entente d'affiliation en place préalablement au différend.

[60] TVA fait valoir qu'en adoptant les décisions contestées et en imposant le statu quo, le CRTC a forcé le maintien de sa relation contractuelle avec Bell alors que son intention était de mettre fin à l'entente d'affiliation. Or, comme le soulignent les intervenants, la preuve au dossier démontre que dans les faits, TVA n'avait pas mis fin à l'entente en question avec Bell. D'une part, le 10 avril 2019, c'est-à-dire à la date à laquelle TVA a interrompu son signal, TVA ne laissait pas entendre qu'elle voulait mettre fin à l'entente. Au contraire, TVA demeurait disponible pour trouver une solution, dénouer l'impasse dans laquelle elle se retrouvait avec Bell et convenir d'une nouvelle entente d'affiliation satisfaisante (dossier d'appel, vol. 4, à la page 800; vol. 5, aux pages 842 et 843). Il s'ensuit que les prétentions de TVA à l'effet que son intention était de mettre fin à l'entente d'affiliation ne peuvent être retenues.

[61] En ce qui concerne l'avis de résiliation qu'a fait parvenir TVA à Bell en date du 8 avril 2019, et sur lequel TVA s'appuie pour soutenir que l'entente d'affiliation entre les deux entreprises n'était plus en vigueur, force est de constater qu'il ne contient pas de date effective de résiliation. L'avis de résiliation précise expressément que la date effective ainsi que l'heure de la résiliation seront confirmées « dans une communication à venir » (dossier d'appel, vol. 2, à la page 343). Qui plus est, la preuve au dossier ne révèle aucune lettre subséquente confirmant les modalités de la résiliation. En ce sens, l'avis de résiliation invoqué par TVA à l'appui de ses prétentions s'apparente plutôt à l'expression d'une intention de se retirer de l'entente d'affiliation, intention à laquelle elle n'a pas donné suite. Au surplus, dans l'éventualité où TVA ou Bell souhaitaient résilier l'entente en question, celle-ci contient un terme déterminé renouvelable jusqu'à la transmission par une partie d'un préavis de



Bell has correctly pointed out (appeal book, Vol. 5, at page 837). According to the very terms of the agreement at issue, TVA was required to give 180 days' notice if it wished to terminate the agreement, which it did not do.

[62] In the circumstances, it is difficult to accept TVA's argument that the standstill rule has required it to remain in a contractual relationship without its consent knowing that it is precisely under the affiliation agreement that TVA is required to transmit its signal to Bell. If TVA had no longer wished to be bound by the affiliation agreement, TVA was free to terminate it in accordance with the terms of the agreement. Because it did not do so, the affiliation agreement remained in effect, and TVA nevertheless withheld its signal on April 10, 2019, thereby depriving nearly one million Canadian consumers of the exclusive French-language broadcast of the first match of the National Hockey League playoffs.

[63] The very purpose of the standstill rule is to prevent a programming undertaking bound by an affiliation agreement from withholding its signal in the context of negotiations in which a dispute arises—or to prevent a programming undertaking from simply abandoning the service. This rule allows the CRTC, as part of the mission given to it by Parliament, (i) to maintain the affiliation agreement in question as it existed before the dispute arose, (ii) to maintain a level playing field throughout a negotiation process, and (iii) to ensure that Canadian consumers are not deprived of services during such disputes. In fact, it is only by preserving the status quo with respect to programming and by neutralizing the possibility of an arbitrary withdrawal of service that the CRTC can act to protect the public interest. In other words, to the extent that the standstill rule requires the provision of service, its very purpose is to maintain the existing balance and thereby protect that interest. Finally, the standstill rule is not permanent in nature, as TVA submits, because a party may directly ask the CRTC to lift the standstill rule if the dispute at issue is resolved or, in the absence of an agreement, the CRTC may render a decision concerning any unresolved matter (*Discretionary Services Regulations*, subsection 15(2)).

180 jours comme le souligne Bell à juste titre (dossier d'appel, vol. 5, à la page 837). Selon les termes mêmes de l'entente en cause, TVA était donc dans l'obligation de fournir ce préavis de 180 jours si elle souhaitait y mettre fin, ce qu'elle n'a pas fait.

[62] Dans ces circonstances, il est pour ainsi dire difficile d'accepter l'argument de TVA selon lequel la règle du statu quo l'oblige à demeurer dans une relation contractuelle sans son consentement sachant que c'est précisément en vertu de l'entente d'affiliation que TVA a l'obligation de transmettre son signal à Bell. Dans l'éventualité où TVA ne souhaitait plus être liée par l'entente d'affiliation, elle était libre d'y mettre fin en conformité toutefois avec les termes de celle-ci. Ne l'ayant pas fait, l'entente d'affiliation demeurait en vigueur et TVA a malgré tout retiré son signal le 10 avril 2019, privant ainsi près d'un million de consommateurs canadiens de la télédiffusion exclusive en français du premier match des séries éliminatoires de la Ligue nationale de hockey.

[63] Or, la règle du statu quo a justement pour objet d'empêcher qu'une entreprise de programmation liée à une entente d'affiliation retire son signal dans un contexte de négociations dans lequel survient un différend — ou qu'une entreprise de programmation abandonne tout simplement le service. Cette règle permet au CRTC, dans le cadre de la mission qui lui a été confiée par le législateur (i) de maintenir le statu quo de l'entente d'affiliation en question tel qu'elle existait avant le différend; (ii) de préserver l'équilibre des forces en présence au cours d'un processus de négociation et, (iii) d'assurer que les consommateurs canadiens ne soient pas privés de services pendant de tels litiges. En effet, ce n'est qu'en préservant le statu quo eu égard à la programmation et en neutralisant la possibilité d'un retrait arbitraire du service que le CRTC peut agir pour protéger l'intérêt public. Autrement dit, dans la mesure où la règle du statu quo oblige la fourniture du service, elle vise précisément à préserver l'équilibre en place et, par le fait même, protéger cet intérêt. Finalement, la règle du statu quo n'a pas davantage un caractère permanent, comme le prétend TVA, car une partie peut demander directement au CRTC que le statu quo soit levé si le différend en cause est résolu ou, à défaut d'une entente, le CRTC

B. Do the impugned regulatory provisions conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the Copyright Act?

[64] At the hearing before the CRTC, TVA challenged the CRTC's jurisdiction under the Act to adopt the impugned regulatory provisions. The CRTC analyzed and decided this issue in its decisions with this in mind. Before the CRTC, neither Bell nor TVA raised the argument that the impugned provisions conflict with the *Copyright Act*. However, before this Court, that argument has nevertheless been raised and fully developed despite the fact that the only reference to the copyright issue in connection with the standstill rule can be found in TVA's written submissions to the CRTC and is limited to the following:

[TRANSLATION]

Finally, the FOA process that imposes the status quo and that ultimately leads to a CRTC decision on the tariff for royalties is not only *ultra vires* the CRTC's authority, but violates sections 3(1)(f) and 13(4) of the *Copyright Act*.

(Appeal book, Vol. 4, at page 629.)

[65] The CRTC did not actually have before it the arguments relating to the *Copyright Act*, which explains why it did not reach a decision on this issue. However, Bell and TVA are asking this Court to do so despite the CRTC's silence on this point in its decision. As Telus correctly points out, the mere passing reference to copyright contained in the above-cited excerpt of TVA's submissions before the CRTC is not sufficient to warrant a review and analysis of the issue by this Court (*Taman v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 1, [2017] 3 F.C.R. 520). I am of the view that it would be inappropriate to deal with this issue in the circumstances.

[66] That said, and without deciding the issue, it is worth noting that, at first glance, the conflict between the

peut prendre une décision en ce sens (*Règlement sur les services facultatifs*, paragraphe 15(2)).

B. Les dispositions contestées entrent-elles en conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur?

[64] Lors de l'audience devant le CRTC, TVA a remis en question la compétence du CRTC d'adopter les dispositions réglementaires contestées en vertu de la Loi. Le CRTC a d'ailleurs analysé et disposé de cette question dans ses décisions dans cet esprit. Devant le CRTC, ni Bell ni TVA, n'ont mis de l'avant l'argument de l'incompatibilité des dispositions contestées avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Or devant notre Cour, cet argument est néanmoins soulevé et amplement développé même si l'unique référence à la question du droit d'auteur en lien avec la règle du statu quo est contenue dans les submissions écrites de TVA devant le CRTC, se limitant à ce qui suit :

Finalement, le processus d'AOF qui impose le *statu quo* et qui mène ultimement à une décision du CRTC sur le tarif des redevances est non seulement *ultra vires* des compétences du CRTC, mais contrevient aux articles 3(1)f) et 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

(Dossier d'appel, vol. 4, à la page 629.)

[65] Le CRTC n'a pas été véritablement saisi de l'argumentaire relatif à la *Loi sur le droit d'auteur*, ce qui explique qu'il ne s'est pas prononcé à cet égard. Pourtant, Bell et TVA demandent à cette Cour de se pencher sur cette question malgré le silence du CRTC dans sa décision. Or, comme le souligne à juste titre Telus, la référence on ne peut plus limitée au droit d'auteur contenue dans l'extrait ci-dessus des prétentions de TVA devant le CRTC, ne justifie pas à elle seule que notre Cour aborde cette question et qu'elle en fasse l'analyse (*Taman c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 1, [2017] 3 R.C.F. 520. En fait, je suis d'avis qu'il serait inopportun dans les circonstances d'en traiter.

[66] Cela étant, et sans pour autant décider de la question, une observation s'impose : à première vue,

*Copyright Act* and the impugned regulatory provisions raised by Bell and TVA appears to be moot because the standstill rule necessarily implies that a contractual agreement already exists between a programming undertaking and a distribution undertaking. In accordance with the agreement in effect at the time of the dispute between TVA and Bell, TVA had consented to the transmission of its works by Bell. It follows that an assignment of copyright by TVA predated the application of the standstill rule, so the issue of whether the impugned regulatory provisions conflict with the provisions of the *Copyright Act* has, a priori, no material impact on this case.

## VII. CONCLUSION

[67] For the above reasons, I am of the view that the impugned regulatory provisions are *intra vires* the CRTC's powers under the *Broadcasting Act*. I would dismiss the appeal with costs.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

LOCKE J.A.: I agree.

le conflit que soulèvent Bell et TVA entre la *Loi sur le droit d'auteur* et les dispositions réglementaires contestées apparaît plutôt théorique puisque la règle du statu quo implique nécessairement qu'il existe déjà une entente contractuelle entre une entreprise de programmation et une entreprise de distribution. Or, conformément à l'entente en vigueur lors du différend entre TVA et Bell, TVA avait donné son consentement à la transmission de ses œuvres par Bell. Il s'ensuit qu'une cession des droits d'auteur par TVA précède l'application de la règle du statu quo et la question de savoir si les dispositions réglementaires contestées entrent en conflit avec des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* n'a donc, a priori, aucune réelle incidence dans la présente affaire.

## VII. CONCLUSION

[67] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que les dispositions réglementaires contestées sont *intra vires* des pouvoirs du CRTC en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*. Je rejeterais l'appel avec dépens.

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

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

A-447-19 (lead file)

A-445-19

A-448-19

2021 FCA 184

A-447-19 (dossier principal)

A-445-19

A-448-19

2021 CAF 184

**Makivik Corporation, the Grand Council of the Crees, and Nunavik Marine Region Wildlife Board** (*Appellants/Respondents by cross-appeal*)

**La Société Makivik, le Grand Conseil des Cris et le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik** (*appelants/intimés dans l'appel incident*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent/Appellant by cross-appeal*)

**Le procureur général du Canada** (*intimé/appelant dans l'appel incident*)

and

et

**Nunavut Tunngavik Incorporated** (*Intervener*)

**Nunavut Tunngavik Incorporated** (*intervenante*)

**INDEXED AS: MAKIVIK CORPORATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : MAKIVIK CORPORATION c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court of Appeal, Webb, Laskin and Mactavish J.J.A.—By videoconference, June 7 and 8; Ottawa, September 21, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Laskin et Mactavish, J.C.A.—Par vidéoconférence, 7 et 8 juin; Ottawa, 21 septembre 2021.

*Aboriginal Peoples — Lands — Nunavik Inuit Land Claims Agreement — Wildlife management — Appeal from decision of Federal Court dismissing application for judicial review of decision of Minister of Environment and Climate Change (Minister) to vary annual total allowable take (TAT) of polar bears in Southern Hudson Bay, set by Nunavik Marine Region Wildlife Board (NMRWB) — Nunavik Inuit Land Claims Agreement (NILCA), Article 5 establishing co-management regime for wildlife — Minister reduced TAT, established certain non-quota limitations (NQLs) on harvesting — Appellant Makivik Corporation questioning Minister's jurisdiction, reasonableness or correctness of her decision — Federal Court declining to grant declaratory relief — Applicants submitting Federal Court made errors of principle, of law, of mixed fact and law in deciding issues raised by its application, in declining to grant declaratory relief — Respondent's cross-appeal related to granting by Federal Court of motion by Makivik to strike out portion of affidavit — Minister explaining decision taking into account fact differences existing between available scientific information, Inuit traditional knowledge — Whether Minister gave full regard to integration of Nunavik Inuit knowledge when making decision; whether Minister's approach to Board's traditional knowledge study*

*Peuples autochtones — Terres — Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik — Gestion des ressources fauniques — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l'Environnement et du Changement climatique (ministre) visant à modifier la prise totale autorisée (PTA) annuellement d'ours blancs pour le sud de la baie d'Hudson, établie par le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (CGRFRMN) — Le chapitre 5 de l'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik (ARTIN) prévoit un régime de cogestion des ressources fauniques — La ministre a réduit la PTA et a établi certaines limites non quantitatives pour la récolte — L'appelante, la Société Makivik, a remis en cause la compétence de la ministre ainsi que le caractère raisonnable ou correct de sa décision — La Cour fédérale a refusé de rendre un jugement déclaratoire — Les demandeurs ont soutenu que la Cour fédérale a commis des erreurs de principe, des erreurs de droit et des erreurs mixtes de fait et de droit, en tranchant les questions soulevées dans leur demande, et en refusant de rendre un jugement déclaratoire — L'appel incident de l'intimé concernait la décision de la Cour fédérale d'accueillir une requête de Makivik en radiation d'une partie d'un affidavit — La*

was in accordance with NILCA, honour of Crown; whether NILCA authorizes Minister's reliance on "cautious management approach" as justification for limiting Nunavik Inuit harvesting; whether NILCA authorizes Minister to consider politics of international trade, issues related to Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES); whether decision to vary non-quota limitations established by NMRWB unlawful; whether declaratory relief should be granted — No basis to interfere with Federal Court finding that Minister took into account Inuit traditional knowledge in coming to decision — Processes followed by NMRWB, Minister not dissimilar — Minister having to give NMRWB reasons in writing for rejecting initial decision of NMRWB — Failure of Minister to do so herein constituting less-than-purposive interpretation, implementation of NILCA's requirements to give reasons, breach of honour of Crown — Failure to communicate Environment and Climate Change's concerns could also be characterized as breach of procedural fairness — Minister cautious in fixing TAT — Open for Minister to do so, to conclude that TAT necessary to effect conservation purpose — Both NMRWB, Minister entitled under NILCA to come to judgment on that question — NILCA not barring NMRWB or Minister from taking into account CITES — Open to Minister to consider CITES under certain conditions — Failure to communicate in reasons any concerns about non-quota limitations established by NMRWB in its initial decision breach of honour of Crown — Good reasons in this case to grant declaratory relief, despite Supreme Court directive in *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon* to exercise judicial forbearance, restraint — Circumstances changed since Federal Court making its remedial decision — Here, Minister's conduct in relation to non-quota limitations, Inuit traditional knowledge failing to uphold honour of Crown — Prerequisites for granting declaratory relief met in this case — Crown failing to interpret, implement process to determine TAT, non-quota limitations for Southern Hudson Bay subpopulation of polar bears in accordance with honour of Crown — Appeal allowed in part; cross-appeal dismissed.

ministre a expliqué que sa décision a tenu compte de l'existence de différences entre l'information scientifique disponible et le savoir traditionnel inuit — Il s'agissait de savoir si la ministre a tenu pleinement compte de l'intégration des connaissances des Inuits du Nunavik afin d'en arriver à sa décision; si la démarche adoptée par la ministre à l'égard de l'étude du savoir traditionnel des Conseils était conforme à l'ARTIN et au principe de l'honneur de la Couronne; si l'ARTIN autorise la ministre à se fonder sur une « approche de gestion prudente » comme justification pour restreindre la récolte des Inuits du Nunavik; si l'ARTIN autorise la ministre à tenir compte des politiques du commerce international ou des questions liées à la CITES (Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction); si la décision de modifier les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN était illégale, et si un jugement déclaratoire devrait être rendu — Il n'y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale portant que la ministre a tenu compte du savoir traditionnel inuit disponible en parvenant à sa décision — Les processus suivis par le CGRFRMN et la ministre étaient assez semblables — Le ministre doit fournir des motifs écrits au CGRFRMN justifiant le rejet d'une décision initiale prise par le CGRFRMN — L'omission de la ministre de faire de même en l'espèce constituait une interprétation et une mise en œuvre des exigences prévues par l'ARTIN moins fondées sur l'objet visé, qui est de fournir une décision motivée, et constituait un manquement au principe de l'honneur de la Couronne — L'omission de transmettre les préoccupations d'Environnement et Changement climatique pourrait également être qualifiée de manquement à l'équité procédurale — La ministre a fait preuve de prudence en fixant la PTA — Il lui était loisible d'agir ainsi et de conclure que la PTA était nécessaire pour mettre en œuvre un objectif de conservation — Le CGRFRMN et la ministre avaient tous deux le droit, en vertu de l'ARTIN, d'avoir un avis à ce sujet — L'ARTIN n'empêche pas le CGRFRMN et le ministre de tenir compte de la CITES — Il était loisible à la ministre d'en tenir compte à certaines conditions — L'omission de communiquer dans les motifs les préoccupations concernant les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN dans sa décision initiale équivalait à un manquement au principe de l'honneur de la Couronne — Il y avait en l'espèce des motifs valables de rendre un jugement déclaratoire, malgré la directive donnée par la Cour suprême dans l'arrêt *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon* quant à l'exercice d'une retenue judiciaire — Depuis que la Cour fédérale a rendu sa décision sur la réparation, les circonstances ont changé — Dans la présente affaire, la ministre n'a pas préservé l'honneur de la Couronne, non seulement en ce qui concerne les limites non quantitatives, mais également en ce qui a trait au savoir traditionnel inuit — Les conditions préalables à l'octroi d'un jugement déclaratoire ont été remplies en l'espèce — La Couronne n'a pas interprété et mis en œuvre le processus pour déterminer la PTA et les limites non quantitatives pour la sous-population d'ours blancs du sud de la



*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Federal Court dismissing application for judicial review of decision of Minister of Environment and Climate Change (Minister) to vary annual total allowable take (TAT) of polar bears in Southern Hudson Bay, set by Nunavik Marine Region Wildlife Board (NMRWB) — Nunavik Inuit Land Claims Agreement (NILCA) establishing co-management regime for wildlife — Minister reduced TAT, established certain non-quota limitations on harvesting — Federal Court dealt with standard of review applicable to Minister's decision before Supreme Court recast law of judicial review in Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov — Federal Court concluded that whether Minister adhered to decision-making process set out in NILCA should be reviewed on correctness standard, but that Minister's decision as whole should be reviewed on standard of reasonableness — Appellant Makivik Corporation submitting that Court should apply appellate standard of review set out in Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), except on question of whether appropriate to grant declaratory relief on component of Minister's decision found unreasonable — Further submitting that Federal Court's decision on standard of review ignored principles of modern treaty interpretation set out by Supreme Court in First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon — What are the principles applicable to the interpretation of modern treaties and how do they determine the approach to the review of the Minister's decision? — Correctness standard of review applicable to Minister's decision on matters of treaty interpretation, scope of Aboriginal, treaty rights under Constitution Act, 1982, s. 35, procedural fairness — First, that standard consistent with Vavilov — No reason not to apply Vavilov because it dealt only with standard of review in administrative matters — Standard of review in Aboriginal and treaty rights expressly addressed therein — Second, this was consistent with both what occurred, what was said in Nacho Nyak Dun — Modern treaties intended to renew relationship between Indigenous peoples, Crown to one of equal partnership — Deferring to "partner's" view of meaning of or compliance with treaty inconsistent with nature of that relationship — Authority of Minister to vary or reject decisions of NMRWB not limited to cases in which NMRWB's decision unreasonable or unlawful.*

*baie d'Hudson en conformité avec l'honneur de la Couronne — Appel accueilli en partie; appel incident rejeté.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — La Cour fédérale a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l'Environnement et du Changement climatique (la ministre) visant à modifier la prise totale autorisée (PTA) annuellement d'ours blancs pour le sud de la baie d'Hudson, établie par le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (CGRFRMN) — L'Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik (ARTIN) établit un régime de cogestion de la faune — La ministre a réduit la PTA et a établi certaines limites non quantitatives pour la récolte — La Cour fédérale a examiné la question de la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre avant que la Cour suprême reformule le droit en matière de contrôle judiciaire dans l'arrêt Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov — La Cour fédérale a conclu que la question de savoir si la ministre avait respecté le processus décisionnel prévu par l'ARTIN devrait être examinée selon la norme de la décision correcte, mais que la décision de la ministre dans son ensemble devrait être examinée selon la norme de la décision raisonnable — L'appelante, la Société Makivik, a soutenu que la Cour devrait appliquer la norme de contrôle en appel établie dans l'arrêt Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), sauf à l'égard de la question de savoir si un jugement déclaratoire sur la partie de la décision de la ministre jugée déraisonnable devrait être rendu — Elle a soutenu en outre que la décision de la Cour fédérale sur la norme de contrôle n'a pas tenu compte des principes d'interprétation des traités modernes, énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon — Quels sont les principes applicables à l'interprétation des traités modernes et comment ils déterminent la démarche à l'égard de la révision de la décision de la ministre? La norme de contrôle applicable à la décision de la ministre était celle de la décision correcte à l'égard des questions d'interprétation de traités, de la portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 ainsi que de l'équité procédurale — En premier lieu, cette norme était conforme à l'arrêt Vavilov — Il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer l'arrêt Vavilov parce qu'il ne traitait que de la norme de contrôle applicable en matière administrative — Dans cet arrêt, la norme de contrôle à l'égard des droits ancestraux et issus de traités a été traitée expressément — En second lieu, cette norme était conforme tant à ce qui s'est produit qu'à ce qui a été dit dans l'arrêt Nacho Nyak Dun — Les traités modernes visent à renouveler la relation entre les peuples autochtones et la Couronne afin qu'ils soient des partenaires égaux — S'en remettre à l'opinion d'un « partenaire » sur le sens ou le respect du traité est incompatible avec la nature de cette relation — Le pouvoir de la ministre de modifier ou de*



This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing an application for judicial review of the decision of the Minister of the Environment and Climate Change (Minister) to vary the annual total allowable take (TAT)—the total number that can be lawfully harvested—of 28 polar bears in the Southern Hudson Bay management unit of the Nunavik Marine Region, set by the Nunavik Marine Region Wildlife Board (NMRWB).

The *Nunavik Inuit Land Claims Agreement* (NILCA) is a modern treaty between the Nunavik Inuit, represented by the appellant Makivik Corporation, and the Government of Canada. Article 5 of NILCA establishes a co-management regime for wildlife. In her decision, the Minister reduced the TAT to 23 polar bears, established certain non-quota limitations on harvesting that the NMRWB had rejected, and rejected certain other NQLs that the NMRWB had established. The appellant Makivik Corporation sought declaratory relief. It raised several issues questioning the Minister’s jurisdiction and the reasonableness or correctness of her decision. The Federal Court exercised its discretion to decline to grant declaratory relief. It found, among other things, that to grant declaratory relief at the current stage of development of the wildlife management system would adversely affect the parties’ intention to improve the system, and would be premature. It also took into account the Supreme Court’s call, in *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon (Nacho Nyak Dun)*, for judicial forbearance from closely supervising the conduct of parties to modern treaties. The applicants submitted herein that the Federal Court made errors of principle, of law, and of mixed fact and law in deciding the issues raised by its application, and in declining to grant declaratory relief. The respondent’s cross-appeal related to the granting by the Federal Court of a motion by Makivik to strike out a portion of an affidavit filed by the respondent. The Minister explained that her decision “[took] into account that there are differences between the available scientific information and Traditional Knowledge”. The decision also recognized “the need to exercise caution so as to ensure a sustainable harvest, and the fact that once new information [was] available, the TAT [could] be reassessed.” The Federal Court dealt with the standard of review applicable to the Minister’s decision before the Supreme Court recast the law of judicial review in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*. The Federal Court concluded that whether the Minister adhered to the decision-making process set out in NILCA should be reviewed on the correctness standard, but that the Minister’s decision as a whole should be reviewed on the standard of reasonableness.

*rejeter des décisions du CGRFRMN n’est pas limité aux cas où la décision de ce dernier est déraisonnable ou illicite.*

Il s’agissait d’un appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre de l’Environnement et du Changement climatique (la ministre) visant à modifier la prise totale autorisée (PTA) annuellement—le nombre total d’ours pouvant être chassés légalement—de 28 ours blancs pour l’unité de gestion du sud de la baie d’Hudson en ce qui concerne la région marine du Nunavik, établie par le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (CGRFRMN).

L’*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* (ARTIN) est un traité moderne entre les Inuits du Nunavik, représentés par l’appelante la Société Makivik (Makivik) et le gouvernement du Canada. Le chapitre 5 de l’ARTIN prévoit un régime de cogestion des ressources fauniques. Dans sa décision, la ministre a réduit la PTA à 23 ours blancs, a établi certaines limites non quantitatives pour la récolte d’ours blancs qui avaient été rejetées par le CGRFRMN, et a rejeté certaines autres limites non quantitatives que le CGRFRMN avait fixées. L’appelante, la Société Makivik, a demandé un jugement déclaratoire. Elle a soulevé plusieurs questions, remettant en cause la compétence de la ministre ainsi que le caractère raisonnable ou correct de sa décision. La Cour fédérale a exercé son pouvoir discrétionnaire de refuser de rendre un jugement déclaratoire. Elle a notamment conclu que le fait de rendre un jugement déclaratoire au stade actuel du développement du système de gestion des ressources fauniques nuirait à l’intention des parties d’améliorer le système, et serait prématuré. Elle a également tenu compte de l’arrêt de la Cour suprême *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon (Nacho Nyak Dun)*, à l’égard d’une certaine retenue dans le fait de surveiller étroitement la conduite des parties aux traités modernes. Les demandeurs ont soutenu en l’espèce que la Cour fédérale a commis des erreurs de principe, des erreurs de droit et des erreurs mixtes de fait et de droit, en tranchant les questions soulevées dans leur demande, et en refusant de rendre un jugement déclaratoire. L’appel incident de l’intimé concernait la décision de la Cour fédérale d’accueillir une requête de Makivik en radiation d’une partie d’un affidavit déposé par l’intimé. La ministre a expliqué que sa décision [TRADUCTION] « a tenu compte de l’existence de différences entre l’information scientifique disponible et le savoir traditionnel ». La décision a reconnu également [TRADUCTION] « la nécessité de faire preuve de prudence afin d’assurer une récolte durable et le fait que, dès que de nouveaux renseignements [seront] disponibles, la PTA [pourra] être réévaluée ». La Cour fédérale a examiné la question de la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre avant que la Cour suprême reformule le droit en matière de contrôle judiciaire dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*. La Cour fédérale a conclu que la question de savoir si la ministre

Makivik submitted that the Court should apply the appellate standard of review set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*. Makivik further submitted that the Federal Court's decision on standard of review ignored the principles of modern treaty interpretation set out and applied by the Supreme Court in *Nacho Nyak Dun*, and that it should have applied those principles rather than administrative law principles in determining the standard of review.

It was necessary to identify the principles applicable to the interpretation of modern treaties and how they determine the approach to the review of the Minister's decision. Other issues included whether the Minister gave full regard to the integration of Nunavik Inuit knowledge when making her decision; whether the Minister's approach to the Boards' traditional knowledge study was in accordance with NILCA and the honour of the Crown; whether NILCA authorizes the Minister's reliance on a "cautious management approach" as justification for limiting Nunavik Inuit harvesting; whether NILCA authorizes the Minister to consider the politics of international trade and/or issues related to the *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna* (CITES) when making her decision; whether the Minister's decision to vary the non-quota limitations established by the NMRWB was unlawful, and whether declaratory relief should be granted.

*Held*, the appeal should be allowed in part; the cross-appeal should be dismissed.

The standard of review applicable to the Minister's decision was correctness on matters of treaty interpretation, the scope of Aboriginal and treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and procedural fairness, and reasonableness for any decisions outside these categories. This conclusion was reached for two reasons. First, this was consistent with *Vavilov*—with the presumptive standard of reasonableness on judicial review and the correctness exceptions that it sets out for questions regarding the scope of Aboriginal and treaty rights under section 35. There was no reason not to apply *Vavilov* in this case because it dealt only with the standard of review in administrative matters. The Supreme Court in *Vavilov* expressly addressed the standard of review in Aboriginal and treaty rights and other constitutional matters. Moreover, modern treaties "are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system".

avait respecté le processus décisionnel prévu par l'ARTIN devrait être examinée selon la norme de la décision correcte, mais que la décision de la ministre dans son ensemble devrait être examinée selon la norme de la décision raisonnable.

Makivik a soutenu que la Cour devrait appliquer la norme de contrôle en appel établie dans l'arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*. Makivik a soutenu en outre que la décision de la Cour fédérale sur la norme de contrôle n'a pas tenu compte des principes d'interprétation des traités modernes, énoncés et appliqués par la Cour suprême dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun*, et que, pour déterminer la norme de contrôle, elle aurait dû appliquer ces principes plutôt que les principes de droit administratif.

Il était nécessaire de déterminer les principes applicables à l'interprétation des traités modernes et la façon dont ils déterminent la démarche adoptée à l'égard de la révision de la décision de la ministre. Parmi les autres questions, mentionnons la question de savoir si la ministre a tenu pleinement compte de l'intégration des connaissances des Inuits du Nunavik afin d'en arriver à sa décision; si la démarche adoptée par la ministre à l'égard de l'étude du savoir traditionnel des Conseils était conforme à l'ARTIN et au principe de l'honneur de la Couronne; si l'ARTIN autorise la ministre à se fonder sur une « approche de gestion prudente » comme justification pour restreindre la récolte des Inuits du Nunavik; si l'ARTIN autorise la ministre à tenir compte des politiques du commerce international ou des questions liées à la CITES (*Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*) pour en arriver à sa décision; si la décision de la ministre de modifier les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN était illégale, et si un jugement déclaratoire devrait être rendu.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli en partie; l'appel incident doit être rejeté.

La norme de contrôle applicable à la décision de la ministre était celle de la décision correcte à l'égard des questions d'interprétation de traités, de la portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi que de l'équité procédurale, et de la décision raisonnable à l'égard des décisions qui ne s'inscrivent pas dans ces catégories. Cette conclusion a été tirée pour deux raisons. En premier lieu, elle était conforme à l'arrêt *Vavilov*, en ce qui concerne la présomption de l'application de la norme de la décision raisonnable en matière de contrôle judiciaire et les exceptions relatives à l'application de la norme de la décision correcte qu'il établit à l'égard des questions portant sur la portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l'article 35. Il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer l'arrêt *Vavilov* en l'espèce parce qu'il ne traitait que de la norme de contrôle applicable en matière administrative.

That system includes administrative law, which “is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of” Indigenous peoples (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*). Second, this was consistent with both what occurred, and what was said, in *Nacho Nyak Dun*. While the Supreme Court did not expressly address standard of review in its decision, both lower courts did, and both applied the correctness standard. Their doing so attracted no criticism from the Supreme Court. As stated in *Nacho Nyak Dun*, “[m]odern treaties are intended to renew the relationship between Indigenous peoples and the Crown to one of equal partnership”. Deferring to one “partner’s” view of the meaning of or compliance with the treaty would be inconsistent with the nature of that relationship. Prior to *Vavilov*, it had been recognized that, while questions of constitutional interpretation were reviewable for correctness, any extricable findings of fact, and the assessment of the evidence on which the constitutional analysis was premised, were entitled to deference, and were therefore reviewable for reasonableness. *Vavilov* has not affected this position. The authority of the Minister to vary or reject decisions of the NMRWB is not limited to cases in which the NMRWB’s decision is unreasonable or unlawful.

There was no basis to interfere with the finding of the Federal Court that the Minister took into account the available Inuit traditional knowledge in coming to her decision. There was no doubt that the NMRWB and the Minister came to different conclusions. But the processes they followed were not dissimilar: they amounted in both cases to reviewing information that was before them—both science-based information and Inuit traditional knowledge—and coming to a judgment based on all of what they reviewed. If the NMRWB engaged in integration, the Minister must be said to have done so too.

The requirements in NILCA for the Minister to give reasons must be interpreted purposively. The Minister must give the NMRWB reasons in writing for rejecting an initial decision of the NMRWB to enable the NMRWB to “reconsider the decision in light of the written reasons provided by the Minister and make a final decision.” In this way, as under the scheme considered in *Nacho Nyak Dun*, each step in the process can build on decisions at an earlier stage. The failure of the Minister to do so in varying the NMRWB’s final decision constituted a less-than-purposive interpretation and implementation of

Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a traité expressément de la norme de contrôle à l’égard des droits ancestraux et issus de traités ainsi que d’autres questions constitutionnelles. De plus, les traités modernes « visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général ». Ce système comprend le droit administratif, qui « est suffisamment souple pour que le tribunal accorde l’importance voulue aux intérêts constitutionnels » des peuples autochtones (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*). En second lieu, cette norme était conforme tant à ce qui s’est produit qu’à ce qui a été dit dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun*. Bien que la Cour suprême n’ait pas expressément abordé la norme de contrôle dans son jugement, les deux tribunaux inférieurs l’ont fait et ont appliqué la norme de la décision correcte. Ce faisant, ils n’ont suscité aucune critique de la part de la Cour suprême. Comme il a été déclaré dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun*, « [l]es traités [modernes] visent à renouveler la relation entre les peuples autochtones et la Couronne afin qu’ils soient des partenaires égaux ». S’en remettre à l’opinion d’un « partenaire » sur le sens ou le respect du traité serait incompatible avec la nature de cette relation. Avant l’arrêt *Vavilov*, il avait été reconnu que, même si les questions d’interprétation constitutionnelle étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, il y avait lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait isolables et de l’évaluation de la preuve sur laquelle reposait l’analyse constitutionnelle, qui étaient par conséquent susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable. L’arrêt *Vavilov* n’a pas influencé cette position. Le pouvoir de la ministre de modifier ou de rejeter des décisions du CGRFRMN n’est pas limité aux cas où la décision de ce dernier est déraisonnable ou illicite.

Il n’y avait aucune raison de modifier la conclusion de la Cour fédérale portant que la ministre a tenu compte du savoir traditionnel inuit disponible en parvenant à sa décision. Il ne faisait aucun doute que le CGRFRMN et la ministre sont parvenus à des conclusions différentes. Les processus qu’ils ont suivis étaient toutefois assez semblables : dans les deux cas, ils ont examiné les renseignements dont ils disposaient — tant les renseignements scientifiques que le savoir traditionnel inuit — et ont fondé leur décision sur tous les éléments qu’ils avaient examinés. Si le CGRFRMN s’est engagé dans des efforts d’intégration, il convient de dire que la ministre a fait de même.

Les exigences prévues dans l’ARTIN selon lesquelles le ministre doit fournir des motifs doivent être interprétées de manière téléologique. Le ministre doit fournir des motifs écrits au CGRFRMN justifiant le rejet d’une décision initiale prise par ce dernier pour permettre au CGRFRMN de « réexamine[r] [l]a décision à la lumière des motifs écrits fournis par le ministre et [de prendre] [une] décision finale ». De cette façon, comme sous le régime examiné dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun*, chaque étape du mécanisme repose sur les décisions prises précédemment. L’omission de la ministre de faire de même lorsqu’elle

NILCA's requirements to give reasons, and a breach of the honour of the Crown. That is especially so given the importance that NILCA ascribes to Inuit traditional knowledge. The failure to communicate Environment and Climate Change's concerns in this case could also be characterized as a breach of procedural fairness, also subject to the correctness standard, on the basis that it denied the NMRWB the opportunity to address those concerns in its final decision.

The Minister chose to be cautious in fixing a TAT in light of the factual uncertainties that she identified. Under the terms of NILCA, it was open to her to do so, and to conclude that the TAT that she established was, in the language of paragraph 5.5.3(a), "necessary ... to effect a conservation purpose." While the NMRWB and the Minister plainly had different perspectives on what level of TAT would be cautious, or prudent, they were both entitled under NILCA to come to a judgment on that question.

NILCA requires the NMRWB and the Minister to take into account the two categories of agreements that come within it, i.e. domestic interjurisdictional agreements and international agreements relating to wildlife. But it does not bar the NMRWB or the Minister from taking into account other categories of agreements that do not come within it. This means that even if CITES is not an international agreement relating to wildlife within the meaning of NILCA, it was open to the Minister to consider it, provided that it could be regarded as relevant under the scheme of the NILCA and there were no other provisions precluding the Minister from taking it into account. Here, both of these prerequisites were met.

On much the same basis as the Minister's failure to communicate through reasons Environment and Climate Change's methodological concerns, the failure to communicate in reasons any concerns about the non-quota limitations established by the NMRWB in its initial decision was a breach of the honour of the Crown. The effect of the breach was to deny the NMRWB an opportunity to address these concerns in its final decision, and to stifle the dialogue for which the NILCA process was intended to provide.

There were good reasons to grant declaratory relief, despite the directive in *Nacho Nyak Dun* to exercise judicial forbearance and restraint. Circumstances had changed since the Federal Court made its remedial decision. While the

a modifié la décision finale du CGRFRMN constituait une interprétation et une mise en œuvre des exigences prévues par l'ARTIN moins fondées sur l'objet visé, qui est de fournir une décision motivée, et constituait également un manquement au principe de l'honneur de la Couronne. C'est particulièrement vrai lorsqu'on connaît l'importance que l'ARTIN accorde au savoir traditionnel inuit. En l'espèce, l'omission de transmettre les préoccupations d'Environnement et Changement climatique pourrait également être qualifiée de manquement à l'équité procédurale, également assujettie à la norme de la décision correcte, parce qu'elle a empêché le CGRFRMN de répondre à ces préoccupations dans sa décision finale.

La ministre a choisi d'être prudente en fixant la PTA en tenant compte des incertitudes qu'elle a relevées sur le plan factuel. Aux termes de l'ARTIN, il lui était loisible d'agir ainsi et de conclure que la PTA qu'elle a établie était, pour reprendre les termes de l'alinéa 5.5.3(a), « nécessaire [...] pour mettre en œuvre un objectif de conservation ». Même si le CGRFRMN et la ministre avaient clairement des points de vue différents sur le niveau de PTA que la prudence ou la précaution dicterait, ils avaient tous deux le droit, en vertu de l'ARTIN, d'avoir un avis à ce sujet.

L'ARTIN exige que le CGRFRMN et le ministre tiennent compte de deux catégories d'ententes visées, c'est-à-dire les ententes multigouvernementales intérieures et les ententes internationales sur les ressources fauniques. Mais elle n'empêche pas le CGRFRMN et le ministre de tenir compte d'autres catégories d'ententes qui ne sont pas visées. Il s'ensuit que, même si la CITES n'est pas une entente internationale sur les animaux sauvages au sens de l'ARTIN, il était loisible à la ministre d'en tenir compte, pourvu que cette entente puisse être considérée comme pertinente sous le régime de l'ARTIN et qu'aucune autre disposition n'empêche la ministre d'en tenir compte. En l'espèce, ces deux conditions préalables ont été remplies.

En grande partie pour les mêmes motifs que ceux qui concernent l'omission de la ministre de communiquer, par des motifs, les préoccupations d'Environnement et Changement climatique au sujet de la méthodologie, l'omission de communiquer dans les motifs les préoccupations concernant les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN dans sa décision initiale équivalait à un manquement au principe de l'honneur de la Couronne. L'effet du manquement a été de refuser au CGRFRMN la possibilité de répondre à ces préoccupations dans sa décision finale et d'entraver le dialogue que le processus de l'ARTIN visait à établir.

Il y avait des motifs valables de rendre un jugement déclaratoire, malgré la directive donnée dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun* quant à l'exercice d'une retenue judiciaire. Depuis que la Cour fédérale a rendu sa décision sur la réparation, les circonstances

Federal Court found that the Minister had acted unreasonably in relation to the NQLs, here it was determined that the Minister's conduct in relation not only to the NQLs but also to Inuit traditional knowledge failed to uphold the honour of the Crown. These findings called for a fresh exercise of discretion. The prerequisites for granting declaratory relief were met in this case: there was no question as to the Court's jurisdiction; the dispute was real; Makivik had a genuine interest in its resolution; and the respondent had an interest in opposing the declaration sought. Finally, a formal judgment granting declaratory relief would add further solemnity to the Court's conclusions, it would help to underline the importance in the reconciliation endeavour of the Crown's honouring its section 35 obligations, and it would be more consistent with the Supreme Court's admonition that "judicial forbearance should not come at the expense of adequate scrutiny of Crown conduct to ensure constitutional compliance".

The appeal was allowed in part. It was declared that, in participating in the decision-making process under the NILCA to determine the TAT and non-quota limitations for the Southern Hudson Bay subpopulation of polar bears, the Crown failed to interpret and implement that process in accordance with the honour of the Crown. The cross-appeal was dismissed.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 52(b)(i).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 301.

*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Agreement between the Crees of Eeyou Istchee and Her Majesty the Queen in right of Canada concerning the Eeyou Marine Region*, signed on July 7, 2010.

*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna*, July 1, 1975, 993 U.N.T.S. 243.  
*Nunavik Inuit Land Claims Agreement*, signed December 1, 2006.

ont changé. Bien que la Cour fédérale ait conclu que la ministre avait agi de façon déraisonnable en ce qui a trait aux limites non quantitatives, il a été conclu que la ministre n'avait pas préservé l'honneur de la Couronne, non seulement en ce qui concerne les limites non quantitatives, mais également en ce qui a trait au savoir traditionnel inuit. De telles conclusions appelaient un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire. Les conditions préalables à l'octroi d'un jugement déclaratoire ont été remplies en l'espèce : la question de la compétence de la Cour ne s'est pas posée, la question en cause était réelle; Makivik avait véritablement intérêt à ce que la question soit résolue; et l'intimé avait intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité. Enfin, un jugement déclaratoire formel ajouterait un certain élément de solennité aux conclusions de la Cour; cela aiderait à souligner l'importance des efforts de réconciliation que la Couronne doit déployer pour respecter ses obligations prévues à l'article 35 et ce serait plus conforme à la mise en garde de la Cour suprême, qui a rappelé que « pour assurer le respect de la Constitution, la retenue dont font preuve les tribunaux ne doit pas s'exercer au détriment d'un examen adéquat de la conduite de la Couronne ».

L'appel a été accueilli en partie. Il a été déclaré qu'en participant au processus décisionnel aux termes de l'ARTIN pour déterminer la PTA et les limites non quantitatives pour la sous-population d'ours blancs du sud de la baie d'Hudson, la Couronne n'a pas interprété et mis en œuvre ce processus en conformité avec l'honneur de la Couronne. L'appel incident a été rejeté.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.

*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 52b)(i).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 301.

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Accord entre les Cris d'Eeyou Istchee et Sa Majesté la Reine du chef du Canada sur la région marine d'Eeyou*, signé le 7 juillet 2010.

*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik*, signé le 1<sup>er</sup> décembre 2006.

*Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 1 juillet 1975, 993 R.T.N.U. 243.



## CASES CITED

## APPLIED:

*First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576, revg in part 2015 YKCA 18, 95 C.E.L.R. (3d) 187, revg in part 2014 YKSC 69, 91 C.E.L.R. (3d) 286; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165.

## CONSIDERED:

*Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069; *Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment)*, 2013 SCC 52, [2013] 3 S.C.R. 323.

## REFERRED TO:

*Larsson v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1044 (QL) (C.A.), (1997), 216 N.R. 315; *Systèmes Equinox Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 FCA 51, 428 N.R. 303; *Shoan v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 174; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, [2019] 2 S.C.R. 535; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374; *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131, 424 D.L.R. (4th) 366; *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209; *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376; *Canada (Attorney General) v. Distribution G.V.A. Inc.*, 2018 FCA 146; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2019 FCA 206, [2020] 1 F.C.R. 231; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355, leave to appeal to S.C.C. refused, [2019] S.C.C.A. No. 478 (QL), [2020] 1 S.C.R. xvi; *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2020 FCA 122, [2020] 4 F.C.R. 678; *Gift Lake Métis Settlement v. Alberta (Aboriginal Relations)*, 2019 ABCA 134 (CanLII), 84 Alta. L.R. (6th) 223; *Procureur général du Québec c. Association canadienne des télécommunications*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576, infirmant en partie 2015 YKCA 18, 95 C.E.L.R. (3d) 187, infirmant en partie 2014 YKSC 69, 91 C.E.L.R. (3d) 286; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069; *Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement)*, 2013 CSC 52, [2013] 3 R.C.S. 323.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Larsson c. Canada*, 1997 CanLII 6178, [1997] A.C.F. n° 1044 (QL) (C.A.); *Systèmes Equinox Inc. c. Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2012 CAF 51; *Shoan c. Canada (Procureur général)*, 2020 CAF 174; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31, [2019] 2 R.C.S. 535; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374; *Sturgeon Lake Cree Nation c. Hamelin*, 2018 CAF 131; *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177; *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376; *Canada (Procureur général) c. Distribution G.V.A. Inc.*, 2018 CAF 146; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2019 CAF 206, [2020] 1 R.C.F. 231; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2019] C.S.C.R. n° 478 (QL), [2020] 1 R.C.S. xvi; *Première nation des Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2020 CAF 122, [2020] 4 R.C.F. 678; *Gift Lake Métis Settlement v. Alberta (Aboriginal Relations)*, 2019 ABCA 134 (CanLII), 84 Alta. L.R. (6th) 223; *Procureur général du Québec c. Association canadienne des télécommunications*



*sans fil*, 2021 QCCA 730; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765; *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, 1979 CanLII 9; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, affg 2002 BCCA 147, 99 B.C.L.R. (3d) 209; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25.

## AUTHORS CITED

Dylan, Daniel W. “Wildlife Management, Privative Clauses, Standards of Review, and Inuit Qaujimagatuqangit: The Dimensions of Judicial Review in Nunavut” (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 265.  
*Merriam-Webster Dictionary*, “integrate”, online: <<https://merriam-webster.com>>.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2019 FC 1297) varying a decision of the Nunavik Marine Region Wildlife Board that had set an annual total allowable take of 28 polar bears in the Southern Hudson Bay management unit of the Nunavik Marine Region. Appeal allowed in part, cross appeal dismissed.

## APPEARANCES

*Nick Dodd* and *David Janzen* for appellant/respondent by cross-appeal Makivik Corporation.  
*Jean-Sébastien Clément* and *Alex O'Reilly* for appellant/respondent by cross-appeal Grand Council of the Crees.  
*Cristina Birks* for appellant/respondent by cross-appeal Nunavik Marine Region Wildlife Board.  
*Pavol Janura* and *Vincent Veilleux* for respondent/appellant by cross-appeal.  
*Christopher C. Rootham* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD

*Dionne Schulze s.e.n.c.*, Montréal, for appellant/respondent by cross-appeal Makivik Corporation.

*sans fil*, 2021 QCCA 730; *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765; *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; *Première nation de Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 1979 CanLII 9; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, confirmant 2002 BCCA 147, 99 B.C.L.R. (3d) 209; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117.

## DOCTRINE CITÉE

Dylan, Daniel W. « Wildlife Management, Privative Clauses, Standards of Review, and Inuit Qaujimagatuqangit: The Dimensions of Judicial Review in Nunavut » (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 265.  
*Le Trésor de la Langue Française informatisé*, « intégrer », en ligne : <<http://atilf.atilf.fr/tlfv3.htm>>

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1297) visant à modifier une décision du Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik, qui avait établi une prise totale autorisée annuellement de 28 ours blancs pour l'unité de gestion du sud de la baie d'Hudson en ce qui concerne la région marine du Nunavik. Appel accueilli en partie, appel incident rejeté.

## ONT COMPARU :

*Nick Dodd* et *David Janzen* pour l'appelante/intimée dans l'appel incident la Société Makivik.  
*Jean-Sébastien Clément* et *Alex O'Reilly* pour l'appellant/intimé dans l'appel incident le Grand Conseil des Cris.  
*Cristina Birks* pour l'appellant/intimé dans l'appel incident le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik.  
*Pavol Janura* et *Vincent Veilleux* pour l'intimé/appellant dans l'appel incident.  
*Christopher C. Rootham* pour l'intervenante.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Dionne Schulze s.e.n.c.*, Montréal, pour l'appelante/intimée dans l'appel incident la Société Makivik.

*Gowling WLG (Canada) LLP*, Montréal, for appellant/respondent by cross-appeal Grand Council of the Crees.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, appellant/respondent by cross-appeal Nunavik Marine Region Wildlife Board.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent/appellant by cross-appeal.

*Nelligan O'Brien Payne LLP*, Ottawa, for intervener.

*Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour l'appellant/intimé dans l'appel incident le Grand Conseil des Cris.

*Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Montréal, pour l'appellant/intimé dans l'appel incident le Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik.

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé/appellant dans l'appel incident.

*Nelligan O'Brien Payne s.r.l.*, Ottawa, pour l'intervenante.

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

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

LASKIN J.A.:

LE JUGE LASKIN, J.C.A. :

#### Table of Contents

#### Table des matières

	Paragraph
I. Introduction.....	1
II. The NILCA wildlife management regime .....	15
A. <i>Principles and objective</i> .....	16
B. <i>The NMRWB's composition and mandate</i> .....	19
C. <i>Decision-making criteria</i> .....	23
D. <i>Decision-making process</i> .....	26
III. The decision-making process for SHB polar bears .....	29
IV. The application for judicial review ....	46
V. Relief sought on appeal.....	51
VI. Issues.....	55
VII. Analysis.....	62
A. <i>What are the principles applicable to the interpretation of modern treaties and how do they determine this Court's approach to the review of the Minister's decision? This includes the standard of appellate review and the standard of review applicable to the Minister's decision</i> .....	62

	Paragraphe
I. Introduction.....	1
II. Régime de gestion des ressources fauniques de l'ARTIN.....	15
A. <i>Principes et objectif</i> .....	16
B. <i>Composition et attributions du CGRFRMN</i> .....	19
C. <i>Critères décisionnels</i> .....	23
D. <i>Processus décisionnel</i> .....	26
III. Processus décisionnel applicable aux ours blancs du SHB.....	29
IV. Demande de contrôle judiciaire .....	46
V. Réparation demandée en appel .....	51
VI. Questions en litige.....	55
VII. Discussion .....	62
A. <i>Quels sont les principes applicables à l'interprétation des traités modernes et comment déterminent-ils la démarche adoptée par notre Cour à l'égard de la révision de la décision de la ministre? Cela comprend la norme de contrôle applicable en appel et la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre</i> .....	62

(1) Modern treaty interpretation...	62	1) Interprétation des traités modernes.....	62
(2) Appellate standard of review ...	64	2) Norme de contrôle applicable en appel.....	64
(3) Standard of review of the Minister's decision.....	69	3) Norme de contrôle applicable à la décision de la ministre.....	69
B. <i>Did the Minister give full regard to the integration of Nunavik Inuit knowledge of wildlife and wildlife habitat with knowledge gained through scientific research when making her decision? .....</i>	88	B. <i>La ministre a-t-elle omis de tenir pleinement compte de l'intégration des connaissances des Inuits du Nunavik sur la faune et son habitat aux renseignements apportés par la recherche scientifique afin d'en arriver à sa décision? .....</i>	88
C. <i>Was the Minister's approach to the Boards' traditional knowledge study in accordance with NILCA and the honour of the Crown? .....</i>	100	C. <i>La démarche adoptée par la ministre à l'égard de l'étude du savoir traditionnel des Conseils était-elle conforme à l'ARTIN et au principe de l'honneur de la Couronne? .....</i>	100
D. <i>Does NILCA authorize the Minister's reliance on a "cautious management approach" as justification for limiting Nunavik Inuit harvesting? .....</i>	114	D. <i>L'ARTIN autorise-t-il la ministre à se fonder sur une « approche de gestion prudente » comme justification pour restreindre la récolte des Inuits du Nunavik? .....</i>	114
E. <i>Does NILCA authorize the Minister to consider the politics of international trade and/or issues related to CITES (the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna) when making her decision? .....</i>	118	E. <i>L'ARTIN autorise-t-il la ministre à tenir compte des politiques du commerce international ou des questions liées à la CITES (Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction) pour en arriver à sa décision? .....</i>	118
F. <i>Was the Minister's reliance on the 2014 voluntary agreement authorized by NILCA and in accordance with the honour of the Crown? .....</i>	127	F. <i>L'ARTIN autorise-t-il la ministre à se fonder sur l'accord volontaire de 2014 et la ministre a-t-elle, ce faisant, respecté le principe de l'honneur de la Couronne? .....</i>	127
G. <i>Was the Minister's decision to vary the non-quota limitations established by the Boards authorized by NILCA? If yes, was it nonetheless unlawful? .....</i>	140	G. <i>L'ARTIN autorise-t-il la ministre à modifier les limites non quantitatives établies par les Conseils? Dans l'affirmative, est-ce pour autant légal? .....</i>	140
H. <i>Did the application judge commit reviewable error in granting Makivik's motion to strike out certain portions of the evidence filed by the Attorney General? .....</i>	147	H. <i>Le juge de première instance a-t-il commis une erreur susceptible de révision en accueillant la requête de Makivik en radiation de certains éléments de preuve produits par le procureur général? .....</i>	147

I. <i>Should this Court grant declaratory relief?</i> .....	150
VIII. Proposed disposition .....	158

I. <i>Notre Cour devrait-elle rendre un jugement déclaratoire?</i> .....	150
VIII. Dispositif proposé .....	158

## I. Introduction

[1] The *Nunavik Inuit Land Claims Agreement* (NILCA)\* is a modern treaty between the Nunavik Inuit, represented by the appellant Makivik Corporation, and the Government of Canada. It applies to the offshore region around northern Quebec, northern Labrador and offshore northern Labrador. The rights that it grants to the Nunavut Inuit are constitutionally protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[2] Among the many important provisions of NILCA is Article 5, which establishes a co-management regime for wildlife in the Nunavik Marine Region (NMR). This regime contemplates decision-making roles for both the Nunavik Marine Region Wildlife Board (NMRWB), established under NILCA, and federal and Nunavut Ministers. It also contemplates that in the operation of the regime, Nunavik Inuit approaches to wildlife management, and Nunavik Inuit traditional knowledge of wildlife and wildlife habitat, will be integrated with knowledge gained through scientific research.

[3] The species subject to this regime include the polar bear. Polar bears are of great cultural, nutritional, social, and economic significance for the Nunavik Inuit. They have harvested polar bears for thousands of years.

[4] This appeal arises from the decision of the Minister of the Environment and Climate Change Canada—the first of its kind by the Minister under NILCA—to vary a decision of the NMRWB. Acting in response to a request by a predecessor of the Minister, the Board had set an annual total allowable take (TAT)—the total number that

\* Consistent with the parties' written and oral submissions, and with day-to-day usage outside the courtroom by those concerned with the subject of this appeal, these reasons make frequent use of acronyms. For convenience, a complete list of the acronyms used in these reasons can be found in Appendix 1 attached.

## I. Introduction

[1] L'*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* (ARTIN)\* est un traité moderne entre les Inuits du Nunavik, représentés par l'appelante la Société Makivik (Makivik) et le gouvernement du Canada. Il s'applique aux zones extracôtières entourant le nord du Québec et le nord du Labrador. Les droits qu'il accorde aux Inuits du Nunavut bénéficient d'une protection constitutionnelle du fait de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[2] Parmi les nombreuses dispositions importantes de l'ARTIN, le chapitre 5 prévoit un régime de cogestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (RMN). Ce régime prévoit les rôles décisionnels tant du Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik (CGRFRMN) constitué par l'ARTIN, que des ministres fédéraux et du ministre du Nunavut. Il dispose également que les approches des Inuits du Nunavik en matière de gestion des ressources fauniques et leurs connaissances traditionnelles sur la faune et son habitat sont intégrées aux renseignements apportés par la recherche scientifique.

[3] Les espèces visées par ce régime comprennent l'ours blanc. Les ours blancs jouent un rôle important aux plans culturel, nutritionnel, social et économique pour les Inuits du Nunavik. Ces derniers chassent l'ours blanc depuis des millénaires.

[4] Le présent appel découle de la décision de la ministre de l'Environnement et du Changement climatique — la première en son genre rendue par la ministre aux termes de l'ARTIN — visant à modifier la décision du CGRFRMN. En réponse à une demande du prédécesseur de la ministre, le Conseil avait fixé la prise totale

\* En accord avec les observations écrites et orales des parties et au langage couramment employé en dehors de la salle d'audience par les personnes concernées par l'objet du présent appel, nous utiliserons souvent des acronymes dans les présents motifs. Par souci de commodité, la liste complète des acronymes utilisés dans les présents motifs est reproduite à l'annexe 1.

can be lawfully harvested—of 28 bears for polar bears in the Southern Hudson Bay (SHB) management unit of the NMR<sup>†</sup>. In her decision, the Minister reduced the TAT to 23, and also, among other things, established certain non-quota limitations (NQLs) on harvesting that the NMRWB had rejected and rejected certain other NQLs that the NMRWB had established.

[5] Makivik brought an application for judicial review of the Minister's decision in the Federal Court. As first constituted, the application sought both a declaration that the Minister's decision was unauthorized or invalid, and an order quashing the decision and remitting the matter to the Minister to make a new decision. Makivik subsequently amended its notice of application to claim only declaratory relief. It raised a total of 10 issues questioning the Minister's jurisdiction and the reasonableness or correctness of her decision. These included issues as to the role that Inuit traditional knowledge played—or, according to Makivik, should have played—in the Minister's decision.

[6] In its argument in the Federal Court, the NMRWB, a respondent to Makivik's application, also sought declaratory relief, though it did not commence its own application for judicial review. The declarations it sought overlapped to some degree with those sought by Makivik, but were cast in more general terms. In view of this overlap and the manner in which the parties had made their arguments, the application judge dealt with the issues as they had been identified by Makivik.

[7] The application judge dismissed the application (2019 FC 1297, Favel J.). He found fault with the Minister's decision on one of the 10 issues raised by Makivik, that relating to NQLs. However, he exercised his discretion to decline to grant declaratory relief. He

autorisée (PTA) annuellement — le nombre total d'ours pouvant être chassés légalement — à 28 ours blancs pour l'unité de gestion du sud de la baie d'Hudson (SBH) en ce qui concerne la région marine du Nunavik (RMN)<sup>†</sup>. Dans sa décision, la ministre a réduit la PTA à 23, et a notamment établi certaines limites non quantitatives pour la récolte d'ours blancs qui avaient été rejetées par le CGRFRMN, et a rejeté certaines autres limites non quantitatives que le CGRFRMN avait fixées.

[5] Makivik a présenté une demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre à la Cour fédérale. Telle qu'elle était d'abord constituée, la demande visait à obtenir un jugement déclarant que la décision de la ministre était non autorisée ou invalide ainsi qu'une ordonnance annulant la décision et renvoyant l'affaire à la ministre pour qu'elle rende une nouvelle décision. Makivik a par la suite modifié son avis de demande afin de solliciter uniquement un jugement déclaratoire. Au total, elle a soulevé 10 questions, remettant en cause la compétence de la ministre ainsi que le caractère raisonnable ou correct de sa décision. Il s'agissait notamment de questions portant sur le rôle joué par le savoir traditionnel inuit ou, selon Makivik, aurait dû jouer.

[6] Dans son plaidoyer devant la Cour fédérale, le CGRFRMN, un des défendeurs dans la demande de Makivik, sollicitait également un jugement déclaratoire, bien qu'il n'ait pas présenté sa propre demande de contrôle judiciaire. Les jugements déclaratoires qu'il sollicitait chevauchaient dans une certaine mesure ceux sollicités par Makivik, mais ils étaient formulés en termes plus généraux. Compte tenu de ce chevauchement et de la manière dont les parties avaient présenté leurs arguments, le juge de première instance a examiné les questions telles qu'elles avaient été soulevées par Makivik.

[7] Le juge de première instance (le juge Favel) a rejeté la demande (2019 CF 1297). Il a critiqué la décision de la ministre à l'égard de l'une des 10 questions soulevées par Makivik, soit celle concernant les limites non quantitatives. Il a toutefois exercé son pouvoir

<sup>†</sup> Maps showing Polar Bear Management Units in the Arctic and the SHB Subpopulation (Appeal Book, pp. 851, 853) are attached as Appendix 2.

<sup>†</sup> Cartes montrant les unités de gestion des ours blancs en Arctique et la sous-population d'ours blancs du SBH (dossier d'appel, p. 851 et 853), reproduites à l'annexe 2.

found among other things that to grant declaratory relief at the current stage of development of the wildlife management system would adversely affect the parties' intention to improve the system, and would be premature. He also took into account the Supreme Court's call, in *First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2017 SCC 58, [2017] 2 S.C.R. 576 [*Nacho Nyak Dun*], at paragraphs 33, 60, for judicial forbearance from closely supervising the conduct of parties to modern treaties.

[8] Makivik, the Grand Council of the Crees (GCC) (which represents the Crees of Eeyou Istchee) and the NMRWB now appeal from the judgment of the application judge dismissing the application. Makivik submits that the application judge made errors of principle, of law, and of mixed fact and law in deciding the issues raised by its application for judicial review, and in declining to grant declaratory relief. It sets out a series of declarations that it submits this Court should grant.

[9] Both the GCC and the NMRWB also allege errors on the part of the application judge, and seek declaratory relief. The declarations that they claim are cast in terms different from, though they again in part overlap with, those sought by Makivik.

[10] The respondent, the Attorney General of Canada, cross-appeals from the granting by the application judge of a motion by Makivik to strike out a portion of an affidavit of Dr. Rachel Vallender, filed by the Attorney General. The motion was brought on the basis that the targeted portions of the affidavit set out new information that had not been available to the Minister when she made her decision, and was therefore inadmissible on judicial review. The Attorney General submits that the evidence struck out was relevant to the exercise of the Federal Court's discretion (and potentially also this Court's discretion) whether to grant declaratory relief.

discrétionnaire de refuser de rendre un jugement déclaratoire. Il a notamment conclu que le fait de rendre un jugement déclaratoire au stade actuel du développement du système de gestion des ressources fauniques nuirait à l'intention des parties d'améliorer le système, et serait prématuré. Il a également tenu compte de l'arrêt de la Cour suprême *First Nation of Nacho Nyak Dun c. Yukon*, 2017 CSC 58, [2017] 2 R.C.S. 576 [*Nacho Nyak Dun*], aux paragraphes 33 et 60, à l'égard d'une certaine retenue dans le fait de surveiller étroitement la conduite des parties aux traités modernes.

[8] Makivik, le Grand Conseil des Cris (GCC) (qui représente les Cris d'Eeyou Istchee) et le CGRFRMN interjettent maintenant appel de la décision du juge de première instance qui a rejeté la demande. Makivik soutient que le juge de première instance a commis des erreurs de principe, des erreurs de droit et des erreurs mixtes de fait et de droit, en tranchant les questions soulevées dans sa demande de contrôle judiciaire, et en refusant de rendre un jugement déclaratoire. Elle énonce une série de déclarations que, selon elle, notre Cour devrait accorder.

[9] Tant le GCC que le CGRFRMN allèguent que le juge de première instance a commis des erreurs, et sollicitent un jugement déclaratoire. Les jugements déclaratoires qu'ils sollicitent sont formulés dans des termes différents de ceux sollicités par Makivik, bien qu'ils chevauchent encore ces derniers dans une certaine mesure.

[10] L'intimé, le procureur général du Canada, interjette un appel incident de la décision du juge de première instance qui a accueilli une requête de Makivik en radiation d'une partie d'un affidavit de M<sup>me</sup> Rachel Vallender, déposé par le procureur général. La requête a été présentée au motif que des parties ciblées de l'affidavit contenaient de nouveaux renseignements qui n'avaient pas été mis à la disposition de la ministre au moment où elle a rendu sa décision, et qui étaient donc inadmissibles aux fins du contrôle judiciaire. Le procureur général soutient que les éléments de preuve radiés étaient pertinents pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale (et peut-être aussi de notre Cour) de rendre un jugement déclaratoire.



[11] For the reasons that follow, I would allow the appeal in part, grant declaratory relief, and dismiss the cross-appeal.

[12] In explaining why I reach these conclusions, I will first review the wildlife management regime set out in NILCA, and the decision-making process for which it provides. I will then consider in turn the issues raised by the parties.

[13] Before proceeding further, I should mention two additional points of context. First, the Minister's decision in issue in this proceeding was made in relation to both the decision of the NMRWB under NILCA and the identical decision of the Eeyou Marine Region Wildlife Board (EMRWB) under the parallel wildlife co-management regime set out in the Eeyou Marine Region Land Claims Agreement (EMRLCA) [Agreement between the Crees of Eeyou Istchee and Her Majesty the Queen in right of Canada concerning the Eeyou Marine Region]. EMRLCA is a modern treaty between the Crees of Eeyou Istchee and the Government of Canada, which covers an area off the Quebec shore in the eastern James Bay and southern Hudson Bay. Given the nature of the relationship between the two regimes and the decisions of the two Boards, as well as the scope of the Minister's decision, I will follow the lead of the parties in referring almost exclusively to the provisions of NILCA and the decision made under it. The conclusions that apply under NILCA also apply under EMRLCA.

[14] Second, the Minister of the Environment, Government of Nunavut, also rendered a decision varying the decision of the NMRWB and the EMRWB on substantially the same terms as the federal Minister, under provisions of NILCA and the EMRLCA very similar to those invoked by the federal Minister. Makivik has commenced an application for judicial review in the Nunavut Court of Justice of the Nunavut Minister's decision. Counsel for Makivik advise that that application is being held in abeyance pending the outcome of this proceeding. The Attorney General of Nunavut was an intervener in the Federal Court, but does not appear in this appeal.

[11] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel en partie, je rendrais un jugement déclaratoire et je rejetterais l'appel incident.

[12] Pour expliquer comment je parviens à ces conclusions, j'examinerai d'abord le régime de gestion des ressources fauniques établi par l'ARTIN, ainsi que le processus décisionnel qu'il prévoit. J'examinerai ensuite à tour de rôle les questions soulevées par les parties.

[13] Avant de poursuivre, je dois mentionner deux éléments contextuels supplémentaires. En premier lieu, la décision en cause rendue par la ministre dans la présente instance fait suite à la décision du CGRFRMN aux termes de l'ARTIN et à la décision identique du Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine d'Eeyou (CGRFRME) sous le régime parallèle de cogestion des ressources fauniques établi par l'Accord sur les revendications territoriales concernant la région marine d'Eeyou (ARTRME) [Accord entre les Cris d'Eeyou Istchee et Sa Majesté la Reine du chef du Canada sur la région marine d'Eeyou]. L'ARTRME est un traité moderne entre les Cris d'Eeyou Istchee et le gouvernement du Canada, qui couvre une zone extracôtière du Québec située dans l'est de la baie James et la partie sud de la baie d'Hudson. Compte tenu de la nature de la relation entre les deux régimes et des décisions rendues par les deux Conseils ainsi que de la portée de la décision de la ministre, je suivrai la voie tracée par les parties, en me reportant presque exclusivement aux dispositions de l'ARTIN et à la décision rendue sous le régime de ce dernier. Les conclusions qui s'appliquent à l'ARTIN s'appliquent également à l'ARTRME.

[14] En second lieu, le ministre de l'Environnement du Nunavut a également rendu une décision modifiant la décision du CGRFRMN et du CGRFRME dont les termes sont essentiellement les mêmes que ceux employés par la ministre fédérale, en vertu des dispositions de l'ARTIN et de l'ARTRME, très semblable à ce qui a été invoqué par la ministre fédérale. Makivik a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre du Nunavut, devant la Cour de justice du Nunavut. Les avocats de Makivik indiquent que cette demande a été mise en suspens en attendant l'issue de la présente instance. Le procureur général du Nunavut est intervenu

devant la Cour fédérale, mais n'a pas comparu dans le cadre du présent appel.

## II. The NILCA wildlife management regime

[15] NILCA came into force in 2008. As mentioned above, Article 5 deals with wildlife management. It is one of many topics that NILCA addresses.

### A. Principles and objective

[16] Article 5 begins with statements of the principles that it recognizes and reflects, as well as its objective. By section 5.1.2, these principles include that

- “Nunavik Inuit are traditional and current users of wildlife and other resources of the NMR and have developed particular knowledge and understanding of the region and resources” (paragraph 5.1.2(c));
- “there is a need for an effective system of wildlife management that respects Nunavik Inuit harvesting rights and priorities” (paragraph 5.1.2(f));
- “the wildlife management system and the exercise of Nunavik Inuit harvesting rights are governed by and subject to the principles of conservation” (paragraph 5.1.2(h));
- “Nunavik Inuit shall have an effective role in all aspects of wildlife management” (paragraph 5.1.2(i)); and
- “Government [defined in section 1.1 as “the Government of Canada or the Government of Nunavut, or both, as the context requires”] has ultimate responsibility for wildlife management and agrees to exercise this responsibility in the NMR in accordance with the provisions of [Article 5]” (paragraph 5.1.2(j)).

## II. Régime de gestion des ressources fauniques de l'ARTIN

[15] L'ARTIN est entré en vigueur en 2008. Comme il a été mentionné précédemment, le chapitre 5 traite de la gestion des ressources fauniques. Il s'agit de l'un des nombreux sujets visés par l'ARTIN.

### A. Principes et objectif

[16] Le chapitre 5 commence par des énoncés de principes qu'il reconnaît et reflète ainsi que ses objectifs. L'article 5.1.2 énonce les principes directeurs suivants :

- « les Inuit du Nunavik sont des utilisateurs – traditionnels et actuels – des ressources fauniques et des autres ressources de la RMN et ont acquis une connaissance et une compréhension particulières de la région et de ses ressources » (alinéa 5.1.2(c));
- « il est nécessaire d'établir un système efficace de gestion des ressources fauniques qui respecte les droits et priorités des Inuit du Nunavik en matière de récolte » (alinéa 5.1.2(f));
- « le système de gestion des ressources fauniques et l'exercice des droits de récolte des Inuit du Nunavik sont régis par les principes de la conservation » (alinéa 5.1.2(h));
- « les Inuit du Nunavik participent concrètement à tous les aspects de la gestion des ressources fauniques » (alinéa 5.1.2(i));
- « le gouvernement [défini à l'article 1.1 “s'entend, selon le contexte, soit du gouvernement du Canada, soit du gouvernement du Nunavut ou des deux”] demeure responsable de la gestion des ressources fauniques et convient d'exercer cette responsabilité dans la RMN conformément aux dispositions du [chapitre 5] » (alinéa 5.1.2(j)).

[17] The objective of Article 5 is stated in section 5.1.3 to be to create a wildlife management system for the NMR that, among other things,

- “defines and protects Nunavik Inuit harvesting rights” (paragraph 5.1.3(a));
- “promotes the long-term economic, social and cultural interests of Nunavik Inuit” (paragraph 5.1.3(d));
- “recognizes the value of Nunavik Inuit approaches to wildlife management and Nunavik Inuit knowledge of wildlife and wildlife habitat and integrates those approaches with knowledge gained through scientific research” (paragraph 5.1.3(f)); and
- “establishes the NMRWB to make decisions pertaining to wildlife management” (paragraph 5.1.3(i)).

[18] Sections 5.1.4 and 5.1.5 elaborate on the content and application of the principles of conservation. By section 5.1.4, “[t]he principles of conservation will be interpreted and applied giving full regard to the principles and objective outlined in sections 5.1.2 and 5.1.3 and the rights and obligations set out in this Article.” Section 5.1.5 states that for the purposes of Article 5, the principles of conservation are:

- (a) the maintenance of the natural balance of ecological systems within the NMR;
- (b) the maintenance of vital, healthy wildlife populations capable of sustaining harvesting needs as defined in [Article 5];
- (c) the protection of wildlife habitat; and
- (d) the restoration and revitalization of depleted populations of wildlife and wildlife habitat.

#### B. *The NMRWB’s composition and mandate*

[19] Part 5.2 of NILCA establishes the NMRWB as an institution of public government. It consists of

[17] L’objet du chapitre 5 est énoncé à l’article 5.1.3 et vise à créer un système de gestion des ressources fauniques pour la RMN, lequel :

- « définit et sauvegarde les droits de récolte des Inuit du Nunavik » (alinéa 5.1.3(a));
- « favorise les intérêts économiques, sociaux et culturels à long terme des Inuit du Nunavik » (alinéa 5.1.3(d));
- « reconnaît la valeur des modes de gestion des ressources fauniques des Inuit du Nunavik, ainsi que leur connaissance desdites ressources et de leur habitat, et intègre ces façons de faire aux connaissances qu’apporte la recherche scientifique » (alinéa 5.1.3(f));
- « crée le CGRFRMN, chargé de la prise de décisions en matière de gestion des ressources fauniques » (alinéa 5.1.3(i)).

[18] Les articles 5.1.4 et 5.1.5 précisent le contenu et l’application des principes de conservation. En application de l’article 5.1.4, « [l]es principes de conservation seront interprétés et appliqués en tenant pleinement compte des principes et des objectifs énoncés aux articles 5.1.2 et 5.1.3 et des droits et obligations prévus au présent chapitre ». L’article 5.1.5 indique qu’« [a]ux fins du [chapitre 5], les principes de conservation sont les suivants :

- (a) le maintien de l’équilibre naturel des systèmes écologiques dans la RMN;
- (b) le maintien en santé des populations fauniques vitales, de manière à satisfaire les besoins en matière de récolte prévus par le [chapitre 5];
- (c) la protection de l’habitat des ressources fauniques;
- (d) la reconstitution des populations de ressources fauniques en déclin et la revitalisation de leur habitat.

#### B. *Composition et attributions du CGRFRMN*

[19] La partie 5.2 de l’ARTIN crée le CGRFRMN en tant qu’institution gouvernementale. Le CGRFRMN

seven members: three appointed by Makivik, two by federal ministers, one by a Nunavut minister, and a chairperson chosen jointly by a federal and a Nunavut minister from nominations provided by the other members.

[20] The mandate of the NMRWB is set out in section 5.2.3. According to this provision, the NMRWB is to be “the main instrument of wildlife management in the NMR and the main regulator of access to wildlife and have the primary responsibility in relation thereto in the manner described in [NILCA].” Section 5.2.3 goes on to specify the functions of the NMRWB as including, among other things,

- with an exception not relevant here, “establishing, modifying or removing levels of total allowable take for a species, stock or population of wildlife ... in accordance with sections 5.2.10 and 5.2.11” (paragraph 5.2.3(a)); and
- “establishing, modifying or removing non-quota limitations [defined in section 5.1.1 as ‘a limitation of any kind, except a total allowable take’] in accordance with sections 5.2.19 to 5.2.22” (paragraph 5.2.3(e)).

[21] Section 5.2.10 states that subject to the terms of Article 5, and to one exception (again not relevant here), the NMRWB shall have “sole authority to establish or modify or remove from time to time as circumstances require levels of total allowable take or harvesting for all species in the NMR.” By section 5.2.19, the NMRWB has “sole authority to establish, modify or remove, from time to time and as circumstances require, non-quota limitations on harvesting in the NMR.”

[22] Part 5.5 of NILCA addresses decisions made under Article 5. Section 5.5.1 states that judicial review of decisions of the NMRWB shall be available on the grounds set out in the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, at the motion of a person personally aggrieved

se compose de sept membres, dont trois sont nommés par Makivik, deux par les ministres fédéraux, un est nommé par le ministre du gouvernement du Nunavut, et un président est choisi conjointement par un ministre fédéral et un ministre du Nunavut parmi les candidats proposés par les autres membres.

[20] Les attributions du CGRFRMN sont énoncées à l’article 5.2.3, qui prévoit que le CGRFRMN est « le principal mécanisme de gestion des ressources fauniques dans la RMN et de réglementation de l’accès à ces ressources, et il assume la responsabilité première à cet égard de la manière prévue par [l’ARTIN] ». L’article 5.2.3 précise les fonctions du CGRFRMN, notamment :

- à une exception près, qui n’est pas pertinente en l’espèce, « établir, modifier ou supprimer les niveaux de prises totales autorisées pour une espèce, un stock ou une population d’une ressource faunique [...], conformément aux articles 5.2.10 et 5.2.11 » (alinéa 5.2.3(a)); et
- « établir, modifier ou supprimer les limites non quantitatives [définies à l’article 5.1.1 comme étant “tout type de limite – à l’exception d’une prise totale autorisée”, conformément aux articles 5.2.19 à 5.2.22 » (alinéa 5.2.3(e)).

[21] L’article 5.2.10 énonce que, sous réserve des conditions prévues au chapitre 5 et d’une exception (encore une fois, non pertinente en l’espèce), « le CGRFRMN a le pouvoir exclusif d’établir, de modifier ou de supprimer de temps à autre, selon les circonstances, les prises totales autorisées ou les quantités récoltées pour toutes les espèces de la RMN ». Selon l’article 5.2.19, « le CGRFRMN a le pouvoir exclusif d’établir, de modifier ou de supprimer, de temps à autre, selon les circonstances, les limites non quantitatives applicables aux activités de récolte dans la RMN ».

[22] La partie 5.5 de l’ARTIN traite des décisions rendues en vertu du chapitre 5. L’article 5.5.1 dispose que le contrôle judiciaire des décisions du CGRFRMN peut être demandé pour les motifs prévus dans la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, par toute

or materially affected by the decision. Section 5.5.2 is a privative clause barring all other forms of review of the NMRWB's decisions. There are no similar provisions applicable to decisions of the Minister. However, the parties agree that her decisions are subject to judicial review.

### C. *Decision-making criteria*

[23] Part 5.5 includes provisions setting criteria for decision making applicable to both the NMRWB and the Minister. Key among them is paragraph 5.5.3(a), which stipulates that “[d]ecisions of the NMRWB or a Minister made in relation to Parts 5.2 and 5.3 [which deal with harvesting] shall restrict or limit Nunavik Inuit harvesting only to the extent necessary ... to effect a conservation purpose in accordance with sections 5.1.4 and 5.1.5.”

[24] Subsection 5.5.4.1 is also important in considering the issues raised by the parties as to the Minister's entitlement to consider certain agreements. It reads as follows:

Certain populations of wildlife found in the NMR cross jurisdictional boundaries and are harvested outside the NMR by persons resident elsewhere. Accordingly, the NMRWB and the Minister in exercising their responsibilities in relation to section 5.2.3, paragraphs 5.2.4 (b), (c), (d), (f), (h), and sections 5.2.10 to 5.2.22, 5.3.8, 5.3.10 and 5.3.11 shall also take account of harvesting activities outside the NMR and the terms of domestic interjurisdictional agreements or international agreements pertaining to such wildlife.

[25] Section 5.1.1 defines “international agreement” as “a wildlife agreement between the Government of Canada and one or more foreign states or associations of foreign states.”

### D. *Decision-making process*

[26] By section 5.5.6, all decisions of the NMRWB in relation to certain specified matters within Government

personne lésée ou touchée de façon importante par une décision. L'article 5.5.2 est une disposition privative qui interdit toutes les autres formes de révision des décisions du CGRFRMN. Aucune disposition semblable ne s'applique aux décisions rendues par le ministre. Les parties conviennent toutefois que ses décisions sont susceptibles de contrôle judiciaire.

### C. *Critères décisionnels*

[23] La partie 5.5 renferme des dispositions qui établissent les critères décisionnels applicables au CGRFRMN et au ministre. Parmi les principaux critères, il convient de mentionner l'alinéa 5.5.3(a), qui dispose que « [l]es décisions prises par le CGRFRMN ou par un ministre en application des parties 5.2 et 5.3 ne peuvent restreindre ou limiter les activités de récolte des Inuit du Nunavik que dans la mesure nécessaire à la réalisation [...] [d']un objectif de conservation valable conformément aux articles 5.1.4 et 5.1.5 ».

[24] Le paragraphe 5.5.4.1 est également important compte tenu des questions soulevées par les parties quant au droit du ministre de tenir compte de certaines ententes. Il est ainsi libellé :

Certaines populations d'animaux sauvages de la RMN se déplacent hors de cette région et sont alors récoltées par des personnes qui ne résident pas dans la RMN. Par conséquent, dans l'exercice des responsabilités qui leur incombent en vertu de l'article 5.2.3, des alinéas 5.2.4(b), (c), (d), (f) et (h) et des articles 5.2.10 à 5.2.22, 5.3.8, 5.3.10 et 5.3.11, le CGRFRMN et le ministre doivent tenir compte des activités de récolte pratiquées à l'extérieur de la RMN et des conditions prévues par les ententes multigouvernementales intérieures ou les ententes internationales relatives aux animaux sauvages visés.

[25] L'article 5.1.1 définit une « entente internationale » comme « une entente sur les ressources fauniques conclue par le gouvernement du Canada et soit un ou plusieurs États étrangers, soit une ou plusieurs associations d'États étrangers ».

### D. *Processus décisionnel*

[26] Aux termes de l'article 5.5.6, toutes les décisions prises par le CGRFRMN concernant des questions

of Canada (as opposed to Nunavut) jurisdiction, including establishing levels of TAT and establishing NQLs, are to be made following the decision-making process set out in sections 5.5.7 to 5.5.13.

[27] These provisions establish a two-way, conversation-like process (see *Nacho Nyak Dun*, at paragraph 55) that begins with the NMRWB sending the Minister an initial decision, which is not to be made public (section 5.5.7). The Minister must then either accept the decision and notify the NMRWB in writing of its acceptance, or reject it, and “give the NMRWB reasons in writing for so doing” (section 5.5.8). There is no provision for variation at this stage.

[28] Where the Minister rejects the initial decision, the NMRWB must reconsider the decision in light of the Minister’s reasons, and then make and forward to the Minister a final decision, which it may make public (section 5.5.11). The Minister may then accept, reject or vary the final decision, and must again provide reasons in the event of a rejection or variation (section 5.5.12). Where the Minister decides to accept or vary the final decision, the Minister is to “proceed forthwith to do all things necessary to implement the final decision or the final decision as varied” (section 5.5.13).

### III. The decision-making process for SHB polar bears

[29] By section 5.2.18 of NILCA, the NMRWB is to conduct its review for various species, stocks or populations from time to time as requested by, among others, the appropriate Minister.

[30] In January 2012, following a significant increase in the polar bear harvest in 2010–2011, and in response to a letter from the then chair of the NMRWB expressing concern that other processes were pre-empting the NMRWB’s mandate, the then federal Minister of the Environment asked the NMRWB to establish a level of TAT for each subpopulation of polar bears in the NMR, and to work toward the development of a management plan. There are three subpopulations of polar bears in the

précises relevant de la compétence du gouvernement du Canada (et non de celle du Nunavut), notamment l’établissement des niveaux de PTA et des limites non quantitatives, doivent être prises conformément au processus décisionnel prévu aux articles 5.5.7 à 5.5.13.

[27] Ces dispositions prévoient un dialogue engageant les deux parties (voir l’arrêt *Nacho Nyak Dun*, au paragraphe 55). Après avoir pris une décision, le CGRFRMN la transmet au ministre. Toutefois, le CGRFRMN ne la communique pas au public (article 5.5.7). Le ministre soit accepte la décision et avise le CGRFRMN par écrit, soit rejette la décision et « communique par écrit les motifs du rejet au CGRFRMN » (article 5.5.8). Aucune disposition ne prévoit des modifications à ce stade.

[28] Si le ministre rejette une décision du CGRFRMN, ce dernier réexamine sa décision à la lumière des motifs écrits fournis par le ministre et il prend sa décision finale, qu’il transmet au ministre. Le CGRFRMN peut communiquer cette décision finale au public (article 5.5.11). Le ministre peut accepter, rejeter ou modifier la décision finale, et doit motiver son rejet ou la modification de la décision (article 5.5.12). Si le ministre décide d’accepter ou de modifier la décision finale, il « prend sans délai toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la décision finale originale ou modifiée » (article 5.5.13).

### III. Processus décisionnel applicable aux ours blancs du SBH

[29] Aux termes de l’article 5.2.18 de l’ARTIN, le CGRFRMN procède, de temps à autre, à l’examen à l’égard de divers stocks, espèces, ou populations sur présentation d’une demande en ce sens par le ministre compétent, entre autres.

[30] En janvier 2012, après une augmentation importante de la récolte d’ours blancs en 2010–2011 et en réponse à une lettre du président du CGRFRMN de l’époque se disant préoccupé par le fait que d’autres instances s’étaient approprié les attributions du CGRFRMN, le ministre fédéral de l’Environnement de l’époque a demandé au CGRFRMN d’établir un niveau de PTA pour chaque sous-population d’ours blancs dans la RMN et de travailler à l’établissement d’un plan de gestion. Il



NMR: Davis Strait, Foxe Basin and SHB. The NMRWB decided to focus first on the SHB management unit. Not only Nunavik Inuit, but also Nunavut Inuit and the Crees of Eeyou Istchee, harvest polar bears in SHB.

[31] After a delay pending completion of an aerial survey of the polar bear population, the NMRWB convened a three-day public hearing in Inukjuak, Quebec in February 2014, and invited pre-hearing written submissions. More than a dozen parties filed written submissions, and most of these parties also made oral submissions at the hearing. The parties included government departments, aboriginal organizations, environmental non-governmental organizations, local Inuit hunting groups, and individual Inuit hunters.

[32] Following the hearing, the NMRWB concluded that it required further information from users of the resource before it could make a decision. It commissioned a study of Inuit traditional knowledge (ITK) of polar bears, which entailed interviewing elders, hunters, and local officials in three Nunavik communities. The results of the study were summarized in a seven-page table. While the NMRWB retained a third party to prepare a final report, only the summary was available at the time of the decisions of the NMRWB and the Minister in relation to the SHB subpopulation. The final report did not become available until May 2018; it was not part of the record before the application judge, and is not before this Court.

[33] The NMRWB proceeded to make its decision and forward it to the Minister. Its decision set the TAT for SHB polar bears at 28 bears per year, a level that it saw as representing the low end of estimated past annual harvests, and as having allowed the population to remain relatively stable. It concluded that the Crees of Eeyou Istchee would be permitted to harvest at least one polar

y a trois sous-populations d'ours blancs qui fréquentent la RMN : une dans le détroit de Davis, une autre dans le bassin Foxe et, enfin, une autre dans le SBH. Le CGRFRMN a choisi d'abord de réviser l'unité de gestion du SBH. Il n'y a pas que les Inuits du Nunavik qui chassent les ours blancs dans le SBH, il y a aussi les Inuits du Nunavut et les Cris d'Eeyou Istchee.

[31] Après avoir attendu un certain temps les résultats d'un relevé aérien sur la population d'ours blancs, le CGRFRMN a convoqué une audience publique de trois jours à Inukjuak, au Québec, en février 2014 et a invité toutes les parties qui souhaitaient y participer à déposer des observations écrites avant l'audience. Plus d'une douzaine de parties ont déposé des observations écrites et la plupart d'entre elles ont également présenté des observations de vive voix à l'audience. Ces parties comprenaient des ministères gouvernementaux, des organisations autochtones, des organisations non gouvernementales à vocation environnementale, des groupes de chasseurs inuits locaux et des chasseurs inuits individuels.

[32] Après l'audience, le CGRFRMN a conclu qu'il avait besoin de renseignements supplémentaires des utilisateurs de la ressource pour pouvoir en arriver à une décision. Il a commandé une étude du savoir traditionnel inuit (STI) sur l'ours blanc, ce qui a mené à des entrevues avec des aînés, des chasseurs et des représentants locaux des trois collectivités du Nunavik. Les résultats de l'étude ont été résumés dans un tableau de sept pages. Bien que le CGRFRMN ait confié à une tierce partie la rédaction d'un rapport final, seul le résumé était disponible au moment des décisions du CGRFRMN et de la ministre en ce qui concerne la sous-population du SBH. Le rapport final n'a été disponible qu'en mai 2018; il ne faisait pas partie du dossier dont le juge de première instance était saisi, et il n'a pas été soumis à notre Cour.

[33] Le CGRFRMN a ensuite pris sa décision et l'a transmise à la ministre. Dans la décision, la PTA a été fixée à une récolte de 28 ours blancs par année, un niveau qu'il a considéré comme correspondant au nombre minimal estimatif d'ours blancs capturés chaque année, et ayant permis à la population de demeurer relativement stable. Il a conclu que les Cris d'Eeyou Istchee

bear of the 28. It also decided that there should be no requirement of sex-selective harvesting, but set out nine other NQLs.

[34] In explaining its decision on the TAT, the NMRWB stated that, while further work was required to improve the way by which ITK is brought together with knowledge gained by scientific research for decision-making, it had made efforts to consider knowledge from all sources. This included the available ITK. It added that based on the information it had gathered, it had concluded that the SHB polar bear subpopulation continued to be relatively healthy, despite environmental changes, and that historical harvest levels had been sustainable. It noted that while some scientific data indicated that polar bears' body condition was deteriorating, Inuit had not observed a similar trend.

[35] The NMRWB also set out the basis for its decision not to require sex-selective harvesting. It noted among other things that according to harvest records, Nunavik Inuit had historically harvested SHB polar bears at a 2:1 (male:female) ratio, so that legislating that requirement would be contrary to the "only to the extent necessary" provision of NILCA section 5.5.3.

[36] In listing the nine NQLs that its decision would establish, the NMRWB advised that a majority of them had been adapted from the 1984 agreement on polar bear hunting between the Quebec government and the Nunavik Fishing and Trapping Association and from recent voluntary agreements.

[37] The Deputy Minister of Environment Canada (acting for the Minister during an electoral period), rejected the NMRWB's decision, and in particular the 28-bear TAT, under paragraph 5.5.3(a) of NILCA (quoted in part above at paragraph 23). In his letter advising the NMRWB of the rejection, the Deputy Minister expressed the view that a regional TAT of 28 polar bears

seraient autorisés à capturer au moins un ours blanc sur les 28. Il a également conclu que la récolte sélective en fonction du sexe ne devrait pas être imposée, mais a établi neuf autres limites non quantitatives.

[34] En motivant sa décision sur la PTA, le CGRFRMN a mentionné que, bien que d'autres travaux soient nécessaires pour améliorer la façon dont les connaissances des Inuits du Nunavik sont intégrées à la recherche scientifique aux fins de la prise des décisions, le CGRFRMN a déployé des efforts pour tenir pleinement compte des connaissances provenant de toutes les sources, y compris le STI disponible. Il a ajouté que, selon les renseignements qu'il avait recueillis, il avait conclu que la sous-population d'ours blancs du SBH demeurerait relativement en bonne santé malgré les changements environnementaux, et que les niveaux de récolte historiques avaient été viables. Il a souligné que, bien que certaines données scientifiques aient indiqué que la condition physique des ours blancs se détériorait, les Inuits n'avaient pas observé la même tendance.

[35] Le CGRFRMN a également expliqué le fondement de sa décision de ne pas exiger une récolte sélective en fonction du sexe. Il a notamment souligné que, selon les dossiers de récolte, les Inuits du Nunavik avaient de tout temps capturé des ours blancs du SBH selon un ratio de deux mâles pour une femelle, de sorte que le fait de mettre en place cette exigence par voie législative irait à l'encontre du libellé « que dans la mesure nécessaire » de l'article 5.5.3 de l'ARTIN.

[36] En énumérant les neuf limites non quantitatives que sa décision établirait, le CGRFRMN a indiqué que la majorité d'entre elles s'inspiraient de l'entente de 1984 sur la chasse à l'ours blanc conclue entre le gouvernement du Québec et la Nunavik Hunting, Fishing and Trapping Association, et d'accords volontaires récents.

[37] Le sous-ministre de l'Environnement du Canada (agissant pour le ministre pendant la période électorale) a rejeté la décision du CGRFRMN, et plus précisément la PTA établie à 28 ours blancs conformément à l'alinéa 5.5.3(a) de l'ARTIN (cité en partie ci-dessus, au paragraphe 23). Dans sa lettre informant le CGRFRMN de sa décision de rejet, le sous-ministre s'est dit d'avis

was likely not sustainable. He went on to state that “a maximum sustainable harvest of 4.5 percent should not be exceeded as it could cause the population to decline.”

[38] The letter also stated that in reconsidering its decision, the NMRWB should include a sex-selective harvest of two males to one female. In addition, the letter asked that a voluntary agreement on harvesting levels that had been concluded in 2014 be considered in the reconsideration process, on the basis that it was a “domestic interjurisdictional [agreement]” within the meaning of NILCA subsection 5.5.4.1 (quoted above at paragraph 24). The Deputy Minister’s letter made no mention of ITK or of any reservations concerning it. The letter also said nothing about the nine NQLs that the NMRWB had included in its decision.

[39] In accordance with the process set out in NILCA, the NMRWB reconsidered its decision in light of the written reasons provided by the Deputy Minister, and issued and sent to the Minister its final decision.

[40] The decision reaffirmed the TAT of 28 bears, which it again described as at the low-end of historical Nunavik Inuit harvests. It also rejected the recommendation for a sex-selective harvest, which, it stated, would go against traditional Inuit values, upset the natural balance of wildlife populations, and tend to remove the fittest breeders. The decision referred in some detail to the available ITK. It disagreed with the characterization of the 2014 voluntary agreement as a “domestic interjurisdictional agreement,” and noted that, in any case, the agreement was expressly entered into “without prejudice to the decision-making processes defined in the applicable Land Claims Agreements.” With respect to NQLs, it stated that “[b]ecause neither government offered concerns about the non-quota limitations proposed initially, the Boards [had] maintained them, in their entirety, within the final decision.”

qu’une PTA de 28 ours blancs pour la région ne permettrait probablement pas de conserver une population viable. Il a mentionné [TRADUCTION] « qu’il y a lieu de ne pas dépasser un taux maximal de récolte durable de 4,5 %, car un taux plus élevé pourrait entraîner un déclin de la population ».

[38] Dans la lettre, il était également mentionné qu’en réexaminant sa décision, le CGRFRMN devrait inclure une récolte sélective en fonction du sexe selon un ratio de deux mâles pour une femelle. En outre, dans la lettre, on lui demandait de prendre en compte dans le processus de réexamen un accord volontaire sur les niveaux de récolte, conclu en 2014 au motif qu’il constituait une « entent[e] multigouvernemental[e] intérieur[e] » au sens du paragraphe 5.5.4.1 de l’ARTIN (précité, au paragraphe 24). Dans sa lettre, le sous-ministre ne faisait aucunement mention du STI ou de réserves à ce sujet. La lettre ne faisait également aucune référence aux neuf limites non quantitatives que le CGRFRMN avait incluses dans sa décision.

[39] Conformément à la procédure prévue à l’ARTIN, le CGRFRMN a réexaminé sa décision à la lumière des motifs écrits fournis par le sous-ministre et a transmis sa décision finale à la ministre.

[40] Dans sa décision, le CGRFRMN a confirmé la PTA de 28 ours, qui était encore une fois décrite comme le nombre minimal de récoltes historiques des Inuits du Nunavik. Le CGRFRMN a rejeté la recommandation sur la mise en œuvre d’un système de récolte sélective en fonction du sexe en indiquant que cela irait à l’encontre des valeurs traditionnelles des Inuits, bouleverserait l’équilibre naturel des populations fauniques et tendrait à éliminer les animaux qui sont les plus aptes à se reproduire. La décision faisait référence de façon assez détaillée au STI disponible. Le CGRFRMN était en désaccord avec le fait de qualifier l’accord volontaire de 2014 d’« entent[e] multigouvernemental[e] intérieur[e] » et a souligné qu’en tout état de cause, l’entente avait été expressément établie [TRADUCTION] « sous réserve des processus décisionnels définis dans les accords sur les revendications territoriales applicables ». En ce qui concerne les limites non quantitatives, [TRADUCTION] « [l]es Conseils ont également conservé dans leur

[41] After the NMRWB had rendered its final decision but before the Minister had rendered hers, Environment and Climate Change Canada (ECCC) officials met with the NMRWB and raised for the first time some of their concerns relating to the NQLs included in the Board's final decision. They followed up the meeting by sending to the NMRWB a chart setting out their concerns. The NMRWB responded in a letter to ECCC stating that it was "greatly concerned that this exchange is coming after the final decision was issued," and that it was especially disappointing when ECCC had the opportunity to raise these issues through its technical advisors during the Boards' deliberations, but failed to do so.

[42] The Minister varied the NMRWB's final decision. She reduced the annual TAT from 28 to 23, of which one was expected to be allocated to the Cree of Eeyou Istchee. Further, while she accepted certain NQLs included in the NMRWB's final decision, she also added others—most notably, the requirement of a sex-selective harvest of one female for two males—and rejected or varied four. It was this decision of the Minister, rendered in October 2016, that was the subject of the application for judicial review.

[43] In her letter accompanying the decision, the Minister stated that she would be open to reconsidering the total allowable take when new survey results and the complete ITK study became available. In the concluding paragraph, she stated that for future decisions, her Department would "work closely with the [Boards] through technical advisors to ensure that they are informed of concerns earlier in the process, and to enhance opportunities for the use of traditional knowledge in the management of polar bears."

décision finale les limites non quantitatives qu'ils avaient initialement fixées, étant donné qu'aucun gouvernement n'a formulé de préoccupations au sujet des limites non quantitatives proposées à l'origine ».

[41] Après la décision finale rendue par le CGRFRMN, mais avant que la ministre ne rende la sienne, des représentants d'Environnement et Changement climatique Canada (ECCC) ont rencontré des membres du CGRFRMN et ont exprimé pour la première fois certaines de leurs inquiétudes concernant les limites non quantitatives incluses dans la décision finale du Conseil. Ils ont donné suite à la réunion en envoyant au CGRFRMN un document exposant leurs préoccupations. Dans une lettre à ECCC, le CGRFRMN a répondu qu'il était [TRADUCTION] « très préoccupé par le fait que cet échange ait lieu après le prononcé de la décision finale » et qu'il était particulièrement déçu, puisque ECCC avait eu l'occasion de soulever ces questions par l'intermédiaire de ses conseillers techniques pendant les délibérations du Conseil, mais qu'il ne l'a pas fait.

[42] La ministre a modifié la décision finale du CGRFRMN. Elle a réduit la PTA annuelle de 28 à 23, dont une partie du quota devait être attribuée aux Cris d'Eeyou Istchee. En outre, bien qu'elle ait accepté certaines limites non quantitatives incluses dans la décision finale du CGRFRMN, elle en a ajouté d'autres — plus particulièrement l'imposition de la récolte sélective en fonction du sexe selon un ratio d'une femelle pour deux mâles — et en a rejeté ou modifié quatre. C'est cette décision de la ministre, rendue en octobre 2016, qui faisait l'objet de la demande de contrôle judiciaire.

[43] Dans sa lettre jointe à la décision, la ministre a indiqué qu'elle serait disposée à réexaminer la PTA lorsque les résultats du nouveau relevé et l'étude complète du STI seraient disponibles. Dans le dernier paragraphe, elle a mentionné que, pour les décisions à venir, son ministère [TRADUCTION] « travaillerait étroitement avec les [Conseils] par l'intermédiaire des conseillers techniques pour veiller à ce qu'ils soient informés des préoccupations soulevées plus tôt dans le processus et pour accroître les possibilités d'utiliser le savoir traditionnel dans la gestion des ours blancs ».

[44] The Minister advised in the letter that her reasons for varying the TAT and NQLs were described in an analysis document, which she also provided. That document explained that the decision “[took] into account that there are differences between the available scientific information and Traditional Knowledge, that new science and Traditional Knowledge [would] be available within a year or two, and that it [was] important to avoid actions that could jeopardize trade in polar bear parts.” The decision also recognized, the document stated, “the need to exercise caution so as to ensure a sustainable harvest, and the fact that once new information [was] available, the TAT [could] be re-assessed.”

[45] The document went on to state that the TAT of 23 bears established a harvest of close to 4.5 percent, “which aligns with the widely accepted sustainable removal level.” It stated further that the available information had been weighed carefully in determining the varied TAT, and that the TAT set out in the NMRWB’s final decision was “likely not sustainable.” It noted that there were some similarities and some differences as between ITK and scientific data in relation to subpopulation size and body condition of the polar bears in SHB. With respect to the NQL of a sex-selective harvest, it stated among other things that the limitation was consistent with polar bear management regimes across Canada and “consistent with a cautionary approach.”

#### IV. The application for judicial review

[46] As noted above, Makivik initially sought, in its notice of application for judicial review of the Minister’s decision to vary, both declaratory relief and an order quashing the decision and remitting the matter for re-determination. In amending its notice of application, Makivik abandoned the claim for quashing relief and claimed declaratory relief only, based on the 10 issues

[44] Dans la lettre, la ministre a indiqué que les motifs pour lesquels elle a modifié la PTA et les limites non quantitatives étaient décrits dans un document d’analyse qu’elle a également fourni. Dans ce document, on y explique que la décision [TRADUCTION] « a tenu compte de l’existence de différences entre l’information scientifique disponible et le savoir traditionnel, que la nouvelle science et le savoir traditionnel [seraient] disponibles dans un an ou deux, et qu’il [était] important d’éviter toute mesure susceptible de mettre en péril le commerce de parties d’ours blanc ». Dans le document d’analyse, il est précisé que la décision a également tenu compte de [TRADUCTION] « la nécessité de faire preuve de prudence afin d’assurer une récolte durable et le fait que, dès que de nouveaux renseignements [seront] disponibles, la PTA [pourra] être réévaluée ».

[45] Dans le document, on y mentionne également que la PTA de 23 individus donne lieu à une récolte combinée d’ours blancs atteignant près de 4,5 p. 100 [TRADUCTION] « ce qui va de pair avec le taux de prélèvement viable largement accepté ». On y mentionne de plus que l’information disponible a été soigneusement évaluée afin d’établir la PTA modifiée, et que la PTA indiquée dans la décision finale du CGRFRMN [TRADUCTION] « ne permettrait probablement pas de conserver une population viable ». On y souligne l’existence de certaines ressemblances et de certaines différences entre le STI et les données scientifiques relativement à la taille de la sous-population et à la condition physique des ours blancs du SBH. En ce qui concerne les limites non quantitatives d’une récolte non sélective en fonction du sexe, on y mentionne notamment que les limites étaient conformes aux régimes de gestion des ours blancs au Canada et [TRADUCTION] « conformes à une approche prudente ».

#### IV. Demande de contrôle judiciaire

[46] Comme je l’ai déjà mentionné, Makivik avait d’abord sollicité, dans son avis de demande de contrôle judiciaire de la décision de la ministre portant sur la modification, un jugement déclaratoire ainsi qu’une ordonnance annulant la décision et renvoyant l’affaire pour réexamen. En modifiant son avis de demande, Makivik a abandonné la demande d’annulation et a sollicité un

that it formulated and argued before the application judge. As also noted above, the application judge agreed with Makivik on one of those issues—whether the Minister’s decision to establish a sex-selective harvest and vary other NQLs decided by the NMRWB was unreasonable—but declined to grant declaratory relief.

[47] Rather than include here a more detailed overall review of the application judge’s decision, I will discuss his conclusions and reasoning below on an issue-by-issue basis, as they relate to the issues on appeal.

[48] I should, however, mention at this juncture that it was in the course of the application, when the record before the Minister when she made her decision was disclosed, that the appellants learned of what they assert were the “true reasons” for the Minister’s decision to vary the NMRWB’s final decision—that Government officials in ECCC had decided that they could not rely on, or had to give minimal weight to, the ITK that was before the NMRWB—and the Minister’s failure to disclose those reasons.

[49] The record contained a memorandum to the Minister with an appendix setting out for the Minister the rationale for varying the NMRWB’s final decision. The appendix raised certain methodological and other issues relating to the available ITK. It commented on the two sources of ITK considered by the NMRWB in the following terms:

Unfortunately, both are provided without needed context, and this makes it difficult for the Government of Canada and Nunavut to consider this information alongside recent scientific results. For example, the public documents describing TK information contain no information about the number of people interviewed or about the spatial scale at which the observations were made. It is therefore difficult to determine whether this is a consensus position of all knowledge holders and the geographic coverage this TK pertains to.

jugement déclaratoire seulement, fondé sur les 10 questions qu’elle a formulées et qui ont été débattues devant le juge de première instance. Comme je l’ai également mentionné ci-dessus, le juge de première instance s’est dit d’accord avec Makivik sur l’une de ces questions, à savoir si la décision de la ministre d’établir une récolte sélective en fonction du sexe et de modifier d’autres limites non quantitatives déterminées par le CGRFRMN était déraisonnable, mais a refusé de rendre un jugement déclaratoire.

[47] Plutôt que d’inclure ici un examen global plus détaillé de la décision du juge de première instance, je me pencherai ci-après sur ses conclusions et son raisonnement, point par point, dans la mesure où ils se rapportent aux questions en litige dans le présent appel.

[48] Je dois toutefois mentionner à ce stade que c’était dans le cadre de la demande, au moment où la ministre a rendu sa décision et que cette dernière a été communiquée, que les appelants ont appris que ce qu’ils font valoir être les « véritables raisons » pour lesquelles la ministre a modifié la décision finale du CGRFRMN — à savoir : les représentants d’ECCC avaient décidé qu’ils ne pouvaient pas se fonder sur le STI dont le CGRFRMN disposait ou qu’ils devaient y accorder un poids minime — et le défaut de la ministre de révéler ces motifs.

[49] Le dossier renfermait une note de service adressée à la ministre accompagnée d’une annexe énonçant le fondement de la modification de la décision finale du CGRFRMN. L’annexe soulevait certaines préoccupations d’ordre méthodologique et autres concernant le STI disponible. Des observations étaient formulées à l’égard des deux sources du STI consultées par le CGRFRMN dans les termes suivants :

[TRADUCTION] Malheureusement, les deux sont fournies sans le contexte nécessaire, et il est difficile pour le gouvernement du Canada et celui du Nunavut de tenir compte de cette information conjointement avec les résultats scientifiques récents. Par exemple, les documents publics qui décrivent l’information relative au savoir traditionnel ne disent rien sur le nombre de personnes interrogées ou sur l’échelle spatiale à laquelle s’appliquent les observations faites. Il est donc difficile de déterminer si un



[50] In referring to the NMRWB's report that traditional harvest levels were higher than previously assumed and documented, the memorandum noted that "[t]he lack of an official reporting system in Quebec until recently [made] it challenging to determine the historical rates of take accurately from this subpopulation by Nunavik Inuit." It went on to state that "[u]nderstanding what science or TK can tell us about the status of a subpopulation requires a more detailed assessment of the assumptions and biases of both scientific and TK observations." Referring to differences in the assessment of polar bears' body conditions by scientific studies and by TK, the memorandum stated that "the conclusions that can be drawn from these differing observations require more detailed analysis. These conflicting conclusions, however, are a source of uncertainty that supports a cautious approach to management decisions for conservation."

#### V. Relief sought on appeal

[51] Makivik's framing of the issues and the declaratory relief sought has evolved to some extent, at least in form, since the hearing in the Federal Court. On this appeal, it now asks this Court to set aside the judgment of the Federal Court and grant six declarations, based on the failures on the part of the Minister that it asserts. For two of the proposed declarations, alternatives are also provided. I propose to examine the issues largely using the framing adopted by Makivik in its memorandum of fact and law in this appeal.

[52] Though they did not file their own applications for judicial review, the appellants the GCC and

consensus est atteint parmi tous les détenteurs du savoir traditionnel et d'identifier la zone géographique couverte par ce savoir traditionnel.

[50] En se reportant au rapport du CGRFRMN selon lequel les niveaux de récoltes historiques étaient plus élevés que ceux supposés et documentés précédemment, la note de service mentionnait que [TRADUCTION] « l'absence d'un système de déclaration officiel au Québec jusqu'à tout récemment a fait en sorte qu'il était difficile de déterminer de façon exacte les taux historiques de prises, par les Inuits du Nunavik, au sein de cette sous-population ». Il y était également mentionné que [TRADUCTION] « le fait de comprendre ce que la science ou le savoir traditionnel nous apprend sur l'état d'une sous-population exige une évaluation plus détaillée des hypothèses et des biais des observations scientifiques et du savoir traditionnel ». En faisant référence aux différences relevées dans les études scientifiques et le savoir traditionnel sur l'évaluation de la condition physique des ours blancs, la note de service mentionnait que [TRADUCTION] « les conclusions que nous pouvons tirer de ces observations divergentes commandent une analyse plus détaillée. Ces conclusions discordantes sont toutefois une source d'incertitude qui milite en faveur d'une approche prudente dans la prise de décisions de gestion en matière de conservation ».

#### V. Réparation demandée en appel

[51] Dans une certaine mesure, la façon dont Makivik formule les questions en litige et le jugement déclaratoire qu'elle sollicite ont évolué, du moins sur la forme, depuis l'audience devant la Cour fédérale. Dans le présent appel, elle demande maintenant à notre Cour d'annuler la décision de la Cour fédérale et de formuler six déclarations fondées sur les défauts de la ministre qu'elle fait valoir. En ce qui a trait à deux des déclarations proposées, elle présente également des solutions de rechange. Je propose d'examiner les questions en litige en me servant principalement de la formulation utilisée par Makivik dans son mémoire des faits et du droit en l'espèce.

[52] Bien qu'ils n'aient pas déposé leurs propres demandes de contrôle judiciaire, les appelants, le GCC et

the NMRWB also claim declaratory relief, in terms that, again, are different from, though they overlap to some degree with, the terms of the relief claimed by Makivik. For example, the GCC seeks among other things a declaration “that the Minister disregarded the nation-to-nation partnership established by the NILCA for the co-management of wildlife in the NMR,” and the NMRWB seeks among other things a declaration “that the Minister may only ‘reject’ or ‘vary’ a decision by the [NMRWB] to the extent that said decision is unreasonable.” Makivik’s claim encompasses neither of these broad declarations. The Attorney General objects to the other appellants seeking relief outside the bounds of that claimed by Makivik.

[53] I agree that they are not entitled to do so. The scope of an application for judicial review is determined by the applicant in its notice of application, which is to contain both “a precise statement of the relief sought,” and “a complete and concise statement of the grounds intended to be argued”: *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rule 301. A respondent to an application for judicial review—like the GCC and the NMRWB in the Federal Court here—must file its own application if it wishes to seek review of the decision on grounds different from those put forward by the applicant: *Larsson v. Canada*, [1997] F.C.J. No. 1044 (QL) (C.A.), (1997), 216 N.R. 315, at paragraphs 27–28; *Systèmes Equinox Inc. v. Canada (Public Works and Government Services)*, 2012 FCA 51, 428 N.R. 303, at paragraph 12.

[54] Having had no entitlement at first instance to raise grounds beyond those raised by Makivik, or to seek relief beyond that claimed by Makivik, these appellants can hardly go beyond those grounds and claims for relief on appeal, and assert that the application judge erred in denying them remedies they did not properly seek. The general rule that new issues may not be raised on appeal applies: *Shoan v. Canada (Attorney General)*, 2020 FCA 174, at paragraph 13. However, like the application judge (see paragraph 75 of his reasons), I will consider the submissions of the GCC and

le CGRFRMN sollicitent également un jugement déclaratoire en des termes qui, encore une fois, sont différents, même s’ils chevauchent dans une certaine mesure ceux du jugement déclaratoire sollicité par Makivik. Par exemple, le GCC sollicite notamment un jugement déclaratoire portant que [TRADUCTION] « la ministre n’a pas tenu compte du partenariat de nation à nation établi par l’ARTIN pour la cogestion des ressources fauniques dans la RMN », et le CGRFRMN sollicite notamment un jugement déclaratoire portant que [TRADUCTION] « la ministre ne peut “rejeter” ou “modifier” une décision du [CGRFRMN] que si cette décision est déraisonnable ». La demande de Makivik n’englobe aucune de ces déclarations générales. Le procureur général s’oppose au fait que les autres appelants demandent une réparation qui n’est pas visée par les réparations demandées par Makivik.

[53] Je suis d’avis qu’ils ne sont pas autorisés à le faire. La portée d’une demande de contrôle judiciaire est déterminée par le demandeur dans son avis de demande, qui doit contenir « un énoncé précis de la réparation demandée » et « un énoncé complet et concis des motifs invoqués » : règle 301 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106. Dans une demande de contrôle judiciaire, le défendeur — comme le GCC et le CGRFRMN devant la Cour fédérale, en l’occurrence — doit déposer sa propre demande s’il souhaite demander la révision de la décision pour des motifs différents de ceux qui ont été invoqués par le demandeur : *Larsson c. Canada*, [1997] A.C.F. n° 1044 (QL) (C.A.), 1997 CanLII 6178, aux paragraphes 27 et 28; *Systèmes Equinox Inc. c. Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux)*, 2012 CAF 51, au paragraphe 12.

[54] Puisqu’ils n’avaient aucun droit en première instance d’invoquer des motifs allant au-delà de ceux invoqués par Makivik ou de demander une réparation allant au-delà de celle demandée par Makivik, ces appelants peuvent difficilement aller au-delà des motifs et de la demande de réparation de Makivik en appel et affirmer que le juge de première instance a commis une erreur en refusant de leur accorder les réparations qu’ils n’ont pas demandées en bonne et due forme. La règle générale voulant que de nouvelles questions ne puissent être soulevées en appel s’applique : *Shoan c. Canada (Procureur*

the NMRWB as they relate to the substance of the issues framed and relief sought by Makivik.

## VI. Issues

[55] I now turn to the issues raised by Makivik, at paragraph 42 of its memorandum—issues that underlie its claims for corresponding declaratory relief, set out at paragraph 140 of its memorandum—and to the issue raised by the Attorney General’s cross-appeal. I will first list these issues, and then deal with them, and a further issue that arises, in turn.

- A. What are the principles applicable to the interpretation of modern treaties and how do they determine this Court’s approach to the review of the Minister’s decision? This includes the standard of appellate review and the standard of review applicable to the Minister’s decision.
- B. Did the Minister give full regard to the integration of Nunavik Inuit knowledge of wildlife and wildlife habitat with knowledge gained through scientific research when making her decision?
- C. Was the Minister’s approach to the Boards’ traditional knowledge study in accordance with NILCA and the honour of the Crown?
- D. Does NILCA authorize the Minister’s reliance on a “cautious management approach” as justification for limiting Nunavik Inuit harvesting?
- E. Does NILCA authorize the Minister to consider the politics of international trade and/or issues related to CITES (*the Convention on International*

*général*), 2020 CAF 174, au paragraphe 13. Toutefois, à l’instar du juge de première instance (voir le paragraphe 75 de ses motifs), j’examinerai les observations du GCC et du CGRFRMN qui se rapportent au fond des questions formulées et de la réparation demandée par Makivik.

## VI. Questions en litige

[55] Je me penche maintenant sur les questions soulevées par Makivik au paragraphe 42 de son mémoire — questions sous-jacentes à sa demande de jugement déclaratoire correspondant, énoncée au paragraphe 140 de son mémoire — et à la question soulevée dans l’appel incident du procureur général. J’énumérerai d’abord ces questions, je les examinerai, puis une autre question découlera de mon examen.

- A. Quels sont les principes applicables à l’interprétation des traités modernes et comment déterminent-ils la démarche adoptée par notre Cour à l’égard de la révision de la décision de la ministre? Cela comprend la norme de contrôle applicable en appel et la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre.
- B. La ministre a-t-elle omis de tenir pleinement compte de l’intégration des connaissances des Inuits du Nunavik sur la faune et son habitat aux renseignements apportés par la recherche scientifique afin d’en arriver à sa décision?
- C. La démarche adoptée par la ministre à l’égard de l’étude du savoir traditionnel des Conseils était-elle conforme à l’ARTIN et au principe de l’honneur de la Couronne?
- D. L’ARTIN autorise-t-il la ministre à se fonder sur une « approche de gestion prudente » comme justification pour restreindre la récolte des Inuits du Nunavik?
- E. L’ARTIN autorise-t-il la ministre à tenir compte des politiques du commerce international ou des questions liées à la CITES (*Convention sur le*

*Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna*, July 1, 1975, 993 U.N.T.S. 243) when making her decision?

- F. Was the Minister's reliance on the 2014 voluntary agreement authorized by NILCA and in accordance with the honour of the Crown?
- G. Was the Minister's decision to vary the non-quota limitations established by the Boards authorized by NILCA? If yes, was it nonetheless unlawful?
- H. Did the application judge commit reviewable error in granting Makivik's motion to strike out certain portions of the evidence filed by the Attorney General?

[56] To this list I would add a further issue, which arises directly from the relief sought by Makivik:

- I. Should this Court grant declaratory relief?

[57] In approaching these issues, I am mindful, like the application judge, of the Supreme Court's directions in *Nacho Nyak Dun* as to the appropriate judicial role in disputes arising under modern treaties. The Court set out these directions as follows (*Nacho Nyak Dun*, at paragraphs 33, 60, citations omitted):

.... Modern treaties are intended to renew the relationship between Indigenous peoples and the Crown to one of equal partnership .... In resolving disputes that arise under modern treaties, courts should generally leave space for the parties to govern together and work out their differences. Indeed, reconciliation often demands judicial forbearance .... It is not the appropriate judicial role to closely supervise the conduct of the parties at every stage of the treaty relationship. This approach recognizes the *sui generis* nature of modern treaties, which ... may set out in precise terms a co-operative governance relationship.

*commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 1 juillet 1975, 993 R.T.N.U. 243) pour en arriver à sa décision?

- F. L'ARTIN autorise-t-il la ministre à se fonder sur l'accord volontaire de 2014 et la ministre a-t-elle, ce faisant, respecté le principe de l'honneur de la Couronne?
- G. L'ARTIN autorise-t-il la ministre à modifier les limites non quantitatives établies par les Conseils? Dans l'affirmative, est-ce pour autant légal?
- H. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur susceptible de révision en accueillant la requête de Makivik en radiation de certains éléments de preuve produits par le procureur général?

[56] J'ajouterais une autre question à cette liste, qui découle directement de la réparation demandée par Makivik :

- I. Notre Cour devrait-elle rendre un jugement déclaratoire?

[57] En abordant ces questions, je suis conscient, tout comme le juge de première instance, des directives données par la Cour suprême dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun* relativement au rôle approprié que les tribunaux doivent jouer dans les différends découlant des traités modernes. La Cour a donné les directives suivantes (*Nacho Nyak Dun*, aux paragraphes 33 et 60, renvois omis) :

[...] Ces traités visent à renouveler la relation entre les peuples autochtones et la Couronne afin qu'ils soient des partenaires égaux [...] En réglant les différends que font naître les traités modernes, les tribunaux doivent généralement laisser aux parties la possibilité de gérer ensemble et de concilier leurs différences. Certes, la réconciliation exige souvent une certaine retenue de la part des tribunaux [...] Il n'appartient pas aux tribunaux de surveiller étroitement la conduite des parties à chaque étape de leur relation établie par traité. Cette approche reconnaît la nature *sui generis* des traités modernes qui [...] peuvent énoncer en des termes précis une relation de gouvernance axée sur la collaboration.

...

[...]

.... The court’s role [in a judicial review involving a modern treaty dispute] is not to assess the adequacy of each party’s compliance at each stage of a modern treaty process. Rather, it is to determine whether the challenged decision was legal, and to quash it if it is not. Close judicial management of the implementation of modern treaties may undermine the meaningful dialogue and long-term relationship that these treaties are designed to foster. Judicial restraint leaves space for the parties to work out their understanding of a process — quite literally, to reconcile — without the court’s management of that process beyond what is necessary to resolve the specific dispute.

[...] Le rôle des tribunaux [dans un contrôle judiciaire visant un différend portant sur un traité moderne] ne consiste pas à déterminer si chacune des parties a joué adéquatement son rôle à chaque étape du processus établi par un traité moderne, mais plutôt à déterminer si la décision contestée était légale, et à l’annuler au besoin. Une gestion étroite par les tribunaux de la mise en œuvre des traités modernes peut nuire au véritable dialogue et à la relation à long terme que ces traités doivent favoriser. En faisant preuve de retenue, les tribunaux laissent les parties arriver à une entente sur un processus — en fait, elles vont se réconcilier — sans que les tribunaux interviennent dans le processus au-delà de ce qui est nécessaire pour régler le différend en cause.

[58] I am also mindful of the caveat the Court set out (*Nacho Nyak Dun*, at paragraph 34):

[58] J’ai également à l’esprit la mise en garde de la Cour (*Nacho Nyak Dun*, au paragraphe 34) :

That said, under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, modern treaties are constitutional documents, and courts play a critical role in safeguarding the rights they enshrine. Therefore, judicial forbearance should not come at the expense of adequate scrutiny of Crown conduct to ensure constitutional compliance.

Cela étant dit, aux termes de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les traités modernes sont des documents constitutionnels, et le rôle des tribunaux est essentiel pour assurer la sauvegarde des droits qui y sont inscrits. En conséquence, pour assurer le respect de la Constitution, la retenue dont font preuve les tribunaux ne doit pas s’exercer au détriment d’un examen adéquat de la conduite de la Couronne.

[59] The application judge took these directions into account in deciding whether to grant declaratory relief. In my view, they may also come into play at an earlier stage, in determining the extent to which the Court should address the merits of the issues raised by the parties.

[59] Le juge de première instance a tenu compte de ces directives pour déterminer s’il y avait lieu de rendre un jugement déclaratoire. Je suis d’avis qu’elles peuvent également entrer en jeu à une étape antérieure, lorsqu’il s’agit de déterminer dans quelle mesure la Cour devrait examiner le bien-fondé des questions soulevées par les parties.

[60] Both remedies on judicial review, and undertaking judicial review in the first place, are discretionary: *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraphs 37–38; *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, [2019] 2 S.C.R. 535, at paragraph 35. The categories of cases in which courts may exercise the discretion not to undertake judicial review are not closed. In my view, they include cases involving disputes under modern treaties, in which the Supreme Court has directed judicial forbearance and restraint. For a court to hear and decide a dispute under a modern treaty on the merits, and then exercise its discretion only at the remedy stage, risks sapping the

[60] Les deux réparations demandées dans le cadre du contrôle judiciaire et le fait de procéder au contrôle judiciaire en premier lieu sont discrétionnaires : *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, aux paragraphes 37 et 38; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31, [2019] 2 R.C.S. 535, au paragraphe 35. Les catégories d’affaires à l’égard desquelles les tribunaux peuvent exercer leur pouvoir discrétionnaire de ne pas procéder au contrôle judiciaire ne sont pas limitées. Je suis d’avis qu’elles comprennent des cas mettant en cause des différends portant sur des traités modernes à l’égard desquels la Cour suprême a statué qu’il y avait lieu de faire preuve

Supreme Court’s directions to practise judicial forbearance and restraint of much of their force. Even where the reviewing court chooses not to grant declaratory relief, its reasons for judgment on the merits will be binding on the parties, the administrative decision maker, and (depending on the judicial hierarchy) other courts: *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, at paragraphs 105–106.

[61] However, in this case, it does not appear that any of the parties raised before the application judge, or that he otherwise considered, the possibility of declining altogether to undertake judicial review, in the exercise of judicial forbearance. Nor was that possibility raised before this Court. In these circumstances, I propose to consider the issues raised before us on their merits, leaving the question of judicial forbearance to be addressed in considering remedies.

## VII. Analysis

A. *What are the principles applicable to the interpretation of modern treaties and how do they determine this Court’s approach to the review of the Minister’s decision? This includes the standard of appellate review and the standard of review applicable to the Minister’s decision.*

### (1) Modern treaty interpretation

[62] In its recent jurisprudence, the Supreme Court has set out certain principles of modern treaty interpretation. It summarized these principles as follows in *Nacho Nyak Dun*, at paragraphs 36–37 (emphasis in original; citations omitted):

.... Because modern treaties are “meticulously negotiated by well-resourced parties”, courts must “pay close attention to [their] terms” .... “[M]odern treaties are designed

d’une certaine retenue judiciaire. Un tribunal qui statue sur le fond d’un différend portant sur un traité moderne, puis exerce son pouvoir discrétionnaire uniquement à l’étape de la réparation risque de saper les directives de la Cour suprême consistant à faire preuve le plus possible de retenue judiciaire. Même lorsque la cour de révision choisit de ne pas rendre un jugement déclaratoire, ses motifs du jugement sur le fond lieront les parties, le décideur administratif et (selon la hiérarchie judiciaire) d’autres tribunaux : *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, aux paragraphes 105 et 106.

[61] En l’espèce toutefois, il ne semble pas que l’une des parties ait évoqué la possibilité de refuser complètement de procéder au contrôle judiciaire devant le juge de première instance, ou que ce dernier ait par ailleurs considéré cette possibilité dans l’exercice de la retenue judiciaire. Cette possibilité n’a pas non plus été évoquée devant notre Cour. Dans ces circonstances, je propose d’examiner le bien-fondé des questions dont la Cour est saisie, en laissant le soin de trancher la question de la retenue judiciaire au moment de l’examen des réparations.

## VII. Discussion

A. *Quels sont les principes applicables à l’interprétation des traités modernes et comment déterminent-ils la démarche adoptée par notre Cour à l’égard de la révision de la décision de la ministre? Cela comprend la norme de contrôle applicable en appel et la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre.*

### 1) Interprétation des traités modernes

[62] Dans sa jurisprudence récente, la Cour suprême a énoncé certains principes d’interprétation des traités modernes. Elle a résumé ces principes de la façon suivante dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun*, aux paragraphes 36 et 37 (souligné dans l’original; renvois omis) :

[...] Puisque les traités modernes sont « soigneusement négocié[s] par des parties disposant de moult ressources », les tribunaux doivent « porter une grande attention à



to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system with its advantages of continuity, transparency, and predictability” .... Compared to their historic counterparts, modern treaties are detailed documents and deference to their text is warranted ....

Paying close attention to the terms of a modern treaty means interpreting the provision at issue in light of the treaty text *as a whole* and the treaty’s objectives .... Indeed, a modern treaty will not accomplish its purpose of fostering positive, long-term relationships between Indigenous peoples and the Crown if it is interpreted “in an ungenerous manner or as if it were an everyday commercial contract” ... Furthermore, while courts must “strive to respect [the] handiwork” of the parties to a modern treaty, this is always “subject to such constitutional limitations as the honour of the Crown” ....

[63] Also relevant are any interpretation principles set out in the treaty itself: *Nacho Nyak Dun*, at paragraph 36. Here, section 2.22 of NILCA states that it “shall be governed by and construed in accordance with the laws of Nunavut, Newfoundland and Labrador and the laws of Canada as otherwise applicable,” and adds that “[f]or greater certainty, the federal *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] shall apply to this Agreement.” Section 12 of the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21], to which the Court also referred in *Nacho Nyak Dun*, at paragraph 37, provides that “[e]very enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.”

## (2) Appellate standard of review

[64] In an appeal from a decision of the Federal Court on an application for judicial review, this Court ordinarily follows the appellate standard of review set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47: it asks whether the application judge chose the correct standard of review and properly applied it. Applying this standard entails what has been described as “stepping into the shoes” of the Federal Court,

[leur] libellé » [...] « [L]es traités récents visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général, avec les avantages que cela présente au plan de la continuité, de la transparence et de la prévisibilité » [...] Comparativement aux traités historiques, les traités modernes sont des documents détaillés et il faut faire preuve de retenue à l’égard de leur libellé [...]

Porter une grande attention au libellé des traités modernes signifie qu’il faut interpréter la disposition en cause à la lumière du texte du traité *dans son ensemble* et des objectifs du traité [...] Certes, un traité moderne n’atteindra pas son objectif, qui consiste à favoriser une relation à long terme harmonieuse entre les peuples autochtones et la Couronne, s’il est interprété « de façon mesquine ou comme s’il s’agissait d’un banal contrat commercial » [...] De plus, les tribunaux doivent « essayer de respecter le fruit [du] travail » des parties à un traité moderne, mais toujours « sous réserve des limitations constitutionnelles comme le principe de l’honneur de la Couronne » [...]

[63] Tout principe d’interprétation énoncé dans le traité lui-même est également pertinent : *Nacho Nyak Dun*, au paragraphe 36. En l’espèce, l’article 2.22 de l’ARTIN dispose que ce dernier « est régi et interprété conformément aux lois du Nunavut, de Terre-Neuve-et-Labrador et des lois du Canada par ailleurs applicables », en ajoutant qu’« [i] est entendu que la *Loi d’interprétation fédérale* [L.R.C. (1985), ch. I-21] s’applique au présent accord ». L’article 12 de la *Loi d’interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21], que la Cour a également mentionné au paragraphe 37 de l’arrêt *Nacho Nyak Dun*, dispose que « [t]out texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet ».

## 2) Norme de contrôle applicable en appel

[64] Dans le cadre d’un appel d’une décision de la Cour fédérale sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, notre Cour suit habituellement la norme de contrôle applicable en appel, énoncée dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47 : elle se demande si le juge de première instance a choisi la norme de contrôle appropriée et l’a appliquée correctement. L’application de

and focusing on the administrative decision that was the subject of the application rather than potential errors by the application judge in coming to the judgment under appeal.

[65] But as both Makivik and the Attorney General recognize, there are exceptions to the application of the *Agraira* standard, including an exception for the decision of the application judge as to what if any remedies should be granted. Remedial decisions by the application judge on judicial review are subject to appellate review on the standard set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235—correctness on questions of law and palpable and overriding error on questions of fact or mixed fact and law (absent an extricable question of law): *Sturgeon Lake Cree Nation v. Hamelin*, 2018 FCA 131, 424 D.L.R. (4th) 366, at paragraph 51. As this Court explained in *Canada v. Long Plain First Nation*, 2015 FCA 177, 388 D.L.R. (4th) 209, at paragraphs 88–89, these decisions are not about what the administrative decision maker decided, but rather about what the reviewing court itself should do, in light of its review of the administrative decision. A decision about what remedies should be granted typically raises questions of mixed fact and law, on which the application judge’s decision is reviewable on the deferential standard of palpable and overriding error.

[66] Makivik submits that this Court should apply the *Agraira* standard here, except on what it characterizes as the narrow question (dealt with at paragraphs 211 to 215 of the application judge’s reasons) whether it was appropriate to grant declaratory relief on the component of the Minister’s decision that was found to be unreasonable. Only on that question, it submits, should the *Housen* standard apply. The Attorney General suggests that this Court should go further, and apply the *Housen* standard to all parts of the test for declaratory relief, including the question whether the declarations sought would be legally accurate. He relies for this

cette norme entraîne ce que l’on a qualifié comme « se mettre à la place » de la Cour fédérale et se concentrer sur la décision administrative qui fait l’objet de la demande plutôt que sur les erreurs possibles qui auraient été commises par le juge de première instance en rendant le jugement dont il est fait appel.

[65] Toutefois, comme Makivik et le procureur général reconnaissent que l’application de la norme de contrôle établie dans l’arrêt *Agraira* comporte des exceptions, y compris une exception à l’égard de la décision du juge de première instance sur la question de savoir quelles réparations, le cas échéant, devraient être accordées. Les décisions sur les réparations rendues par le juge de première instance dans le cadre d’un contrôle judiciaire peuvent être portées en appel selon la norme établie dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 — la norme de la décision correcte, relativement aux questions de droit, et l’erreur manifeste et dominante, relativement aux questions de fait ou aux questions mixtes de fait et de droit (lorsqu’il n’y a pas de question de droit isolable) : *Sturgeon Lake Cree Nation c. Hamelin*, 2018 CAF 131, au paragraphe 51. Comme notre Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Canada c. Première nation de Long Plain*, 2015 CAF 177, aux paragraphes 88 et 89, ces décisions ne portent pas sur ce que le décideur administratif a décidé, mais plutôt sur ce que la cour de révision doit faire, à la lumière de son examen de la décision administrative. Une décision portant sur les réparations à accorder soulève habituellement des questions mixtes de fait et de droit et est susceptible de révision selon la norme déférente de l’erreur manifeste et dominante.

[66] Makivik soutient que notre Cour devrait appliquer la norme de contrôle établie dans l’arrêt *Agraira* à l’espèce, à l’exception de ce qu’elle désigne comme étant une question précise (abordée aux paragraphes 211 à 215 des motifs du juge de première instance), à savoir s’il était approprié de rendre un jugement déclaratoire sur l’aspect de la décision de la ministre qui a été jugé déraisonnable. Elle soutient que la norme établie dans l’arrêt *Housen* devrait s’appliquer uniquement à l’égard de cette question. Le procureur général indique que notre Cour devrait aller plus loin et appliquer la norme établie dans l’arrêt *Housen* à tous les volets du critère relatif au

position on the fact that Makivik chose not to pursue its claim to quash the Minister's decision, so that only declaratory relief is now sought.

[67] I would not accept the Attorney General's suggestion. The *Agraira* standard applies to the substantive issues on appeal from a decision on judicial review where the only relief sought is declaratory relief, just as in other cases: *Schmidt v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376, at paragraphs 17–20; *Canada (Attorney General) v. Distribution G.V.A. Inc.*, 2018 FCA 146, at paragraphs 24–26; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2019 FCA 206, [2020] 1 F.C.R. 231, at paragraph 32. The Attorney General has suggested no good reason why it should not apply to the question whether the declarations sought would be legally accurate. The focus of that question is on the Minister's decision.

[68] Do modern treaty interpretation principles play a role in determining and applying the appellate standard of review? They could do so if, for example, a modern treaty contained language specifying the circumstances in which particular remedies could be granted. But the parties do not submit that there is any provision of that kind in this case.

### (3) Standard of review of the Minister's decision

[69] The application judge dealt with the standard of review applicable to the Minister's decision before the Supreme Court recast the law of judicial review in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653. Consistent with the then-governing administrative law authorities, and finding no well-established standard of review for the type of case before him, he therefore conducted a contextual analysis (at paragraphs 90 to 105 of his

jugement déclaratoire, y compris la question de savoir si les jugements déclaratoires sollicités seraient légalement appropriés. Il se fonde sur le fait que Makivik a choisi de ne pas poursuivre sa demande d'annulation de la décision de la ministre, de sorte que seul un jugement déclaratoire est maintenant sollicité.

[67] Je n'accepterais pas la proposition du procureur général. La norme établie dans l'arrêt *Agraira* s'applique aux questions de fond soulevées en appel d'une décision dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire lorsque la seule réparation sollicitée est un jugement déclaratoire, tout comme dans d'autres affaires : *Schmidt c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376, aux paragraphes 17 à 20; *Canada (Procureur général) c. Distribution G.V.A. Inc.*, 2018 CAF 146, aux paragraphes 24 à 26; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2019 CAF 206, [2020] 1 R.C.F. 231, au paragraphe 32. Le procureur général n'a proposé aucune raison valable pour expliquer en quoi la norme ne devrait pas s'appliquer à la question de savoir si les jugements déclaratoires sollicités seraient légalement appropriés. Cette question porte principalement sur la décision de la ministre.

[68] Les principes d'interprétation des traités modernes jouent-ils un rôle dans la détermination et l'application de la norme de contrôle applicable en appel? Ils le pourraient si, par exemple, un traité moderne précisait les circonstances dans lesquelles des réparations particulières peuvent être accordées. Les parties ne soutiennent cependant pas qu'une disposition de cette nature existe en l'espèce.

### 3) Norme de contrôle applicable à la décision de la ministre

[69] Le juge de première instance a examiné la question de la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre avant que la Cour suprême reformule le droit en matière de contrôle judiciaire dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653. En conformité avec la jurisprudence en droit administratif de l'époque, et concluant en l'absence d'une norme de contrôle bien établie pour le type d'affaire dont il était

reasons) to determine the applicable standard. He concluded (at paragraphs 106 and 107) that whether the Minister adhered to the decision-making process set out in NILCA should be reviewed on the correctness standard, but that the Minister's decision as a whole should be reviewed on the standard of reasonableness. He saw the call for judicial restraint in *Nacho Nyak Dun* as supporting the application of the reasonableness standard (at paragraph 108).

[70] Makivik submits that the application judge's decision on standard of review ignored the principles of modern treaty interpretation set out and applied by the Supreme Court in *Nacho Nyak Dun*, and that he should have applied those principles, rather than administrative law principles, in determining the standard of review. It argues that treaty interpretation principles, with their emphasis on deference to the text of the treaty, preclude giving any deference to the Minister, and therefore require the correctness standard. It submits alternatively that if administrative law principles are to be applied, the applicable standard of review must be reconsidered in light of the Supreme Court's decision in *Vavilov*.

[71] In *Vavilov*, the Supreme Court set reasonableness as the presumptive standard of review for administrative decisions, subject to certain categories of exceptions. One of these categories covers cases where the rule of law requires correctness—"a final and determinate answer from the courts." This category, the Court held, includes "[q]uestions regarding the division of powers between Parliament and the provinces, the relationship between the legislature and the other branches of the state, the scope of Aboriginal and treaty rights under s. 35 of the Constitution Act, 1982, and other constitutional matters": *Vavilov*, at paragraph 55 (emphasis added). Makivik thus submits that, under administrative law principles, any question in this proceeding involving the interpretation of NILCA must be assessed on the standard of correctness.

saisi, il a donc fait une analyse contextuelle (aux paragraphes 90 à 105 de ces motifs) afin de déterminer la norme applicable. Il a conclu (aux paragraphes 106 et 107) que la question de savoir si la ministre avait respecté le processus décisionnel prévu par l'ARTIN devrait être examinée selon la norme de la décision correcte, mais que la décision de la ministre dans son ensemble devrait être examinée selon la norme de la décision raisonnable. Il a conclu que l'invitation à faire preuve de retenue judiciaire dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun* appuyait l'application de la norme de la décision raisonnable (au paragraphe 108).

[70] Makivik soutient que la décision du juge de première instance sur la norme de contrôle n'a pas tenu compte des principes d'interprétation des traités modernes, énoncés et appliqués par la Cour suprême dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun*, et que, pour déterminer la norme de contrôle, il aurait dû appliquer ces principes plutôt que les principes de droit administratif. Elle fait valoir que les principes d'interprétation des traités, qui mettent l'accent sur la retenue à l'égard du libellé du traité, empêchent la retenue à l'égard de la ministre et commandent par conséquent l'application de la norme de la décision correcte. Elle soutient à titre subsidiaire que, si les principes de droit administratif devaient être appliqués, la norme de contrôle applicable devrait être réexaminée à la lumière de l'arrêt *Vavilov* de la Cour suprême.

[71] Dans l'arrêt *Vavilov*, la Cour suprême a établi que la norme de contrôle présumée s'appliquer aux décisions administratives est celle de la décision raisonnable, sous réserve de certaines catégories d'exceptions. L'une de ces catégories vise les cas où la règle de droit exige l'application de la norme de la décision correcte — « une réponse décisive et définitive des cours de justice ». La Cour a conclu que cette catégorie comprend « [l]es questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces, au rapport entre le législateur et les autres organes de l'État, à la portée des droits ancestraux et droits issus de traités reconnus à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982, et à d'autres questions de droit constitutionnel » : *Vavilov*, au paragraphe 55 (non souligné dans l'original). Makivik fait donc valoir que, selon les principes de droit administratif, les

[72] In its submissions, the GCC agrees with Makivik that the application judge should have applied modern treaty interpretation principles, rather than administrative law principles, in determining the standard of review applicable to the Minister. On treaty interpretation principles, it submits, correctness must be the standard. On either basis, it argues, the application judge failed to consider the limited role of the Minister under the terms of the NILCA decision-making process as a whole. That role, it submits, requires the Minister to show deference to the NMRWB. It does not permit the Minister to make decisions herself, and permits her to alter the fundamental nature of a decision of the NMRWB only where she determines that it was unreasonable.

[73] For its part, the NMRWB similarly submits that given its mandate and the principles and objectives of NILCA, the Minister has no authority to vary or reject a decision of the NMRWB unless the decision is unreasonable or unfounded in law. According to the NMRWB, the scope of the Minister's authority should be determined taking into account administrative law and judicial review principles, together with the principles and objectives of NILCA, modern treaty interpretation, the imperative of reconciliation, and the honour of the Crown.

[74] The intervener, Nunavut Tunngavik Incorporated (NTI), which obtained leave to address the standard of review along with certain other issues, agrees with Makivik that the appropriate standard of review of the Minister's decision is correctness. It sees the Supreme Court's decision in *Nacho Nyak Dun* as implicitly requiring the correctness standard. It also agrees that the "constitutional matters" category of exceptions from reasonableness review set out in *Vavilov* applies to questions of modern treaty interpretation and implementation. It refers both to *Vavilov* and to cases decided before and after *Vavilov* as supporting the proposition that a

questions soulevées dans la présente instance sur l'interprétation de l'ARTIN doivent être examinées selon la norme de la décision correcte.

[72] Dans ses observations, le GCC convient avec Makivik que, pour déterminer la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre, le juge de première instance aurait dû appliquer les principes d'interprétation des traités modernes plutôt que les principes de droit administratif. En ce qui a trait aux principes d'interprétation des traités, il soutient que la norme de la décision correcte doit être la norme appropriée. Sous l'un ou l'autre aspect, le juge de première instance n'a pas tenu compte du rôle limité que joue le ministre aux termes de l'ensemble du processus décisionnel prévu par l'ARTIN. Il soutient que ce rôle exige que le ministre fasse preuve de retenue envers le CGRFRMN. Il ne permet pas au ministre de prendre lui-même des décisions, et ne lui permet de modifier la nature fondamentale d'une décision du CGRFRMN que lorsqu'il détermine que la décision est déraisonnable.

[73] Pour sa part, le CGRFRMN soutient également que, compte tenu de ses attributions ainsi que des principes et objectifs de l'ARTIN, la ministre n'a pas le pouvoir de modifier ou de rejeter une décision qu'il a prise, sauf si la décision est déraisonnable ou mal fondée en droit. Selon le CGRFRMN, l'étendue du pouvoir de la ministre devrait être déterminée compte tenu des principes de droit administratif et des principes en matière de contrôle judiciaire, conjointement avec les principes et objectifs de l'ARTIN, les principes d'interprétation des traités modernes, l'obligation morale de réconciliation et le principe de l'honneur de la Couronne.

[74] L'intervenante Nunavut Tunngavik Incorporated (NTI), qui a été autorisée à exprimer son point de vue sur la norme de contrôle ainsi que sur d'autres questions, convient avec Makivik que la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre est celle de la décision correcte. Elle interprète l'arrêt *Nacho Nyak Dun* de la Cour suprême comme exigeant implicitement l'application de la norme de la décision correcte. Elle convient également que la catégorie d'exceptions soit les « questions constitutionnelles » à l'application de la norme de la décision raisonnable établie dans l'arrêt *Vavilov* s'applique aux questions d'interprétation et de mise en



court should never defer to the Crown's interpretation of a treaty.

[75] NTI also supports the submissions of the GCC and the NMRWB that the Minister owed deference to the final decisions of the NMRWB. It bases its submission on the text, purpose, and context of NILCA read in its entirety, but also emphasizes sections 5.5.1 and 5.5.2 of NILCA. As set out above, section 5.5.1 provides for judicial review of decisions of the NMRWB in the Federal Court "at the motion of a person personally aggrieved or materially affected by the decision," while section 5.5.2 is a strong privative clause that otherwise bars judicial review. It argues that these provisions indicate the need for the Minister to show deference to the NMRWB, because otherwise the Minister could avoid the deference that the Federal Court would show to the NMRWB.

[76] The Attorney General's position, which he sees as consistent with *Vavilov*, is that reasonableness is the appropriate standard of review, except for questions related to the scope of treaty rights under section 35 [of the *Constitution Act, 1982*]. He submits that, leaving aside the section 35 issues, reasonableness is required by the highly factual and polycentric nature of the issue before the Minister, the language of NILCA that recognizes Government's "ultimate responsibility for wildlife management," [at paragraph 5.1.2(j)] and the Supreme Court's emphasis in *Nacho Nyak Dun* on judicial forbearance and restraint in disputes under modern treaties.

[77] In my view, the standard of review applicable to the Minister's decision is correctness on matters of treaty interpretation, the scope of Aboriginal and treaty rights under section 35, and procedural fairness, and reasonableness for any decisions outside these categories. I come to this conclusion for two main reasons.

œuvre des traités modernes. Elle renvoie à l'arrêt *Vavilov* et aux décisions qui ont précédé et suivi cet arrêt, comme étayant la proposition selon laquelle un tribunal ne devrait jamais s'en remettre à l'interprétation d'un traité par la Couronne.

[75] NTI appuie également les arguments du GCC et du CGRFRMN voulant que la ministre doive faire preuve de retenue à l'égard des décisions finales du CGRFRMN. Elle fonde son argument sur le libellé, l'objet et le contexte de l'ARTIN, lu dans son intégralité, mais insiste également sur les articles 5.5.1 et 5.5.2 de l'ARTIN. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'article 5.5.1 traite du contrôle judiciaire des décisions du CGRFRMN devant la Cour fédérale par « [u]ne personne lésée ou touchée de façon importante par une décision », tandis que l'article 5.5.2 constitue une disposition privative stricte qui interdit par ailleurs le contrôle judiciaire. Elle fait valoir que ces dispositions témoignent de la nécessité pour la ministre de faire preuve de retenue envers le CGRFRMN, parce qu'autrement, la ministre pourrait éluder la retenue dont ferait preuve la Cour fédérale envers le CGRFRMN.

[76] La position du procureur général, qui selon lui, est conforme à l'arrêt *Vavilov*, est que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, sauf en ce qui concerne les questions relatives à la portée des droits issus de traités au sens de l'article 35 [de la *Loi constitutionnelle de 1982*]. Il soutient que, mis à part les questions relatives à l'article 35, la raisonabilité est requise par le caractère éminemment factuel et polycentrique de la question dont la ministre a été saisie, le libellé de l'ARTIN qui reconnaît que « le gouvernement demeure responsable de la gestion des ressources fauniques » [à l'alinéa 5.1.2(j)] et le fait que la Cour suprême, dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun*, a insisté sur la retenue judiciaire requise dans les différends découlant des traités modernes.

[77] Je suis d'avis que la norme de contrôle applicable à la décision de la ministre est celle de la décision correcte à l'égard des questions d'interprétation de traités, de la portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l'article 35 ainsi que de l'équité procédurale et de la décision raisonnable à l'égard des décisions qui ne



[78] First, it is consistent with *Vavilov*—with the presumptive standard of reasonableness on judicial review and the correctness exceptions that it sets out for questions regarding the scope of Aboriginal and treaty rights under section 35. It is also consistent with *Vavilov* in a further respect. *Vavilov* left untouched what this Court has described as “the long line of jurisprudence, both from the Supreme Court and from this Court, according to which the standard of review with respect to procedural fairness remains correctness”: *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35.

[79] I do not agree that *Vavilov* should not apply in this case because it dealt only with the standard of review in administrative matters. The [Supreme] Court in *Vavilov* expressly addressed the standard of review in Aboriginal and treaty rights and other constitutional matters. Moreover, modern treaties “are designed to place Aboriginal and non-Aboriginal relations in the mainstream legal system”: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paragraph 12. That system includes administrative law, which “is flexible enough to give full weight to the constitutional interests of” Indigenous peoples, so that “[t]here is no need to invent a new ‘constitutional remedy’”: *Little Salmon/Carmacks*, at paragraph 47. Indigenous parties typically seek to vindicate these interests by seeking administrative law remedies through an application for judicial review, and in many cases must proceed in this manner: *Federal Courts Act*, section 18. Indeed, they have done so here.

[80] Second, the standard of review that in my view applies is consistent with both what occurred, and what

s’inscrivent pas dans ces catégories. J’en arrive à cette conclusion principalement pour deux raisons.

[78] En premier lieu, elle est conforme à l’arrêt *Vavilov*, en ce qui concerne la présomption de l’application de la norme de la décision raisonnable en matière de contrôle judiciaire et les exceptions relatives à l’application de la norme de la décision correcte qu’il établit à l’égard des questions portant sur la portée des droits ancestraux et issus de traités au sens de l’article 35. Elle est également conforme à l’arrêt *Vavilov* sous un autre aspect. L’arrêt *Vavilov* a laissé intact ce que notre Cour avait décrit comme « l’abondante jurisprudence, de la Cour suprême et de notre Cour, selon laquelle la norme de contrôle concernant l’équité procédurale demeure celle de la décision correcte » : *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35.

[79] Je ne suis pas d’accord pour dire que l’arrêt *Vavilov* ne devrait pas s’appliquer en l’espèce parce qu’il ne traitait que de la norme de contrôle applicable en matière administrative. Dans l’arrêt *Vavilov*, la Cour a traité expressément de la norme de contrôle à l’égard des droits ancestraux et issus de traités ainsi que d’autres questions constitutionnelles. De plus, les traités modernes « visent à inscrire les relations entre Autochtones et non-Autochtones dans le système juridique général » : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, au paragraphe 12. Ce système comprend le droit administratif, qui « est suffisamment souple pour que le tribunal accorde l’importance voulue aux intérêts constitutionnels » des peuples autochtones, de sorte que « [p]oint n’est besoin d’inventer une nouvelle “réparation constitutionnelle” » : *Little Salmon/Carmacks*, au paragraphe 47. Les parties autochtones cherchent généralement à défendre ces intérêts en sollicitant des réparations en droit administratif au moyen d’une demande de contrôle judiciaire et, dans plusieurs cas, elles doivent procéder de cette manière : *Loi sur les Cours fédérales*, article 18. C’est ce qu’elles ont fait en l’espèce.

[80] En second lieu, je suis d’avis que la norme de contrôle qui s’applique est conforme tant à ce qui

was said, in *Nacho Nyak Dun*. There the Supreme Court came to its own view on the treaty interpretation and compliance issues that arose, without deference either to government or to the First Nations parties. While the Supreme Court did not expressly address standard of review in its decision, both lower courts did, and both applied the correctness standard: *The First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon (Government of)*, 2014 YKSC 69, 91 C.E.L.R. (3d) 286, at paragraphs 136–137; *The First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2015 YKCA 18, 95 C.E.L.R. (3d) 187, at paragraph 112. Their doing so attracted no criticism from the Supreme Court.

[81] As the Supreme Court stated in *Nacho Nyak Dun*, “[m]odern treaties are intended to renew the relationship between Indigenous peoples and the Crown to one of equal partnership”: at paragraph 33. Deferring to one “partner’s” view of the meaning of or compliance with the treaty would be inconsistent with the nature of that relationship.

[82] Before leaving the subject of the standard of review of the Minister’s decision, I should signal one important qualification to my conclusion that issues of treaty interpretation and scope are reviewable on the correctness standard. Prior to *Vavilov*, it had been recognized that, while questions of constitutional interpretation were reviewable for correctness, any extricable findings of fact, and the assessment of the evidence on which the constitutional analysis was premised, were entitled to deference, and were therefore reviewable for reasonableness: *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, at paragraph 26; *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355, at paragraph 75, leave to appeal refused, [2019] S.C.C.A. No. 478 (QL), [2020] 1 S.C.R. xvi. *Vavilov* has not affected this position: *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2020 FCA 122, [2020] 4 F.C.R. 678, at paragraph 21; *Gift Lake Métis Settlement v. Alberta (Aboriginal Relations)*, 2019 ABCA 134 (CanLII), 84 Alta. L.R. (6th) 223, at paragraph 18; *Procureur général du Québec c. Association canadienne*

s’est produit qu’à ce qui a été dit dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun*. Dans cet arrêt, la Cour suprême s’est fait sa propre opinion sur les questions d’interprétation et de conformité des traités, qui ont été soulevées, sans faire preuve de retenue envers le gouvernement ou les Premières Nations. Bien que la Cour suprême n’ait pas expressément abordé la norme de contrôle dans son jugement, les deux tribunaux inférieurs l’ont fait et ont appliqué la norme de la décision correcte : *The First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon (Government of)*, 2014 YKSC 69, 91 C.E.L.R. (3d) 286, aux paragraphes 136 et 137; *The First Nation of Nacho Nyak Dun v. Yukon*, 2015 YKCA 18, 95 C.E.L.R. (3d) 187, au paragraphe 112. Ce faisant, ils n’ont suscité aucune critique de la part de la Cour suprême.

[81] Comme l’a déclaré la Cour suprême, « [l]es traités [modernes] visent à renouveler la relation entre les peuples autochtones et la Couronne afin qu’ils soient des partenaires égaux » : *Nacho Nyak Dun*, au paragraphe 33. S’en remettre à l’opinion d’un « partenaire » sur le sens ou le respect du traité serait incompatible avec la nature de cette relation.

[82] Avant de conclure sur la question de la norme de contrôle de la décision de la ministre, je dois formuler une réserve importante à ma conclusion selon laquelle les questions d’interprétation et de portée des traités sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte. Avant l’arrêt *Vavilov*, il avait été reconnu que, même si les questions d’interprétation constitutionnelle étaient susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte, il y avait lieu de faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait isolables et de l’évaluation de la preuve sur laquelle reposait l’analyse constitutionnelle, et étaient par conséquent susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, au paragraphe 26; *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355, au paragraphe 75, autorisation d’interjeter appel refusée, [2019] C.S.C.R. n° 478 (QL), [2020] 1 R.C.S. xvi. L’arrêt *Vavilov* n’a pas influencé cette position : *Première nation des ‘Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2020 CAF 122, [2020] 4 R.C.F. 678, au

*des télécommunications sans fil*, 2021 QCCA 730, at paragraph 62.

[83] I would also add that I do not accept the submissions that the authority of the Minister to vary or reject decisions of the NMRWB is limited to cases in which the NMRWB's decision is unreasonable or unlawful. This is not a standard of review issue in the usual sense, because it does not address the role of the court in relation to an administrative decision. But since the appellants have addressed it in that context, I will follow suit.

[84] I see no textual or contextual basis in NILCA for these submissions. Section 5.5.3, subsections 5.5.4.1 and 5.5.4.2, and section 5.5.5 set out, as the heading preceding them states, “[c]riteria for decisions restricting or limiting Nunavik Inuit harvesting by NMRWB and/or Minister.” These include (in paragraph 5.5.3(a)) the requirement that decisions of the NMRWB or a Minister shall restrict or limit Nunavik Inuit harvesting only to the extent necessary to effect a conservation purpose. None of these criteria are cast in terms of unreasonableness or unlawfulness.

[85] The NILCA provision that comes closest to setting a criterion of unreasonableness for a decision of the Minister to reject or disallow a decision of the NMRWB is section 5.5.5, which reads as follows:

Where a decision of the NMRWB is made in relation to a presumption as to needs or adjusted basic needs level, the Minister may reject or disallow that decision only if the Minister determines that the decision is not supported by or consistent with the evidence that was before the NMRWB or available to it.

[86] A decision that is not supported by or consistent with the evidence before the decision maker may be regarded as unreasonable: *Vavilov*, at paragraph 126.

paragraphe 21; *Gift Lake Métis Settlement v. Alberta (Aboriginal Relations)*, 2019 ABCA 134 (CanLII), 84 Alta. L.R. (6th) 223, au paragraphe 18; *Procureur général du Québec c. Association canadienne des télécommunications sans fil*, 2021 QCCA 730, au paragraphe 62.

[83] J’ajouterais également que je ne retiens pas les arguments voulant que le pouvoir de la ministre de modifier ou de rejeter des décisions du CGRFRMN soit limité aux cas où la décision de ce dernier est déraisonnable ou illicite. Il ne s’agit pas d’une question de norme de contrôle au sens habituel parce qu’elle ne traite pas du rôle que doit jouer le tribunal à l’égard d’une décision administrative. Toutefois, puisque les appelants l’ont abordée dans ce contexte, j’en ferai autant.

[84] Je ne vois aucun fondement lié au libellé ou au contexte de l’ARTIN à ces arguments. L’article 5.5.3, les paragraphes 5.5.4.1, 5.5.4.2 et l’article 5.5.5 énoncent, comme le titre les précédant l’indique, les « [c]ritères décisionnels applicables par le CGRFRMN et par le ministre pour restreindre ou limiter les récoltes des Inuit du Nunavik ». Ils comprennent (à l’alinéa 5.5.3(a)) l’exigence selon laquelle les décisions du CGRFRMN ou du ministre peuvent restreindre ou limiter les récoltes des Inuits du Nunavik seulement dans la mesure nécessaire pour réaliser un objectif de conservation. Aucun de ces critères n’est formulé en fonction du caractère déraisonnable ou illicite.

[85] La disposition de l’ARTIN qui se rapproche le plus de l’énoncé d’un critère déraisonnable d’une décision du ministre de rejeter ou de refuser une décision du CGRFRMN est l’article 5.5.5, ainsi libellé :

Lorsque le CGRFRMN prend une décision relativement à des besoins présumés ou à un contingent de base ajusté, le ministre ne peut refuser ou rejeter cette décision que s’il la juge injustifiée compte tenu des éléments de preuve qui ont été présentés au CGRFRMN ou dont celui-ci dispose.

[86] Une décision qui n’est pas étayée par des éléments de preuve présentés au décideur ou qui ne concorde pas avec ces éléments de preuve peut être considérée comme déraisonnable : *Vavilov*, au paragraphe 126.

[87] But on its face, section 5.5.5 applies only to the Minister’s rejection or disallowance of decisions of the NMRWB in relation to a presumption as to needs or adjusted basic needs level under sections 5.2.12 and following of NILCA. The specific mention of these categories of decisions carries a strong implication that the rejection or disallowance of other decisions is not subject to the same constraint. To read a general unreasonableness or unlawfulness prerequisite into the Minister’s entitlement to reject or vary a decision of the NMRWB would also be inconsistent with Government’s “ultimate responsibility for wildlife management,” established by paragraph 5.1.2(j), and for this reason too would amount to a significant amendment to a carefully negotiated treaty. I would not take up the invitation to interpret NILCA in that way. To do so would be inconsistent with the principles of modern treaty interpretation set out above.

B. *Did the Minister give full regard to the integration of Nunavik Inuit knowledge of wildlife and wildlife habitat with knowledge gained through scientific research when making her decision?*

[88] This issue was among those put by Makivik to the application judge. He agreed with Makivik (at paragraph 187 of his reasons) that, under NILCA, Nunavik Inuit harvesting rights can be limited only to the extent necessary to effect a conservation purpose in accordance with sections 5.1.4 and 5.1.5. He also agreed that the Minister was required to give full regard to the objective set out in paragraph 5.1.3(f) (quoted above at paragraph 17)—to create a wildlife management system that recognizes the value of ITK and integrates it with Western scientific research. He noted [at paragraph 188 of his reasons] that Makivik had quoted the leading federal expert as recognizing that ““neither western science nor traditional ecological knowledge is sufficient in isolation for understanding the complexities of polar bear ecology, especially in the context of climate change.””

[87] À première vue, l’article 5.5.5 trouve application seulement lorsque le ministre rejette ou refuse les décisions du CGRFRMN relativement à des besoins présumés ou à un contingent de base ajusté aux termes de l’article 5.2.12 et suivants de l’ARTIN. La mention expresse de ces catégories de décisions sous-entend fortement que le rejet ou le refus d’autres décisions n’est pas soumis à la même contrainte. Considérer le caractère déraisonnable ou illégal est comme une condition préalable générale à l’exercice du droit du ministre de rejeter ou de modifier une décision du CGRFRMN serait également incompatible avec le fait que « le gouvernement demeure responsable de la gestion des ressources fauniques », établi par l’alinéa 5.1.2(j) et, pour ce motif également, équivaldrait à une modification importante d’un traité soigneusement négocié. Je ne donnerais pas suite à l’invitation d’interpréter l’ARTIN de cette façon. Ce serait incompatible avec les principes d’interprétation des traités modernes exposés ci-dessus.

B. *La ministre a-t-elle omis de tenir pleinement compte de l’intégration des connaissances des Inuits du Nunavik sur la faune et son habitat aux renseignements apportés par la recherche scientifique afin d’en arriver à sa décision?*

[88] Cette question faisait partie de celles que Makivik a soumises au juge de première instance. Le juge a souscrit à l’argument de Makivik (au paragraphe 187 de ses motifs) selon lequel, en vertu de l’ARTIN, les droits de récolte des Inuits du Nunavik peuvent être restreints seulement dans la mesure nécessaire pour réaliser un objectif de conservation, conformément aux articles 5.1.4 et 5.1.5. Il a également convenu que la ministre devait tenir pleinement compte de l’objectif énoncé à l’alinéa 5.1.3(f) (précité, au paragraphe 17) visant à créer un système de gestion des ressources fauniques qui reconnaît la valeur du STI et l’intègre aux recherches scientifiques occidentales. Il a souligné [au paragraphe 188 de ses motifs] que Makivik avait cité les remarques de l’expert clé fédéral qui a reconnu que « [TRADUCTION] “ni la science occidentale ni le savoir écologique traditionnel ne permettent à eux seuls de comprendre les complexités de l’écologie de l’ours blanc, surtout dans le contexte du changement climatique” ».

[89] However, the application judge rejected (at paragraphs 189 to 195) Makivik’s argument that the Minister had essentially set aside the summary of the results of the ITK study commissioned by the NMRWB. He found on the evidence that the Minister took into account, along with other factors, the available ITK, including the summary, when assessing the available scientific evidence. He noted among other things (at paragraph 190) that while the widely accepted sustainable removal level, based on science, was 4.5 percent of the population, the 23-bear annual TAT set out in the Minister’s decision equated to a higher removal level, of 4.7 percent. There was evidence that without the ITK, the level would have been set at the lower figure. He therefore found that, in respect of this issue, the Minister’s decision was reasonable. He did not in express terms address the question whether the Minister had given the available ITK “full regard.” It does not appear that any of the parties put forward a definition of that expression that the application judge could have applied.

[90] Before this Court, Makivik focuses its submissions on what it characterizes as the Minister’s failure to integrate the summary of the study results (and other ITK) with knowledge gained through scientific research. Makivik relies on a dictionary definition [*Merriam-Webster.com*] of “integrate” as meaning “to form, coordinate, or blend into a functioning or unified whole.” It submits (at paragraph 77 of its memorandum) that to implement the terms of NILCA, the NMRWB and the Minister were each required “to meld the science and traditional knowledge regarding the health of the SHB polar bear population to arrive at a result that was a new whole, one that demonstrated respect for both approaches.” This, it submits, is an obligation “of a completely different kind than an obligation to simply ‘consider’ the traditional knowledge – it required that the Boards and the Minister find a way to put the two systems together, regardless of whether their findings agreed on all points.”

[91] Makivik further submits (at paragraphs 78 and 79 of its memorandum) that while the final decision of the NMRWB showed an explicit effort to integrate

[89] Le juge de première instance n’a cependant pas retenu (aux paragraphes 189 à 195 de ces motifs) l’argument avancé par Makivik selon lequel la ministre avait essentiellement écarté le résumé de l’étude du STI menée par le CGRFRMN. Il a conclu d’après la preuve que la ministre avait tenu compte, en plus d’autres facteurs, du STI disponible, y compris le résumé de l’étude, dans son évaluation des données scientifiques disponibles. Il a notamment fait remarquer (au paragraphe 190) que, bien que le taux de prélèvement viable largement accepté, fondé sur des éléments scientifiques, ait été de 4,5 p. 100, la PTA annuelle de 23 ours blancs indiquée dans la décision de la ministre s’élevait en réalité à 4,7 p. 100. La preuve indiquait que, sans le STI, le taux aurait été fixé plus bas. Il a donc conclu que, sur cette question, la décision de la ministre était raisonnable. Il n’a pas abordé en termes explicites la question de savoir si la ministre avait tenu « pleinement compte » du STI. Il ne semble pas que l’une des parties ait présenté une définition de cette expression que le juge de première instance aurait pu appliquer.

[90] Devant notre Cour, Makivik met l’accent dans ses observations sur ce qu’elle qualifie d’omission de la ministre d’intégrer le résumé de l’étude (et autre STI) aux renseignements apportés par la recherche scientifique. Makivik se fonde sur la définition que donne le dictionnaire [*Le Trésor de la Langue Française informatisé*] au terme « intégrer », soit « Introduire un élément dans un ensemble afin que, s’y incorporant, il forme un tout cohérent ». Elle soutient (au paragraphe 77 de son mémoire) que, pour mettre en œuvre les modalités de l’ARTIN, le CGRFRMN et la ministre devaient tous deux [TRADUCTION] « amalgamer la science et le savoir traditionnel sur la santé de la population d’ours blancs du SBH pour parvenir à un nouveau résultat qui respectait les deux approches ». Elle soutient qu’il s’agit d’une obligation [TRADUCTION] « d’un tout autre type que celle visant à simplement “tenir compte” du savoir traditionnel, qui exigeait que les Conseils et la ministre trouvent un moyen de regrouper les deux systèmes, peu importe que leurs conclusions se rejoignent sur tous les points ».

[91] Makivik fait également valoir (aux paragraphes 78 et 79 de son mémoire) que, tandis que la décision finale du CGRFRMN démontrait que d’importants



knowledge from the two cultures, “there is nothing in the Minister’s reasons for varying the TAT that demonstrates that such integration took place.” Instead, it submits, the “cautious approach” adopted by the Minister amounted to setting a TAT based on science alone.

[92] I would not give effect to these submissions, which largely raise questions of fact.

[93] In my view the differences between the approaches taken by the NMRWB and the Minister in their respective final decisions are not nearly as stark as Makivik and the other appellants suggest. In its final decision, the NMRWB described the evidence that it considered, which included both science-based knowledge and ITK. It then drew a series of conclusions. These included a conclusion, based on its assessment of the science-based information and ITK it reviewed as to population size and trend, that the SHB polar bear subpopulation had at a minimum remained stable, as well as a conclusion, “[c]onsidering the totality of the evidence provided,” some of which was conflicting, that the subpopulation remained healthy. It went on to state that the TAT that it established was based on the assumption that these conclusions were correct, and repeated that its conclusion as to the stability of the subpopulation was “supported by all of the evidence.” Based on the findings that it set out, it stated that “the body of evidence considered” continued to support its initial decision that the annual TAT should be 28 bears. It described this conclusion as “reasonable in light of the information presented,” and as a “defendable and prudent approach.”

[94] As for the Minister’s final decision, the analysis document that accompanied it began by stating that the decision took into account, among other things, “that there are differences between the available scientific information and Traditional Knowledge.” It went on to

efforts avaient été déployés pour intégrer les connaissances des deux cultures, [TRADUCTION] « rien ne démontre dans les motifs de la ministre de modifier la PTA que cette intégration s’est faite ». Elle soutient plutôt que l’« approche prudente » adoptée par la ministre équivalait à fixer une PTA fondée uniquement sur des éléments scientifiques.

[92] Je serais peu disposé à donner suite à ces arguments qui soulèvent principalement des questions de fait.

[93] Je suis d’avis que les différences entre les approches adoptées par le CGRFRMN et la ministre dans leurs décisions finales respectives sont loin d’être aussi évidentes que l’affirment Makivik et les autres appelants. Dans sa décision finale, le CGRFRMN a décrit les éléments de preuve dont il avait tenu compte, qui comprenaient tant les connaissances scientifiques que le STI. Il a alors tiré une série de conclusions, notamment une conclusion fondée sur son évaluation des renseignements scientifiques et du STI qu’il a examinés quant à la taille de la population et aux tendances qui révèlent que la sous-population d’ours blancs du SBH était à tout le moins demeurée stable, ainsi qu’une conclusion [TRADUCTION] « à la lumière de tous les éléments de preuve présentés », dont certains étaient contradictoires, quant au maintien de l’état de santé de la sous-population. Il a ensuite mentionné que la PTA qu’il avait fixée reposait sur l’hypothèse voulant que ces conclusions soient justifiées, et a répété que la conclusion qu’il avait tirée sur la stabilité de la sous-population était [TRADUCTION] « étayée par tous les éléments de preuve ». Selon les conclusions qu’il a tirées, il a mentionné que [TRADUCTION] « les éléments de preuve examinés » appuyaient toujours sa décision initiale selon laquelle la PTA annuelle devrait être fixée à 28 ours. Il a décrit cette conclusion comme étant [TRADUCTION] « raisonnable à la lumière de l’information présentée » et fondée sur une [TRADUCTION] « approche défendable et prudente ».

[94] Quant à la décision finale de la ministre, le document d’analyse qui l’accompagnait indiquait au début que la décision avait tenu compte, notamment [TRADUCTION] « de l’existence de différences entre l’information scientifique disponible et le savoir traditionnel ». Le



provide what it described as “an analysis of why certain aspects of the Final Decision have been rejected or varied.” It explained that the TAT of 23 bears established a combined harvest of close to 4.5 percent, “which [aligned] with the widely accepted sustainable removal level.” But it went on to state that “[t]he information available was weighed carefully,” and to express the view that a TAT of 28 was “likely not sustainable, and [created] a conservation concern for [the] management unit.” It then referred to the extent to which ITK and findings from scientific data aligned or differed, and noted that one area of difference was with respect to trends in subpopulation size and body condition. In concluding on the basis for the varied TAT of 23 bears, it stated that assumptions could not be made about the ability of the subpopulation to continue to support historical harvest levels, and that “[c]onsequently, caution must be exercised at this time.”

[95] There is no doubt that the NMRWB and the Minister came to different conclusions. But the processes they followed were not dissimilar: they amounted in both cases to reviewing information that was before them—both science-based information and ITK—and coming to a judgment based on all of what they reviewed. If, as the appellants submit, the NMRWB engaged in integration, the Minister must be said to have done so too.

[96] I also note that in oral argument, the Court asked counsel for Makivik what is to be done towards integration if the science-based knowledge and the ITK conflict. Counsel’s response was that the question was a difficult one, and the answer would depend on the circumstances, though they did emphasize the importance of being able to show in the Minister’s decision that ITK had been taken into account. Counsel for the GCC submitted that integration is a matter of giving information from the two sources equal weight. Asked in cross-examination on her affidavit how the NMRWB integrates science-based information with ITK, Kaitlin Breton-Honeyman, the

document indiquait ensuite ce qui était décrit comme [TRADUCTION] « une analyse des raisons pour lesquelles certains aspects de la décision finale ont été rejetés ou modifiés ». Dans ce document, on y mentionnait que la PTA de 23 individus donnait lieu à une récolte combinée d’ours blancs atteignant près de 4,5 p. 100 [TRADUCTION] « ce qui va de pair avec le taux de prélèvement viable largement accepté ». Le document indiquait ensuite que [TRADUCTION] « l’information disponible a été soigneusement soupesée » et qu’une PTA de 28 ours blancs [TRADUCTION] « ne permettrait probablement pas de conserver une population viable et [créerait] des préoccupations liées à la conservation pour l’unité de gestion ». Il y était ensuite mentionné dans quelle mesure le STI et les conclusions tirées à partir des données scientifiques concordaient ou divergeaient, et que la différence concernait les tendances observées sur la taille de la sous-population et la condition physique. Pour en arriver à la PTA modifiée de 23 ours, il y est indiqué que l’on ne pouvait pas présumer de la capacité de la sous-population de continuer de soutenir les niveaux de récolte historiques et [TRADUCTION] « qu’en conséquence, la prudence s’impose à ce stade-ci ».

[95] Il ne fait aucun doute que le CGRFRMN et la ministre sont parvenus à des conclusions différentes. Les processus qu’ils ont suivis étaient toutefois assez semblables : dans les deux cas, ils ont examiné les renseignements dont ils disposaient — tant les renseignements scientifiques que le STI — et ont fondé leur décision sur tous les éléments qu’ils avaient examinés. Si, comme les appelants le soutiennent, le CGRFRMN s’est engagé dans des efforts d’intégration, il convient de dire que la ministre a fait de même.

[96] Je remarque également que, lors de la plaidoirie, la Cour a demandé aux avocats de Makivik ce qu’il fallait faire au sujet de l’intégration en cas d’incompatibilité entre les connaissances scientifiques et le STI. Les avocats ont répondu qu’il était difficile de répondre à cette question, et que la réponse dépendait des circonstances, bien qu’ils aient souligné l’importance de pouvoir démontrer que le STI avait été pris en compte dans la décision de la ministre. L’avocat du GCC a fait valoir qu’en ce qui concerne l’intégration, il s’agit d’accorder le même poids aux renseignements provenant des deux sources. En contre-interrogatoire sur son affidavit, lorsqu’on a

NMRWB's Director of Wildlife Management, testified that there were multiple ways of doing so when the two types of information were complementary, but that "it becomes more difficult" when they diverge. She added that how to resolve the divergence must be considered case-by-case, and there were no formal guidelines or protocol for doing so. In its initial decision, the NMRWB acknowledged that "[f]urther work [was] needed to improve the way by which the knowledge of Nunavik Inuit is brought together with knowledge gained by scientific research for decision-making." A recent article focused on the wildlife management system in Nunavut observes, similarly, that "there is currently no formula or algorithm which determines how [Nunavut Wildlife Management Board] decisions are made using both western science and/or [ITK]": Daniel W. Dylan, "Wildlife Management, Privative Clauses, Standards of Review, and Inuit Qaujimagatuqangit: The Dimensions of Judicial Review in Nunavut" (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 265, at pages 307–308.

[97] These statements provide a further reason, in my view, why the Court should decline to fault the Minister for the treatment of the two categories of information here.

[98] To the extent that the finding of the application judge that the Minister took the available ITK into account in coming to her decision is still in issue, I see no basis to interfere with that finding. As the Supreme Court stated in *Vavilov* (at paragraphs 125–126), "[i]t is trite law that the decision maker may assess and evaluate the evidence before it and that, absent exceptional circumstances, a reviewing court will not interfere with its factual findings." A reviewing court, "must refrain from 'reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker.'" While "[t]he reasonableness of a decision may be jeopardized where the decision maker has fundamentally misapprehended or failed to account for the evidence before it," this is a high threshold.

demandé à Kaitlin Breton-Honeyman, directrice de la gestion des ressources fauniques du CGRFRMN, de décrire la façon dont le CGRFRMN intégrait les renseignements scientifiques au STI, elle a déclaré qu'il y avait plusieurs façons de le faire lorsque les deux types de renseignements étaient complémentaires, mais [TRADUCTION] « qu'il est plus difficile d'y arriver » en cas de divergence. Elle a ajouté que la façon de résoudre les divergences doit être examinée au cas par cas, et qu'il n'existait aucun protocole ou ligne directrice officielle à ce sujet. Dans sa décision initiale, le CGRFRMN a reconnu que [TRADUCTION] « d'autres travaux [étaient] nécessaires pour améliorer la façon dont les connaissances des [Inuits] du Nunavik sont intégrées à celles qu'apporte la recherche scientifique pour la prise des décisions ». Un article récent portant sur le système de gestion des ressources fauniques du Nunavut fait aussi observer le fait [TRADUCTION] « qu'il n'y a actuellement aucun algorithme ou formule qui permet de déterminer la façon dont les décisions [du Conseil de gestion des ressources fauniques du Nunavut] sont prises en fonction et de la science occidentale et [du STI] » : Daniel W. Dylan, « Wildlife Management, Privative Clauses, Standards of Review, and Inuit Qaujimagatuqangit : The Dimensions of Judicial Review in Nunavut » (2021), 34 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 265, aux pages 307 et 308.

[97] Je suis d'avis que ces propos fournissent une autre raison pour laquelle la Cour devrait refuser d'attribuer une faute à la ministre pour sa façon de traiter les deux catégories de renseignements en l'espèce.

[98] Dans la mesure où la conclusion du juge de première instance portant que la ministre a tenu compte du STI disponible en parvenant à sa décision est toujours en litige, je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Comme l'a déclaré la Cour suprême dans l'arrêt *Vavilov* (aux paragraphes 125 et 126), « [i] est acquis que le décideur administratif peut apprécier et évaluer la preuve qui lui est soumise et qu'à moins de circonstances exceptionnelles, les cours de révision ne modifient pas ses conclusions de fait ». Une cour de révision « [doit] [...] s'abstenir d'apprécier à nouveau la preuve examinée par le décideur ». Même si « [l]e caractère raisonnable d'une décision peut être compromis si le décideur s'est fondamentalement mépris sur la preuve qui lui a été

[99] In my view, that threshold is not met here. There was evidence in the record before the Minister to support her finding, including the Minister's decision itself, which I have already reviewed. I appreciate that Makivik disagrees with the application judge's assessment of the evidence, some of which it describes as self-serving. But that is not a sufficient basis for this Court to conclude that the application judge's conclusion was in error, given the limits on judicial review of determinations of fact and assessments of weight.

*C. Was the Minister's approach to the Boards' traditional knowledge study in accordance with NILCA and the honour of the Crown?*

[100] The background to this issue is set out in part above at paragraphs 37, 38 and 48 to 50. To recapitulate, the Deputy Minister's letter providing reasons for rejecting the NMRWB's initial decision made no mention of ITK or of any reservations concerning it. The record before the Minister when she varied the NMRWB's final decision included a memorandum, not previously disclosed, setting out certain methodological and other concerns on the part of federal officials with both the NMRWB's ITK study and another primary source of ITK considered by the NMRWB. According to the memorandum, these concerns made considering the information from these sources difficult at best, absent further context and details. The concerns had not been communicated to the NMRWB, and accordingly, the NMRWB had not responded to them.

[101] This issue raises questions as to the scope of the rights constitutionally protected by section 35 and as to constitutional compliance. It is among the issues raised before this Court in terms that differ to some degree from those of the issues put to the application judge. The

soumise ou n'en a pas tenu compte », il s'agit là d'un seuil difficile à atteindre.

[99] J'estime que ce seuil n'est pas atteint en l'espèce. Dans le dossier dont la ministre était saisie, il existait des éléments de preuve pour étayer sa conclusion, y compris la décision même de la ministre, que j'ai déjà examinée. Je suis conscient que Makivik est en désaccord avec l'évaluation de la preuve faite par le juge de première instance, dont elle décrit certains éléments comme « intéressés ». Toutefois, cela ne suffit pas pour que notre Cour conclue que la conclusion du juge de première instance était erronée, compte tenu des limites imposées au contrôle judiciaire sur les conclusions de fait et l'évaluation du poids des éléments de preuve.

*C. La démarche adoptée par la ministre à l'égard de l'étude du savoir traditionnel des Conseils était-elle conforme à l'ARTIN et au principe de l'honneur de la Couronne?*

[100] Le contexte de cette question est exposé en partie ci-dessus, aux paragraphes 37, 38 et 48 à 50. Pour résumer, la lettre du sous-ministre expliquant les motifs du rejet de la décision initiale du CGRFRMN ne mentionnait aucunement la question du STI et ne faisait état d'aucune réserve à ce sujet. Le dossier dont la ministre était saisie au moment où elle a modifié la décision finale du CGRFRMN renfermait une note de service qui n'avait pas été communiquée précédemment, exposant certaines préoccupations concernant la méthodologie et autres préoccupations soulevées par des représentants fédéraux, tant à l'égard de l'étude du STI menée par le CGRFRMN que d'une autre source principale de STI dont le CGRFRMN a tenu compte. Selon cette note, ces préoccupations ont rendu difficile l'examen des renseignements provenant de ces sources, en l'absence de précisions et d'autres détails. Les préoccupations n'ont pas été communiquées au CGRFRMN et, par conséquent, ce dernier n'y a pas répondu.

[101] Entrent ainsi en jeu des questions sur la portée des droits protégés par l'article 35 de la Constitution et la conformité à la Constitution, qui font partie des questions soulevées devant notre Cour dans des termes qui diffèrent dans une certaine mesure des termes des

questions he was asked to answer included the following as questions (f) and (g) [of paragraph 72], which he addressed together:

Did the Minister act reasonably or was she correct in law when she failed to provide the NMRWB with the opportunity to respond to her concerns regarding the methodology and results of its Inuit traditional knowledge study prior to making her decision?

Did the Minister act reasonably or was she correct in law when she failed to seek further information regarding the methodology and results of the NMRWB's Inuit traditional knowledge study prior to making her decision?

[102] The application judge answered “yes” (at paragraphs 175 and following of his reasons) to both of these questions. He observed that, on its face, the decision-making process that NILCA sets out does not include any requirement for dialogue while the Boards and the Minister are engaged in their respective decision-making processes, and that the NMRWB and the Minister or her officials were simply not raising issues with each other as the process unfolded. He recognized that the NMRWB would have preferred to be told earlier of the Minister's concerns, and to have an opportunity to respond to them. But he found that in light of the terms of NILCA, both the Minister's decision not to apprise the NMRWB of her concerns and her decision not to seek further information from the NMRWB concerning methodology were reasonable. He also noted the Minister's statement in her letter communicating her final decision that she was open to reconsidering the TAT once the full ITK study report and the new aerial survey information became available (which was expected within the next year or two). The application judge made no reference in his analysis of the two questions to the honour of the Crown.

[103] Before considering this issue further, I turn briefly to a review of certain potentially relevant aspects of the honour of the Crown.

questions présentées au juge de première instance. Les questions dont ce dernier a été saisi comprenaient les questions f) et g) suivantes [au paragraphe 72], qu'il a examinées conjointement :

La ministre a-t-elle agi de manière raisonnable ou de manière correcte en droit en n'offrant pas au CGRFRMN la possibilité de répondre à ses préoccupations concernant la méthodologie et les résultats de son étude du savoir traditionnel inuit avant d'en arriver à sa décision?

La ministre a-t-elle agi de manière raisonnable ou de manière correcte en droit en ne sollicitant pas de renseignements supplémentaires au sujet de la méthodologie et des résultats de l'étude du savoir traditionnel inuit avant d'en arriver à sa décision?

[102] Le juge de première instance a répondu « oui » (aux paragraphes 175 et suivants de ses motifs) à ces deux questions. Il a noté qu'à première vue, le processus décisionnel prévu par l'ARTIN ne comprend pas l'obligation d'établir un dialogue lorsque les Conseils et le ministre prennent part à leur processus décisionnel respectif, et que le CGRFRMN et le ministre ou ses représentants ne soulevaient simplement pas de questions au fur et à mesure du déroulement du processus. Il a reconnu que le CGRFRMN aurait préféré connaître plus tôt les préoccupations de la ministre et avoir l'occasion d'y répondre. Il a toutefois conclu qu'à la lumière du libellé de l'ARTIN, tant la décision de la ministre de ne pas informer le CGRFRMN de ses préoccupations que sa décision de ne pas solliciter de renseignements supplémentaires du CGRFRMN au sujet de la méthodologie étaient raisonnables. Il a également souligné la déclaration de la ministre dans sa lettre de transmission de sa décision finale selon laquelle elle était disposée à réexaminer la PTA une fois que le rapport d'étude du STI et les nouveaux résultats du relevé aérien seraient disponibles (ces documents étaient attendus dans les deux années suivantes). Dans son analyse, le juge de première instance n'a pas fait mention des deux questions relatives à l'honneur de la Couronne.

[103] Avant d'examiner cette question plus à fond, je vais me pencher brièvement sur l'examen de certains aspects susceptibles d'être pertinents pour la question de l'honneur de la Couronne.

[104] The honour of the Crown is a constitutional principle: *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Governor General in Council)*, 2018 SCC 40, [2018] 2 S.C.R. 765, at paragraph 24. It is always at stake in the Crown's dealings with Aboriginal peoples, though determining what constitutes honourable dealing, and what specific obligations the honour of the Crown imposes, depends heavily on the circumstances: *Mikisew Cree*, at paragraphs 23–24.

[105] Among the contexts in which the honour of the Crown applies is that of treaty-making and implementation. Its application in this context “[leads] to requirements such as honourable negotiation and the avoidance of the appearance of sharp dealing,” as well as a broad, purposive approach to treaty interpretation. “[A]n honourable interpretation of an obligation cannot be a legalistic one that divorces the words from their purpose”: *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623 [*Manitoba Metis*], at paragraphs 73, 76–77. Moreover, “Crown servants must seek to perform the obligation in a way that pursues the purpose behind the promise”: *Manitoba Metis*, at paragraph 80.

[106] Makivik submits that the Minister had a legal and a moral obligation—the legal based on the terms of the NILCA, and the moral on the honour of the Crown—to disclose to the NMRWB her officials' concerns regarding the available ITK, and to give the NMRWB an opportunity to address them before the Minister made her final decision. The NMRWB makes a similar submission, grounded in the Minister's legal obligation under NILCA to provide reasons if she rejects the NMRWB's initial decision. It focuses on the absence from the Minister's reasons of any reference to methodological concerns with the ITK considered by the NMRWB, and submits that the Minister's failure to discharge this obligation usurped the NMRWB's role in the decision-making process prescribed by NILCA, and resulted in a final decision that disregarded ITK.

[104] L'honneur de la Couronne est un principe constitutionnel : *Mikisew Cree First Nation c. Canada (Gouverneur général en conseil)*, 2018 CSC 40, [2018] 2 R.C.S. 765, au paragraphe 24. Il est toujours en jeu lorsque la Couronne traite avec les peuples autochtones, mais la question de savoir ce qui constitue un comportement honorable et quelles obligations précises découlent de l'honneur de la Couronne sont fortement tributaires des circonstances : *Mikisew Cree*, aux paragraphes 23 et 24.

[105] L'honneur de la Couronne régit, entre autres, la conclusion des traités et leur mise en œuvre. Dans ce contexte, son application « commande le respect d'exigences telles que s'en tenir à une négociation honnête et éviter l'apparence de manœuvres malhonnêtes », de même qu'une interprétation large, fondée sur l'objet visé. « [U]ne interprétation fondée sur l'honneur attribuée à une obligation ne saurait être une interprétation formaliste qui dissocie les mots de leur objet » : *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, aux paragraphes 73, 76 et 77. De plus, « les fonctionnaires de la Couronne doivent veiller à exécuter l'obligation de façon à réaliser l'objet de la promesse » : *Manitoba Metis*, au paragraphe 80.

[106] Makivik soutient que la ministre avait l'obligation légale et morale — la première étant fondée sur le libellé de l'ARTIN et la seconde, sur l'honneur de la Couronne — de divulguer au CGRFRMN les préoccupations de ses représentants sur le STI disponible et de lui donner la possibilité d'y répondre avant que la ministre ne rende sa décision finale. Le CGRFRMN invoque un argument similaire, fondé sur l'obligation légale de la ministre, en vertu de l'ARTIN, de fournir des motifs lorsqu'elle rejette une décision initiale du CGRFRMN. Cet argument porte essentiellement sur l'absence, dans les motifs de la ministre, de mentions relatives aux préoccupations concernant la méthodologie liée au STI, examiné par le CGRFRMN, et le défaut de la ministre de s'acquitter de cette obligation qui a usurpé le rôle du CGRFRMN dans le processus décisionnel prévu par l'ARTIN et donné lieu à une décision finale qui n'a pas tenu compte du STI.



[107] The Attorney General submits that the Minister had no obligation either to raise her methodological concerns with the NMRWB in her reasons for rejecting its initial decision or to seek clarification to address these concerns. He argues that the process prescribed by NILCA does not require an exhaustive listing of all considerations, especially when they are not material to the Minister's decision, and that all available information, including ITK, was considered at face value. He points out that the final ITK report would not have been available in any event until after the Minister's final decision in October 2016; it did not become available until May 2018.

[108] I do not accept the appellants' submissions to the extent that they would require the Minister and the NMRWB to engage in dialogue outside of the conversation-like decision-making process prescribed by sections 5.5.7 to 5.5.13 of NILCA (summarized above at paragraphs 27 and 28), and to raise concerns with each other as they arise. I agree with the application judge that while communications of that kind could be valuable, to require them would take the process outside the text of NILCA that the parties negotiated. I do not see section 5.2.2, under which "Makivik and Government shall have the right to have technical advisors attend all meetings [of NMRWB] as non-voting observers," as supporting a conclusion otherwise. Rather, it appears to provide a means for a one-way flow of technical information from the NMRWB to the Minister.

[109] However, I agree with Makivik and the NMRWB that the requirements in NILCA for the Minister to give reasons must be interpreted purposively. The main purpose of the requirement in paragraph 5.5.8(b), that the Minister give the NMRWB reasons in writing for rejecting an initial decision of the NMRWB, is apparent. It is to enable the NMRWB to do what section 5.5.11 requires: to "reconsider the decision in light of the written reasons provided by the Minister and make a final decision." In this way, as under the scheme considered in *Nacho Nyak Dun* (see paragraph 43), each step in the process can build on decisions at an earlier stage. But this

[107] Le procureur général soutient que la ministre n'avait pas l'obligation, dans ses motifs de rejet de la décision initiale du CGRFRMN, de soulever ses préoccupations concernant la méthodologie ni de demander des précisions pour chercher à dissiper ces préoccupations. Il fait valoir que le processus prévu par l'ARTIN n'exige pas une énumération exhaustive de tous les facteurs, surtout s'ils ne sont pas pertinents pour la décision de la ministre, et que tous les renseignements disponibles, y compris le STI, ont été examinés sans réserve. Il souligne que le rapport final sur le STI n'aurait pas été disponible avant la décision finale de la ministre, en octobre 2016 : il n'a été effectivement disponible qu'en mai 2018.

[108] Je ne retiens pas les arguments des appelants dans la mesure où ils exigeraient que la ministre et le CGRFRMN établissent un dialogue en dehors de celui du processus décisionnel prévu aux articles 5.5.7 à 5.5.13 de l'ARTIN (résumés ci-dessus aux paragraphes 27 et 28), et soulèvent entre eux leurs préoccupations à mesure qu'elles se présentent. Je partage l'avis du juge de première instance que, s'il est vrai que des communications de ce genre peuvent être utiles, le fait de les exiger ferait en sorte que le processus échapperait à la portée du libellé de l'ARTIN que les parties ont négocié. Je ne considère pas que l'article 5.2.2 en vertu duquel [TRADUCTION] « Makivik et le gouvernement ont le droit de demander à des conseillers techniques d'assister à toutes les réunions [du CGRFRMN] en qualité d'observateurs sans droit de vote » permet de conclure autrement. Il semble plutôt fournir un moyen de transmettre des renseignements techniques à sens unique, du CGRFRMN à la ministre.

[109] Je conviens toutefois avec Makivik et le CGRFRMN que les exigences prévues dans l'ARTIN selon lesquelles le ministre doit fournir des motifs doivent être interprétées de manière téléologique. Il ressort clairement que le principal objectif de l'exigence prévue à l'alinéa 5.5.8(b) est que le ministre fournisse des motifs écrits au CGRFRMN justifiant le rejet d'une décision initiale prise par ce dernier. C'est pour permettre au CGRFRMN de faire ce que l'article 5.5.11 exige, soit de « réexamine[r] [l]a décision à la lumière des motifs écrits fournis par le ministre et [de prendre] [une] décision finale ». De cette façon, comme sous le



purpose cannot be fulfilled unless the Minister’s written reasons disclose the real reasons for the Minister’s decision to reject. In my view, Makivik is correct in observing (at paragraph 85 of its memorandum) that “[t]he fact that the NMRWB is ‘the main regulator of access to wildlife’ in the NMR must mean, at the very least, that it be given the opportunity to consider and respond to all the issues and factors that the Minister plans to rely on in her decision” (emphasis added).

[110] The purpose of the requirement in section 5.5.12, that the Minister give reasons for rejecting or varying a final decision of NMRWB, is different in part, and perhaps less obvious. At the point at which this requirement comes into play, the decision-making process is at an end (subject to reconsideration initiated under section 5.2.18), and there is no longer any opportunity for the NMRWB to reconsider. But other important functions of reasons remain fully in play.

[111] As the Supreme Court stated in *Vavilov*, at paragraph 79 (citation omitted):

.... Reasons explain how and why a decision was made. They help to show affected parties that their arguments have been considered and demonstrate that the decision was made in a fair and lawful manner. Reasons shield against arbitrariness as well as the perception of arbitrariness in the exercise of public power....

More specifically in this context, “[w]ritten reasons foster reconciliation by showing affected Indigenous peoples that their rights were considered and addressed.” Reasons are “a sign of respect [which] displays the requisite comity and courtesy becoming the Crown as Sovereign toward a prior occupying nation”: *Clyde River (Hamlet) v. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 SCC 40, [2017] 1 S.C.R. 1069, at paragraph 41 (citations omitted).

[112] In my view, both the failure of the Deputy Minister to advise of ECCC’s methodological concerns

régime examiné dans l’arrêt *Nacho Nyak Dun* (paragraphe 43), chaque étape du mécanisme repose sur les décisions prises précédemment. Mais cet objectif ne peut être atteint, à moins que l’examen des motifs que le ministre a communiqués par écrit indique les motifs réels de son rejet. Je suis d’avis que Makivik a raison de faire remarquer (au paragraphe 85 de son mémoire) que [TRADUCTION] « le fait que le CGRFRMN soit le “principal mécanisme de gestion des ressources fauniques” dans la RMN doit signifier, à tout le moins, qu’il a la possibilité d’examiner toutes les questions et tous les facteurs sur lesquels le ministre entend se fonder dans sa décision et d’y répondre » (non souligné dans l’original).

[110] L’exigence prévue à l’article 5.5.12, soit que le ministre fournisse des motifs justifiant le rejet ou la modification de la décision finale du CGRFRMN, est en partie différente, et peut-être moins évidente. Au moment où cette exigence entre en jeu, le processus décisionnel prend fin (sous réserve du réexamen prévu à l’article 5.2.18), et le CGRFRMN n’a plus l’occasion de procéder à un réexamen. Toutefois, d’autres fonctions importantes des motifs restent fermement en place.

[111] Comme la Cour suprême l’a déclaré dans l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 79 (renvois omis) :

[...] Les motifs [...] servent à expliquer le processus décisionnel et la raison d’être de la décision en cause. Ils permettent de montrer aux parties concernées que leurs arguments ont été pris en compte et démontrent que la décision a été rendue de manière équitable et licite. Les motifs servent de bouclier contre l’arbitraire et la perception d’arbitraire dans l’exercice d’un pouvoir public [...]

Dans ce contexte, plus précisément, « [l]’existence de motifs écrits favorise la réconciliation, parce que ces motifs montrent aux peuples autochtones touchés que leurs droits ont été considérés et comment on en a tenu compte ». Les motifs constituent « une marque de respect [qui] démontre la courtoisie dont doit faire preuve la Couronne en tant que souverain envers une nation qui occupait le territoire avant elle » : *Clyde River (Hameau) c. Petroleum Geo-Services Inc.*, 2017 CSC 40, [2017] 1 R.C.S. 1069, au paragraphe 41 (renvois omis).

[112] Selon moi, tant l’omission du sous-ministre de transmettre les préoccupations d’ECCC concernant la

with the available ITK in rejecting the NMRWB's initial decision, and the failure of the Minister to do so in varying the NMRWB's final decision, constituted a less-than-purposive interpretation and implementation of NILCA's requirements to give reasons, and a breach of the honour of the Crown. That is especially so given the importance that NILCA ascribes to ITK.

[113] The failure to communicate ECCC's concerns in this case could also be characterized as a breach of procedural fairness, also subject to the correctness standard as explained in paragraph 78 above, on the basis that it denied the NMRWB the opportunity to address those concerns in its final decision. However, the parties did not take that approach in their submissions, and my conclusion that there was a breach of the honour of the Crown renders that analysis unnecessary in any event.

*D. Does NILCA authorize the Minister's reliance on a "cautious management approach" as justification for limiting Nunavik Inuit harvesting?*

[114] The application judge concluded on this issue (at paragraph 202 of his reasons) that "it was necessary and reasonable to adopt a cautious management approach in light of the state of the information before the Boards and the Minister, which could be described as interim information." He observed that in the wildlife context, information is constantly changing, and decisions would have to be revisited as conditions changed. He found that paragraph 5.1.2(h) of NILCA (which provides that "the wildlife management system and the exercise of Nunavik Inuit harvesting rights are governed by and subject to the principles of conservation") and the principles of conservation set out in sections 5.1.4 and 5.1.5, together with the limited information before the Minister, had led to the adoption of a cautious management approach. He also found that the Minister had recognized the need to consider further information in providing that her decision would remain in effect only until new information became available. He described

méthodologie liée au STI disponible lors du rejet de la décision initiale du CGRFRMN que l'omission de la ministre de faire de même lorsqu'elle a modifié la décision finale du CGRFRMN constituait une interprétation et une mise en œuvre des exigences prévues par l'ARTIN moins fondée sur l'objet visé, qui est de fournir une décision motivée, et constituait également un manquement au principe de l'honneur de la Couronne. C'est particulièrement vrai lorsqu'on connaît l'importance que l'ARTIN accorde au STI.

[113] En l'espèce, l'omission de transmettre les préoccupations d'ECCC peut également être qualifiée de manquement à l'équité procédurale, également assujettie à la norme de la décision correcte, comme je l'explique dans le paragraphe 78 ci-dessus, parce qu'elle a empêché le CGRFRMN de répondre à ces préoccupations dans sa décision finale. Les parties n'ont toutefois pas adopté cette approche dans leurs observations, et la conclusion que j'ai tirée, à savoir qu'il y a eu atteinte à l'honneur de la Couronne, rend cette analyse inutile de toute façon.

*D. L'ARTIN autorise-t-il la ministre à se fonder sur une « approche de gestion prudente » comme justification pour restreindre la récolte des Inuits du Nunavik?*

[114] Sur cette question, le juge de première instance a conclu (au paragraphe 202 de ses motifs) qu'« il était raisonnable et nécessaire d'adopter une approche de gestion prudente, eu égard à l'état des renseignements dont disposaient les Conseils et la ministre, soit des renseignements qui pouvaient être considérés comme des renseignements provisoires ». Il a souligné que, dans le contexte des ressources fauniques, les renseignements sont appelés à évoluer constamment, et que les décisions devraient être revues en conséquence à l'occasion au fur et à mesure que la situation évolue. Il a conclu que l'alinéa 5.1.2(h) de l'ARTIN (qui dispose que « le système de gestion des ressources fauniques et l'exercice des droits de récolte des Inuit du Nunavik sont régis par les principes de la conservation ») et les principes de conservation énoncés aux articles 5.1.4 et 5.1.5, conjointement avec les renseignements limités dont disposait la ministre, avaient mené à l'adoption d'une approche de gestion prudente. Il a également conclu que la ministre

the Minister’s approach as “reasonable under these particular circumstances” [at paragraph 204 of his reasons].

[115] Makivik submits that this conclusion rests on two fundamental misconceptions. The first, it submits, is that the purpose of Article 5 of NILCA is to make conservation decisions. Instead, it argues, NILCA enshrines a principle of minimal interference in stating in paragraph 5.5.3(a) that “[d]ecisions of the NMRWB or a Minister made in relation to Parts 5.2 and 5.3 shall restrict or limit Nunavik Inuit harvesting only to the extent necessary ... to effect a conservation purpose in accordance with sections 5.1.4 and 5.1.5” (emphasis added). The application judge’s approach, it says, turns this principle on its head. The second misconception is that further and better information would be immediately available.

[116] NTI agrees that a precautionary approach is inconsistent with NILCA. NTI treats the Minister’s statements such as those referring to the need for “caution” and a “cautious management approach,” and the presence of a “conservation concern” as an invocation of the “precautionary principle.” As the Supreme Court has described it, “[t]his emerging international law principle recognizes that since there are inherent limits in being able to determine and predict environmental impacts with scientific certainty, environmental policies must anticipate and prevent environmental degradation”: *Castonguay Blasting Ltd. v. Ontario (Environment)*, 2013 SCC 52, [2013] 3 S.C.R. 323, at paragraph 20 (citations omitted). NTI submits that the precautionary principle in this sense must give way to paragraph 5.5.3(a) of NILCA.

[117] Consistent with the submissions of the Attorney General, I do not see the Minister as having adopted the precautionary principle in this formal sense and

avait reconnu la nécessité d’examiner d’autres renseignements en indiquant que sa décision demeurerait en vigueur jusqu’à ce que de nouvelles données soient disponibles. Il a indiqué que « [d]ans ces circonstances particulières, l’approche de la ministre était raisonnable » [au paragraphe 204 de ses motifs].

[115] Makivik soutient que cette conclusion repose sur deux méprises fondamentales. La première étant que l’objet du chapitre 5 de l’ARTIN est de rendre des décisions de conservation. Au lieu de cela, elle soutient que l’ARTIN enchâsse un principe d’intervention minimale, en énonçant à l’alinéa 5.5.3(a) que les « décisions prises par le CGRFRMN ou par un ministre en application des parties 5.2 et 5.3 ne peuvent restreindre ou limiter les activités de récolte des Inuit du Nunavik que dans la mesure nécessaire [...] [à la mise] en œuvre [d’]un objectif de conservation valable conformément aux articles 5.1.4 et 5.1.5 » (non souligné dans l’original). Elle soutient que l’approche adoptée par le juge de première instance vient à l’encontre de ce principe. La deuxième méprise porte sur le fait que des renseignements plus complets et de meilleure qualité seraient immédiatement disponibles.

[116] NTI convient qu’une approche prudente est incompatible avec l’ARTIN. NTI traite les déclarations de la ministre, comme celles concernant la nécessité de [TRADUCTION] « faire preuve de prudence », d’adopter une [TRADUCTION] « approche de gestion prudente » et la mention d’une [TRADUCTION] « préoccupation liée à la conservation » comme un recours au [TRADUCTION] « principe de précaution ». Comme l’a décrit la Cour suprême, « [c]e principe émerge en droit international reconnaît en effet que, parce qu’il est intrinsèquement difficile de déterminer et de prédire avec une certitude scientifique les répercussions environnementales, les politiques en la matière doivent anticiper et prévenir les dégradations environnementales » : *Dynamitage Castonguay Ltée c. Ontario (Environnement)*, 2013 CSC 52, [2013] 3 R.C.S. 323, au paragraphe 20 (renvois omis). NTI soutient qu’en ce sens, le principe de précaution doit céder le pas à l’alinéa 5.5.3(a) de l’ARTIN.

[117] Conformément aux observations du procureur général, je ne crois pas que la ministre ait adopté le principe de précaution au sens formel et y ait donné

given its precedence over NILCA paragraph 5.5.3(a). Rather, in my view, the Minister chose to be cautious in fixing a TAT in light of the factual uncertainties that she identified. Under the terms of NILCA, it was, in my view, open to her to do so, and to conclude that the TAT that she established was, in the language of paragraph 5.5.3(a), “necessary ... to effect a conservation purpose.” That was especially so in light of paragraph 5.1.5(b) of NILCA, which includes among the principles of conservation “the maintenance of vital, healthy wildlife populations capable of sustaining harvesting needs.” I also note that the NMRWB characterized its own final decision concerning the TAT as “a defensible and prudent approach” in the circumstances. While the NMRWB and the Minister plainly had different perspectives on what level of TAT would be cautious, or prudent, they were both entitled under NILCA to come to a judgment on that question.

E. *Does NILCA authorize the Minister to consider the politics of international trade and/or issues related to CITES (the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna) when making her decision?*

[118] The application judge’s analysis of this issue focused on CITES, 993 U.N.T.S. 243, rather than the politics of international trade more generally. CITES is an international treaty, to which Canada along with 182 other states is party, that regulates the trade in certain species of animals and plants. Polar bear are currently listed in Appendix II of CITES, which includes “all species which although not necessarily now threatened with extinction may become so unless trade ... is subject to strict regulation .” When a species is listed in Appendix II, a member state cannot allow its export without first granting an export permit. A member state may grant an export permit only when its designated scientific authority has determined that export will not be detrimental to the species’ survival.

préséance sur l’alinéa 5.5.3(a) de l’ARTIN. Je suis plutôt d’avis que la ministre a choisi d’être prudente en fixant la PTA en tenant compte des incertitudes qu’elle a relevées sur le plan factuel. Aux termes de l’ARTIN, je suis d’avis qu’il lui était loisible d’agir ainsi et de conclure que la PTA qu’elle a établie était, pour reprendre les termes de l’alinéa 5.5.3(a), « nécessaire [...] [pour] mettre en œuvre un objectif de conservation », surtout à la lumière de l’alinéa 5.1.5(b) de l’ARTIN, qui compte parmi les principes de conservation « le maintien en santé des populations fauniques vitales, de manière à satisfaire les besoins en matière de récolte ». Je constate également que le CGRFRMN a qualifié sa propre décision finale sur la PTA [TRADUCTION] « d’approche défendable et prudente » dans les circonstances. Même si le CGRFRMN et la ministre avaient clairement des points de vue différents sur le niveau de PTA que la prudence ou la précaution dicterait, ils avaient tous deux le droit, en vertu de l’ARTIN, d’avoir un avis à ce sujet.

E. *L’ARTIN autorise-t-il la ministre à tenir compte des politiques du commerce international ou des questions liées à la CITES (Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d’extinction) pour en arriver à sa décision?*

[118] L’analyse que le juge de première instance a faite de cette question était axée sur la CITES, 993 R.T.N.U. 243, plutôt que sur les politiques relatives au commerce international de manière plus générale. La CITES est un traité international, dont le Canada ainsi que 182 autres pays sont parties, qui régit le commerce de certaines espèces d’animaux et de végétaux. À l’heure actuelle, les ours blancs sont énumérés à l’Annexe II de la CITES, qui comprend « toutes les espèces qui, bien que n’étant pas nécessairement menacées actuellement d’extinction, pourraient le devenir si le commerce [...] n’était pas soumis à une réglementation stricte ». Lorsqu’une espèce figure à l’Annexe II, un État Partie à la Convention ne peut pas permettre son exportation avant d’avoir au préalable délivré un permis d’exportation. Un État Partie à la Convention peut délivrer un permis d’exportation seulement si son autorité scientifique désignée a déterminé que l’exportation ne nuira pas à la survie de l’espèce.

[119] On a number of occasions, CITES member states have proposed “up-listing” polar bear from Appendix II to Appendix I, which lists species at risk. This would in effect stop international trade in polar bear. Inuit organizations, including Makivik, have expressed concern about this possibility, given the economic benefits of international trade in polar bear hides.

[120] The application judge began his analysis (at paragraph 136 of his reasons) by acknowledging Makivik’s argument that the profound cultural importance of the polar bear hunt was the most important factor for the Inuit, and should therefore have weighed more heavily in the Minister’s decision-making process than any threat of a trade ban. However, he did not accept that CITES had played too great a role. He concluded that CITES was one factor among many for the Boards and the Minister to consider, “with the ultimate goal of making a reasonable decision that had its basis on the principles of conservation as set out in sections 5.1.4 and 5.1.5” [at paragraph 141]. He found (at paragraph 142) that the Minister’s decision was not focused on CITES and that CITES had not disproportionately affected her decision.

[121] While he agreed with Makivik that the harvesting of polar bears would continue even if the trade in polar bear skins were banned under CITES, he found that the Minister had properly considered the prospect of a trade ban in her balancing of the various factors. The Minister’s consideration of CITES was reasonable, he found, because it informed her understanding of NILCA’s goals of proper wildlife management and principles of conservation. He did not consider it necessary to determine whether CITES was an international agreement pertaining to wildlife within the meaning of subsection 5.5.4.1 (quoted above, at paragraph 24).

[122] On appeal, Makivik submits that the Minister’s consideration of the politics of international trade was

[119] À plusieurs reprises, les États Parties à la CITES ont proposé de « faire passer » les ours blancs de l’Annexe II à l’Annexe I, qui dresse la liste des espèces menacées. Cela ferait effectivement obstacle au commerce international des ours blancs. Les organisations inuites, y compris Makivik, se sont dites préoccupées par cette possibilité, compte tenu des avantages économiques du commerce international des ours blancs.

[120] Le juge de première instance a commencé son analyse (au paragraphe 136 de ses motifs) en reconnaissant que l’argument invoqué par Makivik selon lequel la profonde importance culturelle que revêt la chasse à l’ours blanc constitue le facteur de premier intérêt pour les Inuits et que la ministre aurait dû accorder plus de poids à ce facteur dans son processus décisionnel qu’aux menaces d’interdiction de commerce. Il n’a toutefois pas reconnu que la CITES avait joué un rôle très important. Il a conclu que la CITES était un facteur à prendre en compte parmi de nombreux autres par les Conseils et la ministre « dans le but ultime d’en arriver à une décision raisonnable fondée sur les principes de conservation énoncés aux articles 5.1.4 et 5.1.5 » [au paragraphe 141]. Il a conclu (au paragraphe 142) que la décision de la ministre n’était pas axée principalement sur la CITES et que cette dernière n’avait pas eu une influence démesurée sur la décision.

[121] Bien qu’il ait convenu avec Makivik que la chasse à l’ours blanc se poursuivrait même si le commerce des peaux d’ours devait être interdit par la CITES, le juge de première instance a conclu que la ministre avait tenu compte, comme il se devait, du risque d’interdiction de commerce au moment de soulever les différents facteurs. Il a conclu que la ministre avait agi de manière raisonnable en tenant compte de la CITES, parce qu’elle a été ainsi en mesure de mieux comprendre les objectifs que l’ARTIN vise en matière de gestion faunique et les principes de conservation qui sous-tendent cet accord. Il n’a pas jugé nécessaire de déterminer si la CITES était une entente internationale relative aux animaux sauvages au sens du paragraphe 5.5.4.1 (précité, au paragraphe 24).

[122] En appel, Makivik soutient que le fait que la ministre ait tenu compte des politiques relatives au



incorrect or unreasonable for two reasons: it was not authorized by subsection 5.5.4.1 of NILCA, and it placed undue weight on Inuit's economic interests relative to their cultural interests. NTI agrees that consideration of CITES was not authorized by subsection 5.5.4.1. It points out that, while this subsection requires consideration of "international agreement," that term is defined in section 5.1.1 to mean "a wildlife agreement between the Government of Canada and one or more foreign states or associations of foreign states" (emphasis added by NTI). It submits that CITES is not a "wildlife agreement" but a "trade agreement," and that to permit the minister to consider it would be contrary to NILCA's plain meaning.

[123] The Attorney General responds that the Minister's reasons relied on principles of conservation, not CITES, of which the Minister's decision made no mention, and that her officials' recommendation referred to CITES only as background or the source of an additional potential negative consequence of a decision that did not follow principles of conservation as set out in NILCA. The Attorney General embraces the application judge's conclusion that CITES was just one factor among many. He further submits that there is no inconsistency between CITES and NILCA, and that NILCA's objective includes promoting the long-term economic interests of Nunavik Inuit. He adds that on a proper reading of subsection 5.5.4.1, CITES could be taken into account in the decision concerning the SHB subpopulation, and that not only that subsection, but also other provisions (sections 5.5.23 and 5.8.4), recognize that international agreements are "part of the fabric" of NILCA (Attorney General's memorandum, paragraphs 166–167).

[124] In my view, it is important in addressing this issue to recognize that subsection 5.5.4.1 is a limited, mandatory provision. It requires the NMRWB and the Minister to take into account the two categories of agreements

commerce international était erroné ou déraisonnable pour deux raisons : elle n'y était pas autorisée par le paragraphe 5.5.4.1 de l'ARTIN et elle a accordé trop d'importance aux intérêts économiques des Inuits par rapport à leurs intérêts culturels. NTI convient que le paragraphe 5.5.4.1 n'autorisait pas la ministre à tenir compte de la CITES. Elle souligne que, bien que cette disposition exige la prise en considération des « ententes internationale[s] », ce terme est défini à l'article 5.1.1 comme « une entente sur les ressources fauniques conclue par le gouvernement du Canada et soit un ou plusieurs États étrangers, soit une ou plusieurs associations d'États étrangers » (souligné par NTI). Elle soutient que la CITES n'est pas une « entente sur les ressources fauniques », mais une « entente internationale », et qu'autoriser la ministre à la prendre en considération irait à l'encontre du sens ordinaire du libellé de l'ARTIN.

[123] Le procureur général répond que les motifs de la ministre reposaient sur les principes de conservation, et non sur la CITES, qui n'a aucunement été mentionnée dans la décision de la ministre, et que les recommandations de ses représentants ne faisaient référence à la CITES que pour la situer dans son contexte ou comme source de conséquences négatives supplémentaires possibles d'une décision qui ne suivait pas les principes de conservation énoncés dans l'ARTIN. Le procureur général souscrit à la conclusion du juge de première instance selon laquelle la CITES n'était qu'un facteur parmi tant d'autres. Il soutient également qu'il n'existe aucune incompatibilité entre la CITES et l'ARTIN, et que les objectifs de ce dernier comprennent la promotion des intérêts économiques à long terme des Inuits du Nunavik. Il ajoute que, selon une juste interprétation du paragraphe 5.5.4.1, la CITES pourrait être prise en compte dans la décision concernant la sous-population du SBH, et que cet article et d'autres encore (articles 5.5.23 et 5.8.4) reconnaissent que les ententes internationales font [TRADUCTION] « partie intégrante » de l'ARTIN (mémoire du procureur général, aux paragraphes 166 et 167).

[124] S'agissant de cette question, je suis d'avis qu'il est important de reconnaître que le paragraphe 5.5.4.1 est une disposition limitative et obligatoire. Elle exige que le CGRFRMN et le ministre tiennent compte de



that come within it (domestic interjurisdictional agreements and international agreements relating to wildlife). But it does not bar the NMRWB or the Minister from taking into account other categories of agreements that do not come within it. This means that even if CITES is not an international agreement relating to wildlife within the meaning of subsection 5.5.4.1, it was open to the Minister to consider it, provided that it could be regarded as relevant under the scheme of the NILCA and there were no other provisions precluding the Minister from taking it into account: see *Vavilov*, at paragraph 108.

[125] In my view, both of these prerequisites were met. First, as the Attorney General submits, paragraph 5.1.3(d) of NILCA includes in the objective of Article 5 the creation of a wildlife management system for the NMR that “promotes the long-term economic, social and cultural interests of Nunavik Inuit.” Potential economic impacts, such as those that might flow from CITES, were therefore relevant under the NILCA scheme. And second, there is no exhaustive statement of relevance or other limiting provision of NILCA that precluded consideration of CITES.

[126] It follows that, like the application judge, I see no need to determine whether CITES is an international agreement relating to wildlife within the meaning of subsection 5.5.4.1 of NILCA. Nor is it necessary to deal separately with the portion of this issue relating to the politics of international trade.

F. *Was the Minister’s reliance on the 2014 voluntary agreement authorized by NILCA and in accordance with the honour of the Crown?*

[127] Makivik put a somewhat different version of this issue to the application judge. He was asked to consider (as issue (d)) “[whether it was] correct or reasonable for the Minister to have considered the 2014 Voluntary Agreement when making her decision.”

deux catégories d’ententes visées (les ententes multigouvernementales intérieures et les ententes internationales sur les ressources fauniques). Mais elle n’empêche pas le CGRFRMN et le ministre de tenir compte d’autres catégories d’ententes qui ne sont pas visées. Il s’ensuit que, même si la CITES n’est pas une entente internationale sur les animaux sauvages au sens du paragraphe 5.5.4.1, il était loisible à la ministre d’en tenir compte, pourvu que cette entente puisse être considérée comme pertinente sous le régime de l’ARTIN et qu’aucune autre disposition n’empêche la ministre d’en tenir compte : voir l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 108.

[125] Je suis d’avis que ces deux conditions préalables étaient remplies. D’abord, comme le procureur général le fait valoir, l’alinéa 5.1.3(d) de l’ARTIN comprend, dans l’objet du chapitre 5, la création d’un système de gestion des ressources fauniques pour la RMN qui « favorise les intérêts économiques, sociaux et culturels à long terme des Inuit du Nunavik ». Les répercussions économiques possibles, comme celles qui pourraient découler de la CITES, étaient donc pertinentes sous le régime de l’ARTIN. Ensuite, l’ARTIN ne renferme aucune règle sur la pertinence ou autre disposition limitative qui empêchait de tenir compte de la CITES.

[126] Par conséquent, à l’instar du juge de première instance, je ne vois pas la nécessité de déterminer si la CITES est une entente internationale sur les animaux sauvages au sens du paragraphe 5.5.4.1 de l’ARTIN. Il n’est pas non plus nécessaire de traiter séparément la partie de cette question concernant les politiques relatives au commerce international.

F. *L’ARTIN autorise-t-il la ministre à se fonder sur l’accord volontaire de 2014 et la ministre a-t-elle, ce faisant, respecté le principe de l’honneur de la Couronne?*

[127] Makivik a présenté au juge de première instance une version quelque peu différente de cette question. On a demandé au juge de trancher la question d) : s’il était « correct ou raisonnable de la part de la ministre de tenir compte de l’accord volontaire de 2014 pour en arriver à sa décision ».

[128] The 2014 voluntary agreement was reached at a meeting convened in September 2014 by the then federal Minister of the Environment. The NMRWB's process leading to its initial decision was then under way. In her letter convening the meeting, the Minister expressed concern about the time that would be required to complete the formalized management system for polar bears contemplated by NILCA, and the potential for delay to impair Canada's position under CITES and trigger further trade restrictions from certain countries. She expressed the view that it would be desirable to come to a voluntary agreement until a formal management system could be put in place in Nunavik.

[129] The meeting included representatives from Makivik, NTI, the GCC, local hunters' groups, Ontario, Nunavut, and ECCC. The parties reached a voluntary agreement that, among other things, limited their total harvest to 45 bears during the 2014–2015 and 2015–2016 hunting seasons. The total of 45 bears would be divided 22 for Nunavik Inuit, 20 for Nunavut Inuit, and 3 in total for Ontario and Quebec Cree.

[130] The agreement included the following provision:

7. This voluntary agreement is without prejudice to other agreements pertaining to the harvest of polar bears, or to the decision-making processes defined in the applicable land claims agreements.

[131] The application judge first concluded (at paragraph 153 of his reasons) that, as Makivik and the GCC had submitted to him, the 2014 voluntary agreement was not a “domestic interjurisdictional agreement” within the meaning of the term as used in subsection 5.5.4.1 of NILCA (quoted above, at paragraph 24). He found it surprising that the parties who had negotiated the NILCA would not have a clear shared understanding of what agreements came within this term. He also found it significant that, while section 5.8.5 of NILCA provides for the NMRWB to “have a role in the negotiation or amendment of domestic interjurisdictional agreements commensurate with its status and responsibilities in the management of wildlife in the NMR,” the NMRWB

[128] L'accord volontaire de 2014 a été conclu au cours d'une réunion convoquée en septembre 2014 par la ministre de l'Environnement du Canada de l'époque. Le processus entrepris par le CGRFRMN qui a conduit à sa décision initiale était en cours. Dans sa lettre de convocation à la réunion, la ministre s'est dite préoccupée par le temps qu'il faudrait pour parachever le système de gestion officiel des ours blancs que prévoit l'ARTIN et par la possibilité de retards qui nuiraient à la position du Canada aux termes de la CITES et déclencheraient d'autres restrictions commerciales imposées par certains pays. Elle s'est dite d'avis qu'il serait souhaitable de conclure une entente volontaire jusqu'à ce qu'un système de gestion officiel soit mis en place au Nunavik.

[129] À la réunion, des représentants de Makivik, de NTI, du GCC, de groupes de chasseurs locaux, de l'Ontario, du Nunavut ainsi que d'ECCC étaient présents. Les parties ont conclu un accord volontaire visant notamment à limiter leur prise totale à 45 ours au cours des saisons de chasse 2014–2015 et 2015–2016. Le total des 45 ours serait réparti comme suit : 22 pour les Inuits du Nunavik, 20 pour les Inuits du Nunavut et 3 pour les Cris du Québec et de l'Ontario.

[130] L'accord renfermait les dispositions suivantes :

[TRADUCTION] 7. Le présent accord volontaire est établi sous réserve des autres ententes concernant la chasse à l'ours blanc ou du processus décisionnel défini dans les accords sur les revendications territoriales applicables.

[131] Le juge de première instance a d'abord conclu (au paragraphe 153 de ses motifs) que, comme Makivik et le GCC l'avaient fait valoir devant lui, l'accord volontaire de 2014 n'était pas une « entent[e] multigouvernemental[e] intérieur[e] » au sens du paragraphe 5.5.4.1 de l'ARTIN (précité, au paragraphe 24). Il s'est dit étonné que les parties qui avaient négocié l'ARTIN n'aient pas une compréhension claire et mutuellement acceptée des ententes visées par cette définition. Il a également jugé important que, tandis que l'article 5.8.5 de l'ARTIN dispose que le CGRFRMN « doit jouer, dans le cadre des négociations visant la conclusion ou la modification des ententes intergouvernementales intérieures, un rôle correspondant à son statut et à ses responsabilités de gestion

had participated only as an observer in the development of the 2014 voluntary agreement. Given the application judge's first conclusion and the language of subsection 5.5.4.1, he concluded that the Minister was not required to take account of the 2014 voluntary agreement in considering the TAT.

[132] The application judge went on to consider whether the Minister was nonetheless entitled to consider the agreement. He quoted (at paragraph 155) from the evidence of Adamie Delisle Alaku, Executive Vice-President for Makivik's Resource Development Department. Mr. Alaku explained that in light of the "without prejudice" provision and the context of the 2014 voluntary agreement, Makivik was very upset, and felt a sense of betrayal, when it learned that one of the reasons the Minister had rejected the NMRWB's initial decision was that federal officials considered the agreement to be a domestic interjurisdictional agreement under NILCA, which NMRWB was obliged to consider.

[133] Despite what he described as the "tension" arising from resorting to voluntary agreements when formal processes were established under modern treaties such as NILCA, the application judge concluded (at paragraph 157) that the 2014 voluntary agreement was "one factor among many to consider," the Minister had acted reasonably in considering it, and she had not over-relied on it. He found that the "without prejudice" language in the agreement did not render it a privileged document, and did not preclude its consideration.

[134] Before this Court, Makivik submits that the application judge was correct in determining that the 2014 voluntary agreement was not a domestic interjurisdictional agreement within the meaning of NILCA. It now focuses its submissions on two alleged errors. First, it submits that if, as the application judge determined, the 2014 voluntary agreement was not a domestic interjurisdictional agreement, there was nothing in NILCA that would support the Minister's entitlement to consider it. Second, it submits that for the Minister to consider the

des ressources fauniques dans la RMN », le CGRFRMN n'ait participé qu'à titre d'observateur dans l'élaboration de l'accord volontaire de 2014. Compte tenu de sa première conclusion et du libellé du paragraphe 5.5.4.1, il a conclu que la ministre n'était pas tenue de prendre en considération l'accord volontaire de 2014 pour l'examen de la PTA.

[132] Il a ensuite examiné la question de savoir si la ministre était néanmoins autorisée à tenir compte de l'accord. Il a cité (au paragraphe 155) des extraits du témoignage d'Adamie Delisle Alaku, vice-président exécutif du Service de développement des ressources pour Makivik. M. Alaku a expliqué qu'eu égard à la clause « sous réserve » et au contexte de l'accord volontaire de 2014, Makivik était très préoccupée et s'est sentie trahie lorsqu'elle a appris que l'une des raisons pour lesquelles la ministre avait rejeté la décision initiale du CGRFRMN était que les représentants fédéraux croyaient que l'accord volontaire de 2014 constituait une entente multi-gouvernementale intérieure au sens de l'ARTIN, que le CGRFRMN était tenu de prendre en considération.

[133] Malgré ce qu'il a décrit comme une « tension » découlant du fait d'avoir recours aux accords volontaires lorsque des processus officiels ont été établis dans les traités modernes comme l'ARTIN, le juge de première instance a conclu (au paragraphe 157) que l'accord volontaire de 2014 constituait « un facteur à prendre en compte parmi de nombreux autres », que la ministre avait agi raisonnablement en en tenant compte, et qu'elle ne s'est pas appuyée exagérément sur cet accord. Il a conclu que la clause « sous réserve » de l'accord ne faisait pas de cet accord un document privilégié et ne faisait pas obstacle à sa prise en considération.

[134] Devant notre Cour, Makivik soutient que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'accord volontaire de 2014 n'était pas une entente multi-gouvernementale intérieure au sens de l'ARTIN. Elle met maintenant l'accent dans ses arguments sur deux erreurs alléguées. Elle affirme d'abord que si, comme le juge de première instance l'a conclu, l'accord volontaire de 2014 n'est pas une entente multigouvernementale intérieure, il n'y a rien dans l'ARTIN qui pourrait appuyer le droit de la ministre d'en tenir compte. Elle soutient

2014 voluntary agreement in the face of its “without prejudice” provision was a failure to uphold the honour of the Crown.

[135] I do not accept these submissions. As to the first, I have already discussed, in the context of CITES, the role of subsection 5.5.4.1: while it requires that certain agreements be considered, it does not preclude considering other agreements or matters that are relevant under the NILCA scheme. NTI has referred the Court (at paragraph 44 of its memorandum) to four provisions of NILCA that support considering the 2014 interjurisdictional agreement: (1) subsection 5.5.4.1 itself, which requires that NMRWB and the Minister “shall also take account of harvesting activities outside the NMR”; (2) paragraph 5.3.3(a), which speaks of a “conservation purpose”; (3) paragraph 5.1.3(j), which includes as part of the objective of the NILCA wildlife management scheme provision for “effective coordination with other institutions responsible for the management of wildlife migrating between the NMR and other areas”; and (4) subsection 5.5.4.2, under which the NMRWB and the Minister are to “take into account the special purposes and policies [related] to [protected] areas.”

[136] As to Makivik’s second submission, I agree that in this context, two duties of the Crown are potentially engaged: the duties to avoid sharp dealing (or even its appearance) and to implement treaties to give effect to their purpose. However, Makivik’s second submission rests on the premise that through the words “without prejudice,” ECCC officials promised that the 2014 voluntary agreement would not be considered in fixing the annual TAT for SHB polar bears, and that they and the Minister then failed to respect this promise.

[137] I do not read the “without prejudice” clause in the 2014 voluntary agreement in this way. While Makivik’s representative at the meeting that led to the agreement gave evidence (referred to above at paragraph 132) that he felt a sense of betrayal when ECCC took the position that the 2014 voluntary agreement was a domestic

ensuite que, si la ministre a tenu compte de l’accord volontaire de 2014 malgré la clause « sous réserve », elle a fait fi du principe de l’honneur de la Couronne.

[135] Je ne retiens pas ces arguments. Quant au premier argument, dans le contexte de la CITES, j’ai déjà analysé le rôle du paragraphe 5.5.4.1 : bien qu’il exige que certaines ententes soient prises en considération, il n’empêche pas de tenir compte d’autres ententes ou questions pertinentes sous le régime de l’ARTIN. NTI a renvoyé la Cour (au paragraphe 44 de son mémoire) à quatre dispositions de l’ARTIN qui appuient la prise en compte de l’entente multigouvernementale de 2014 : 1) le paragraphe 5.5.4.1 lui-même, qui dispose que le CGRFRMN et le ministre « doivent tenir compte des activités de récolte pratiquées à l’extérieur de la RMN »; 2) l’alinéa 5.3.3(a), qui traite d’un « objectif de conservation »; 3) l’alinéa 5.1.3(j), qui comprend, dans le cadre du régime de gestion des ressources fauniques de l’ARTIN, une « coordination efficace avec d’autres organismes chargés de la gestion des ressources fauniques qui migrent entre la RMN et d’autres régions »; et 4) le paragraphe 5.5.4.2 en vertu duquel le CGRFRMN et le ministre doivent « tenir compte des objectifs spéciaux et des politiques s[e] rapportant [aux aires protégées] ».

[136] Quant au deuxième argument de Makivik, je suis d’accord pour dire que, dans ce contexte, deux obligations de la Couronne entrent possiblement en jeu : l’obligation de ne pas se livrer à des manœuvres malhonnêtes (ne serait-ce qu’en apparence) et l’obligation de mettre en œuvre des traités pour réaliser leur objet. Toutefois, le deuxième argument de Makivik repose sur la prémisse que, en utilisant l’expression « sous réserve », les représentants d’ECCC ont promis que l’accord volontaire de 2014 ne serait pas pris en considération dans l’établissement de la PTA annuelle pour l’ours blanc de la RMN, et qu’ECCC et la ministre n’ont pas respecté cette promesse.

[137] Je n’interprète pas ainsi la clause « sous réserve » contenue dans l’accord volontaire de 2014. Bien qu’au cours de la réunion ayant mené à la conclusion de l’accord, le représentant de Makivik ait présenté des éléments de preuve (mentionnés ci-dessus, au paragraphe 132) selon lesquels Makivik s’est sentie trahie

interjurisdictional agreement, a party's subjective intentions or understanding as to the meaning of the words in a contract has no place in its interpretation: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, at paragraph 59. The 2014 voluntary agreement was not itself a treaty to which other interpretive principles apply.

[138] What then is the meaning of the “without prejudice” clause of the 2014 voluntary agreement? For convenience, I set it out again:

7. This voluntary agreement is without prejudice to other agreements pertaining to the harvest of polar bears, or to the decision-making processes defined in the applicable land claims agreements.

[139] Reading these words in light of the other provisions of the agreement and the surrounding circumstances (see *Sattva*, at paragraphs 47–48, 57–58), I substantially agree with NTI (at paragraphs 53–55 of its memorandum) that the clause means two things in the current context: that the 2014 voluntary agreement can be superseded by other agreements, and that parties to the NILCA process may take positions in that process unconstrained by the 2014 voluntary agreement. The clause does not, however, confer a privilege on the agreement that prevents giving it consideration in the NILCA process, and the Minister did not act dishonourably in taking it into account.

G. *Was the Minister's decision to vary the non-quota limitations established by the Boards authorized by NILCA? If yes, was it nonetheless unlawful?*

[140] This is another of the issues that was put to the application judge in terms different to some extent from those of the issues put before this Court. The questions before the application judge included the following:

At the time she rendered her decision, did the Minister have jurisdiction to vary the non-quota limitations established by the Boards in their final decision?

lorsque ECCC a soutenu que l'accord volontaire de 2014 était une entente multigouvernementale intérieure, les intentions subjectives d'une partie ou la compréhension qu'elle a du sens des termes d'un contrat n'ont pas leur place dans l'interprétation du contrat en question : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, au paragraphe 59. L'accord volontaire de 2014 ne constituait pas un traité auquel s'appliquent d'autres principes d'interprétation.

[138] Alors, quel est le sens de la clause « sous réserve » contenue dans l'accord volontaire de 2014? Par souci de commodité, je la reproduis une fois de plus :

[TRADUCTION] 7. Le présent accord volontaire est établi sous réserve des autres ententes concernant la chasse à l'ours blanc ou du processus décisionnel défini dans les accords sur les revendications territoriales applicables.

[139] En lisant ces mots à la lumière des autres dispositions de l'accord et en tenant compte des circonstances (voir l'arrêt *Sattva*, aux paragraphes 47, 48, 57 et 58), je suis essentiellement d'accord avec NTI (aux paragraphes 53 à 55 de son mémoire) lorsqu'elle affirme que la clause signifie deux choses dans le contexte actuel : que l'accord volontaire de 2014 peut être remplacé par d'autres ententes, et que les parties au processus prévu par l'ARTIN peuvent prendre des positions dans ce processus sans tenir compte de l'accord volontaire de 2014. Cependant, la clause ne confère aucun privilège à l'égard de l'accord qui empêche d'en tenir compte dans le processus prévu par l'ARTIN, et la ministre n'a pas manqué à l'honneur en en tenant compte.

G. *L'ARTIN autorise-t-il la ministre à modifier les limites non quantitatives établies par les Conseils? Dans l'affirmative, est-ce pour autant légal?*

[140] Il s'agit d'une autre question qui a été soumise au juge de première instance dans des termes quelque peu différents de ceux des questions soumises à notre Cour. Les questions soumises au juge de première instance étaient les suivantes :

Lorsqu'elle a rendu sa décision, la ministre avait-elle compétence pour modifier les limites non quantitatives que les Conseils avaient établies dans leur décision finale?



In the alternative, if the answer to the question above is yes, is the Minister's decision to establish a sex-selective harvest and vary other non-quota limitations decided by the Boards correct and/or reasonable?

[141] These questions arose from the failure of the Deputy Minister to raise any concerns about the NQLs included in the NMRWB's initial decision when he rejected that decision, and the Minister's final decision varying the NQLs nonetheless.

[142] The application judge concluded (beginning at paragraph 116 of his reasons) that the Minister had jurisdiction to vary, in her final decision, the NQLs established by the Boards. He distinguished *Nacho Nyak Dun*, on the basis that there the Supreme Court found that a departure from a prescribed earlier step in a multi-step conversation/decision-making process would, if permitted, leave the government with unconstrained decision-making authority at the final step, and that this would render the process meaningless. Here, he found, the Minister's authority was not left unconstrained. The Minister was obliged to follow, and followed, the process set out in sections 5.5.7 to 5.5.11 of NILCA, and those provisions set out what the Minister could do. They "[did] not specify any additional steps for the Minister to take in considering the decisions of the NMRWB and making her own decisions" [at paragraph 118 of his reasons]. Nor did they contain any specific restrictions on the Minister's authority or jurisdiction to vary any NQLs.

[143] The application judge then turned to consider (beginning at paragraph 125) whether the Minister's jurisdiction in relation to the NQLs was exercised reasonably. Taking into account the terms of NILCA, the interactions of the treaty partners, NILCA's status as a constitutionally protected treaty, and the honour of the Crown, he concluded that "the omission between the response from the Deputy Minister and the Minister or between the ECCC staff and the NMRWB or its staff [rendered] the Minister's decision unreasonable with respect to the non-quota limitations" [at paragraph 127 of his reasons]. He suggested that had there been evidence

Subsidiairement, si la réponse à la question qui précède est positive, la décision de la ministre d'exiger la récolte sélective en fonction du sexe et de modifier d'autres limites non quantitatives fixées par les Conseils était-elle correcte ou raisonnable?

[141] Ces questions découlaient du fait que le sous-ministre n'avait soulevé aucune préoccupation quant aux limites non quantitatives comprises dans la décision initiale du CGRFRMN lorsqu'il a rejeté cette décision, et la ministre a néanmoins modifié ces limites dans sa décision finale.

[142] Le juge de première instance a conclu (au début du paragraphe 116 de ses motifs) que la ministre avait compétence pour modifier, dans sa décision finale, les limites non quantitatives établies par les Conseils. Il a établi une distinction avec l'arrêt *Nacho Nyak Dun* au motif que, dans cette affaire, la Cour suprême a conclu que le fait de s'écarter d'une étape antérieure prévue dans un processus décisionnel ou une conversation en plusieurs étapes ferait en sorte, si on le permettait, de donner au gouvernement un pouvoir décisionnel absolu à l'étape finale, privant ainsi le processus de tout son sens. En l'espèce, il a conclu que le pouvoir de la ministre n'était pas absolu. Elle était tenue de suivre le processus prévu aux articles 5.5.7 à 5.5.11 de l'ARTIN, et l'a suivi. Ces dispositions « [ne précisaient] aucune mesure additionnelle qu'elle devait prendre dans le cadre de l'examen des décisions du CGRFRMN pour en arriver à ses propres décisions » [au paragraphe 118 de ses motifs]. Ces dispositions ne contenaient pas non plus de restrictions précises sur le pouvoir ou la compétence de la ministre de modifier les limites non quantitatives.

[143] Le juge de première instance a ensuite examiné (au début du paragraphe 125) la question de savoir si la ministre a exercé sa compétence de façon raisonnable en ce qui a trait aux limites non quantitatives. En tenant compte du libellé de l'ARTIN, des interactions entre les signataires du traité, du statut de l'ARTIN en tant que traité protégé par la Constitution et du principe de l'honneur de la Couronne, il a conclu que « le vide entre la réponse du sous-ministre et la décision de la ministre ou entre la conduite du personnel d'ECCC et celle du CGRFRMN rend[ait] la décision de la ministre déraisonnable en ce qui concerne les limites non quantitatives »



of discussions regarding NQLs at the NMRWB level or the technical representative level, his decision might have been different.

[144] In its detailed submissions to this Court, Makivik reverts, despite its framing of this issue, to the language of jurisdiction. It submits that the failure to provide reasons at the section 5.5.8 stage of the NILCA decision-making process for rejecting the NQLs established by the NMRWB in its initial decision deprived the Minister of jurisdiction to vary or reject the NQLs in her final decision. It argues that the application judge failed to give meaning to the Minister's obligation to give reasons, and that, if the application judge's reasoning is allowed to stand, the Minister will be able to impose restrictions on Inuit harvesting without ever having sought the input of the NMRWB. It also submits that a failure to act in accordance with the process prescribed by a modern treaty is a breach of the honour of the Crown. If the Minister had jurisdiction, Makivik submits, she exercised it in an unreasonable manner.

[145] The Attorney General supports the conclusion of the application judge that the Minister had jurisdiction, but does not contest the finding that she acted unreasonably. He argues that as long as the process set out in sections 5.5.7 to 5.5.11 of NILCA was followed, the Minister retained her jurisdiction.

[146] I do not find it helpful to consider this issue in terms of jurisdiction, a troublesome concept which the Supreme Court has now dispensed with in the administrative law context: see *Vavilov*, at paragraphs 65–68. In my view, to rely on it here imports unnecessary complication. Rather, on much the same basis as is set out above (at paragraphs 109 and following) in relation to the Minister's failure to communicate through reasons the ECCC's methodological concerns, I see the failure to communicate in reasons any concerns about the

[au paragraphe 127 de ses motifs]. Il a mentionné que s'il y avait eu des éléments de preuve indiquant que des discussions avaient eu lieu sur les limites non quantitatives entre les membres du CGRFRMN ou entre les représentants techniques, sa décision aurait pu être différente.

[144] Dans les observations détaillées qu'elle nous a présentées, Makivik revient sur la question du libellé des dispositions habilitantes, bien qu'elle ait reformulé cette question. Elle soutient que le défaut de motiver sa décision, à l'étape de l'article 5.5.8 du processus décisionnel de l'ARTIN pour justifier le rejet des limites non quantitatives établies par le CGRFRMN dans sa décision initiale, a privé la ministre de sa compétence de modifier ou de rejeter les limites non quantitatives dans sa décision finale. Elle soutient que le juge de première instance n'a pas tenu compte de l'esprit de l'obligation qui incombe à la ministre de motiver sa décision, et que, si le raisonnement du juge de première instance est maintenu, la ministre sera en mesure d'imposer des restrictions en matière de récolte des Inuits sans jamais avoir sollicité l'opinion du CGRFRMN. Elle affirme également que l'omission d'agir en conformité avec le processus prévu par un traité moderne constitue un manquement au principe de l'honneur de la Couronne. Makivik soutient que, si la ministre avait compétence, elle l'a exercé de manière déraisonnable.

[145] Le procureur général appuie la conclusion du juge de première instance, selon laquelle la ministre avait compétence, mais ne conteste pas la conclusion voulant qu'elle ait agi de manière déraisonnable. Il fait valoir que, tant que le processus énoncé aux articles 5.5.7 à 5.5.11 de l'ARTIN a été suivi, la ministre a conservé sa compétence.

[146] Je ne trouve pas utile d'examiner cette question du point de vue de la compétence, une notion compliquée que la Cour suprême a maintenant écartée dans le contexte du droit administratif : voir l'arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 65 à 68. Je suis d'avis que de chercher à le faire en l'espèce apporte des complications inutiles. Plutôt, en grande partie pour les mêmes motifs que ceux exposés ci-dessus (aux paragraphes 109 et suivants), en ce qui concerne l'omission de la ministre de communiquer, par des motifs, les préoccupations d'ECCC au

NQLs established by the NMRWB in its initial decision as a breach of the honour of the Crown. The effect of the breach was to deny the NMRWB an opportunity to address these concerns in its final decision, and to stifle the dialogue for which the NILCA process was intended to provide. I respectfully disagree with the conclusion of the application judge to the extent that he found it sufficient for the Minister to take the formal steps set out in sections 5.5.7 to 5.5.11 of NILCA regardless of what she communicated.

H. *Did the application judge commit reviewable error in granting Makivik's motion to strike out certain portions of the evidence filed by the Attorney General?*

[147] In granting Makivik's motion to strike out a portion of Dr. Vallender's affidavit, the application judge relied (at paragraph 64 of his reasons) on the principle that, subject to limited exceptions, the evidence before a reviewing court on judicial review is confined to the evidence that was before the administrative decision maker. He reasoned that the evidence targeted by Makivik related to the 2016 aerial survey results, which were not available when the NMRWB and the Minister made their decisions. The evidence was accordingly not relevant or admissible for purposes of the judicial review. The evidence also contained more than background information, and therefore did not come within the exception for evidence of that nature.

[148] As the Attorney General and Makivik both recognize, there are also certain other exceptions, among them an exception for evidence relevant to the reviewing court's exercise of its remedial discretion: *Namgis First Nation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2019 FCA 149, at paragraph 10. While the Attorney General relies on this exception in asking us to set aside the application judge's decision, it is not apparent from the record or from counsel's submissions whether this exception was put to the application judge. Makivik did not refer to it in its notice of motion to strike, despite

subject de la méthodologie, je suis d'avis que l'omission de communiquer dans les motifs les préoccupations concernant les limites non quantitatives établies par le CGRFRMN dans sa décision initiale équivaut à un manquement au principe de l'honneur de la Couronne. L'effet du manquement a été de refuser au CGRFRMN la possibilité de répondre à ces préoccupations dans sa décision finale et d'entraver le dialogue que le processus de l'ARTIN visait à établir. Je ne souscris pas à la conclusion du juge de première instance dans la mesure où il a conclu qu'il suffisait à la ministre de prendre les mesures formelles prévues aux articles 5.5.7 à 5.5.11 de l'ARTIN, peu importe la substance de ses communications.

H. *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur susceptible de révision en accueillant la requête de Makivik en radiation de certains éléments de preuve produits par le procureur général?*

[147] En accueillant la requête de Makivik en radiation d'une partie de l'affidavit de M<sup>me</sup> Vallender, le juge de première instance a invoqué (au paragraphe 64 de ses motifs) le principe voulant que, sous réserve d'exceptions limitées, le contrôle judiciaire doit être instruit selon la preuve dont le décideur administratif disposait. Il a expliqué que les éléments de preuve que visait Makivik renvoyaient aux résultats du relevé aérien de 2016, qui n'étaient pas disponibles au moment où le CGRFRMN et la ministre ont rendu leurs décisions. Les éléments de preuve n'étaient donc pas pertinents ni admissibles aux fins du contrôle judiciaire. Ils renfermaient également davantage que des renseignements généraux et, par conséquent, ne faisaient pas l'objet d'une exception à la preuve de cette nature.

[148] Comme l'ont reconnu le procureur général et Makivik, il y a également certaines autres exceptions, dont une exception à la preuve pertinente quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation de la cour de révision : *Première nation de 'Namgis c. Canada (Pêches et Océans)*, 2019 CAF 149, au paragraphe 10. Bien que le procureur général se fonde sur cette exception en nous demandant d'annuler la décision du juge de première instance, il ne ressort pas du dossier ou des observations de l'avocat que cette exception a été soumise au juge de première instance. Makivik n'y a pas

referring to other exceptions. Nor did the application judge advert to it in granting the motion. However, I assume from the Attorney General's account of the basis on which the evidence was filed that the exception was indeed put to him, or that he was otherwise aware of it.

[149] In any event, it is now more than four years since the 2016 aerial survey results to which Dr. Vallender refers in the struck-out portions of her affidavit became available. Its evidentiary value in the consideration of remedy seems limited at best. Given the impact of the passage of time, the other evidence in the record, and the fact that the application judge found it unnecessary to consider the struck-out evidence in exercising his discretion as to remedy, I would not at this stage interfere with the application judge's decision on this issue.

I. *Should this Court grant declaratory relief?*

[150] The application judge found (at paragraph 212 of his reasons) that declaratory relief would not be appropriate. Granting declaratory relief, he stated, would affect the parties' intention to improve the wildlife management system established by NILCA for Nunavik Inuit, when there were other subpopulations of polar bear the NMRWB and the Minister still had to consider and other wildlife species they would need to manage. Referring to the Supreme Court's statement in *Nacho Nyak Dun* that "the court's role is not to assess the adequacy of each party's compliance at each stage of a modern treaty process" [at paragraph 60], he found that it would be both premature and not useful to grant declaratory relief on issues regarding the interpretation of NILCA that could have been resolved by the parties at an earlier stage.

fait référence dans son avis de requête en radiation, bien qu'elle ait mentionné d'autres exceptions. Le juge de première instance n'y a pas fait allusion non plus lorsqu'il a accueilli la requête. Cependant, je présume, à partir des propos du procureur général concernant le fondement sur lequel les éléments de preuve ont été produits, que l'exception lui a en fait été soumise ou qu'il en était par ailleurs conscient.

[149] Quoi qu'il en soit, plus de quatre ans se sont écoulés depuis que les résultats du relevé aérien de 2016 auxquels M<sup>me</sup> Vallender se reporte dans les parties radiées de son affidavit sont devenus disponibles. Leur valeur probante par rapport à la réparation semble très limitée. Vu les répercussions de l'écoulement du temps, les autres éléments de preuve au dossier et le fait que le juge de première instance a estimé qu'il était inutile d'examiner les éléments de preuve radiés dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de réparation, je ne modifierais pas la décision du juge de première instance sur cette question, à ce stade-ci.

I. *Notre Cour devrait-elle rendre un jugement déclaratoire?*

[150] Le juge de première instance a conclu (au paragraphe 212 de ses motifs) qu'il ne convenait pas de prononcer un jugement déclaratoire. Il a mentionné que cette façon de procéder toucherait l'intention des parties d'améliorer le système de gestion des ressources fauniques établi par l'ARTIN pour les Inuits du Nunavik, et qu'il y a d'autres sous-populations d'ours blancs que le CGRFRMN et la ministre devront examiner et d'autres espèces sauvages que les parties devront gérer. Se reportant à la déclaration de la Cour suprême dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun* [au paragraphe 60] selon laquelle « [I]e rôle des tribunaux ne consiste pas à déterminer si chacune des parties a joué adéquatement son rôle à chaque étape du processus établi par un traité moderne », il a conclu qu'il serait prématuré et inutile de rendre un jugement déclaratoire sur des questions concernant l'interprétation de l'ARTIN, questions que les parties auraient pu régler plus tôt.

[151] After referring to *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, 1979 CanLII 9 (a seminal Supreme Court decision on the appropriateness of declaratory relief), and quoting again from *Nacho Nyak Dun*, he concluded [at paragraphs 33 and 60] that declining to grant declaratory relief would leave the parties to continue “to govern together and work out their differences” and “to work out their understanding of a process — quite literally to reconcile — without the Court’s management of that process.” It would thus fulfil the purpose of the Supreme Court’s call for judicial forbearance and restraint.

[152] “A court may ... grant a declaration where it has jurisdiction to hear the issue, where the dispute before the court is real and not theoretical, where the party raising the issue has a genuine interest in its resolution, and where the respondent has an interest in opposing the declaration sought”: *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at paragraph 81. In the exercise of its remedial authority, a court may grant a declaration that the Crown failed to act honourably in fulfilling its constitutional obligations to Indigenous peoples: see, for example, *Manitoba Metis*, at paragraphs 140, 143–144, 154; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paragraph 80, affirming in part *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCCA 147, 99 B.C.L.R. (3d) 209, at paragraph 60.

[153] The granting of declaratory relief, like the granting of any relief on judicial review, is discretionary: *Ewert*, at paragraph 83; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 36; *Strickland*, at paragraphs 37–38; *Bessette*, at paragraph 35; *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, subsection 18.1(3). As discussed above (at paragraphs 65) remedial decisions on judicial review are accordingly subject to appellate review on the standard set out in *Housen v. Nikolaisen* [cited above]—correctness on questions of law and palpable and overriding

[151] Après avoir mentionné l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, 1979 CanLII 9 (un arrêt charnière de la Cour suprême sur l’à-propos des jugements déclaratoires), et citant une fois de plus un extrait de l’arrêt *Nacho Nyak Dun*, il a conclu [aux paragraphes 33 et 60] qu’en refusant de prononcer un jugement déclaratoire, les parties continueraient « de gérer ensemble et de concilier leurs différences » et « [arriveraient] à une entente sur un processus — en fait, elles vont se réconcilier — sans que les tribunaux interviennent dans le processus au-delà de ce qui est nécessaire pour régler le différend en cause ». Le refus assurerait donc la réalisation de l’objectif de la Cour suprême de préconiser une certaine retenue judiciaire.

[152] « Le tribunal peut [...] prononcer un jugement déclaratoire lorsqu’il a compétence pour entendre le litige, lorsque la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu’elle soit résolue et lorsque l’intimé a intérêt à s’opposer au jugement déclaratoire sollicité » : *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, au paragraphe 81. Dans l’exercice de son pouvoir de réparation, le tribunal peut rendre un jugement déclarant que la Couronne a manqué à son obligation d’agir honorablement en remplissant les obligations que lui impose la Constitution envers les peuples autochtones : voir, par exemple, *Manitoba Metis*, aux paragraphes 140, 143, 144 et 154; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, au paragraphe 80, confirmant en partie l’arrêt *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2002 BCCA 147, 99 B.C.L.R. (3d) 209, au paragraphe 60.

[153] L’octroi d’un jugement déclaratoire, comme l’octroi de toute réparation dans le cadre d’un contrôle judiciaire est discrétionnaire : *Ewert*, au paragraphe 83; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 36; *Strickland*, aux paragraphes 37 et 38; *Bessette*, au paragraphe 35; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. 7, paragraphe 18.1(3). Comme je l’ai mentionné ci-dessus (au paragraphe 65), les décisions sur les réparations dans le cadre d’un contrôle judiciaire peuvent être portées en appel selon la norme établie dans

error on questions of fact or mixed fact and law (absent an extricable question of law). The application judge's exercise of his discretion not to grant declaratory relief in this case would, therefore, ordinarily be entitled to deference.

[154] But circumstances have changed since the application judge made his remedial decision. While the application judge found that the Minister had acted unreasonably in relation to the NQLs, I have concluded that the Minister's conduct in relation not only to the NQLs but also to ITK failed to uphold the honour of the Crown. These findings call for a fresh exercise of discretion by this Court: *Ewert*, at paragraph 80; *Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25, at paragraph 31; *Federal Courts Act*, subparagraph 52(b)(i).

[155] The prerequisites for granting declaratory relief are met in this case: there is no question as to the Court's jurisdiction; the dispute is real and not theoretical; Makivik has a genuine interest in its resolution, especially since the parties must now follow the NILCA process with respect to two further subpopulations of polar bears; and the respondent Attorney General has, and has pursued, an interest in opposing the declaration sought.

[156] Should declaratory relief then be granted? In my view, there are good reasons to grant it, despite the directive in *Nacho Nyak Dun* to exercise judicial forbearance and restraint.

[157] First, although paragraphs 112 and 146 of these reasons set out conclusions as to the conduct of the Crown that amount in substance to declarations, a formal judgment of the Court granting declaratory relief

l'arrêt *Housen c. Nikolaisen* [précité] — la norme de la décision correcte, pour ce qui est des questions de droit, et l'erreur manifeste et dominante, pour ce qui est des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit (lorsqu'il n'y a pas de question de droit isolable). L'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de ne pas prononcer un jugement déclaratoire en l'espèce ferait donc habituellement l'objet d'une retenue.

[154] Toutefois, depuis que le juge de première instance a rendu sa décision sur la réparation, les circonstances ont changé. Bien que le juge de première instance ait conclu que la ministre avait agi de façon déraisonnable en ce qui a trait aux limites non quantitatives, j'ai conclu que la ministre n'avait pas préservé l'honneur de la Couronne, non seulement en ce qui concerne les limites non quantitatives, mais également en ce qui a trait au STI. De telles conclusions appellent un nouvel exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour : *Ewert*, au paragraphe 80; *Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117, au paragraphe 31; *Loi sur les Cours fédérales*, sous-alinéa 52b)(i).

[155] Les conditions préalables à l'octroi d'un jugement déclaratoire sont remplies en l'espèce : la question de la compétence de la Cour ne se pose pas, la question en cause est réelle et non pas simplement théorique, Makivik a véritablement intérêt à ce que la question soit résolue, d'autant plus que les parties doivent maintenant se conformer au processus prévu par l'ARTIN en ce qui concerne les deux autres sous-populations d'ours blancs, et le défendeur (maintenant intimé), le procureur général, a et avait intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité.

[156] Un jugement déclaratoire devrait-il alors être rendu? Je suis d'avis qu'il y a des motifs valables de rendre un tel jugement, malgré la directive donnée dans l'arrêt *Nacho Nyak Dun* quant à l'exercice d'une retenue judiciaire.

[157] D'abord, même si dans les paragraphes 112 et 146 des présents motifs, j'ai tiré des conclusions sur la conduite de la Couronne qui équivalent essentiellement à des jugements déclaratoires, un jugement déclaratoire

would add further solemnity to the Court’s conclusions. This would in turn help to underline the importance in the reconciliation endeavour of the Crown’s honouring its section 35 obligations, and of avoiding similar failures in the NILCA processes that are to follow. And finally, granting rather than withholding declaratory relief would, in my view, be more consistent with the Supreme Court’s admonition that “judicial forbearance should not come at the expense of adequate scrutiny of Crown conduct to ensure constitutional compliance” [at paragraph 34 of *Nacho Nyak Dun*].

#### VIII. Proposed disposition

[158] I would allow the appeals in part, set aside paragraphs 3 and 4 of the judgment of the Federal Court, and, giving the judgment the Federal Court should have given, declare that in participating in the decision-making process under the *Nunavik Inuit Land Claims Agreement* to determine the total allowable take and non-quota limitations for the Southern Hudson Bay subpopulation of polar bears, the Crown failed to interpret and implement that process in accordance with the honour of the Crown. I would dismiss the cross-appeal. In all of the circumstances, I would make no order as to costs of the appeal or the cross-appeal.

Webb J.A.: I agree.

Mactavish J.A.: I agree.

#### APPENDIX 1

##### LIST OF ACRONYMS

CITES	<i>Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora</i>
ECCC	Environment and Climate Change Canada

formel de la Cour ajouterait un certain élément de solennité aux conclusions de la Cour. Cela aiderait ensuite à souligner l’importance des efforts de réconciliation que la Couronne doit déployer pour respecter ses obligations prévues à l’article 35 et éviter de semblables omissions dans les processus prévus par l’ARTIN qui suivront. Enfin, le fait de rendre un jugement déclaratoire plutôt que de refuser de le rendre, selon moi, est plus conforme à la mise en garde de la Cour suprême, qui a rappelé que « pour assurer le respect de la Constitution, la retenue dont font preuve les tribunaux ne doit pas s’exercer au détriment d’un examen adéquat de la conduite de la Couronne » [au paragraphe 34 de *Nacho Nyak Dun*].

#### VIII. Dispositif proposé

[158] J’accueillerais les appels en partie, j’annulerais les paragraphes 3 et 4 du jugement de la Cour fédérale et, rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, je déclarerais qu’en participant au processus décisionnel aux termes de l’*Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik* pour déterminer la prise totale autorisée et les limites non quantitatives pour la sous-population d’ours blancs du sud de la baie d’Hudson, la Couronne n’a pas interprété et mis en œuvre ce processus en conformité avec l’honneur de la Couronne. Je rejetterais l’appel incident. Vu l’ensemble des circonstances, je ne rendrais aucune ordonnance quant aux dépens de l’appel ou de l’appel incident.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

#### ANNEXE 1

##### LISTE DES ACRONYMES

ARTIN	Accord sur les revendications territoriales des Inuit du Nunavik
ARTRME	Accord sur les revendications territoriales concernant la région marine d’Eeyou

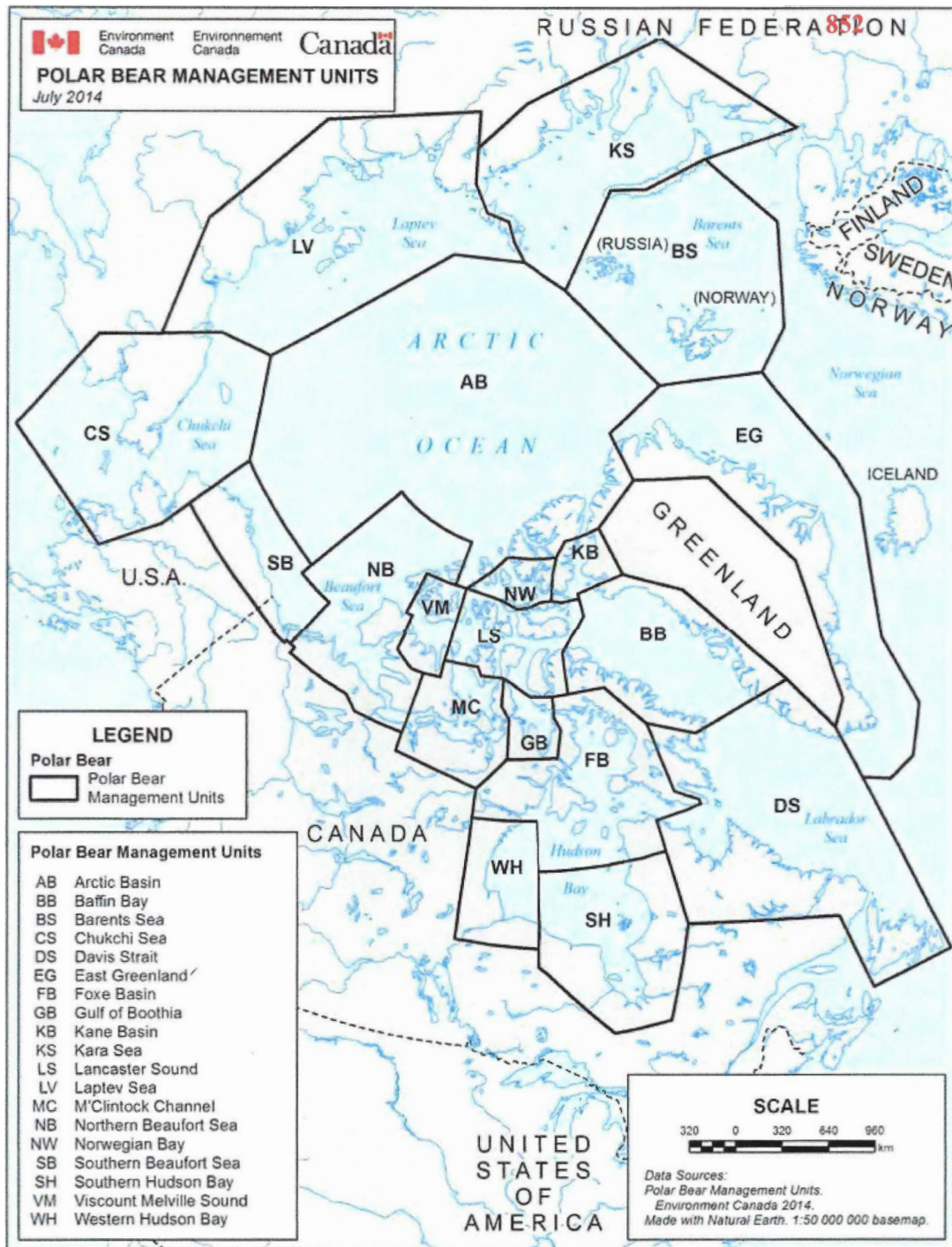


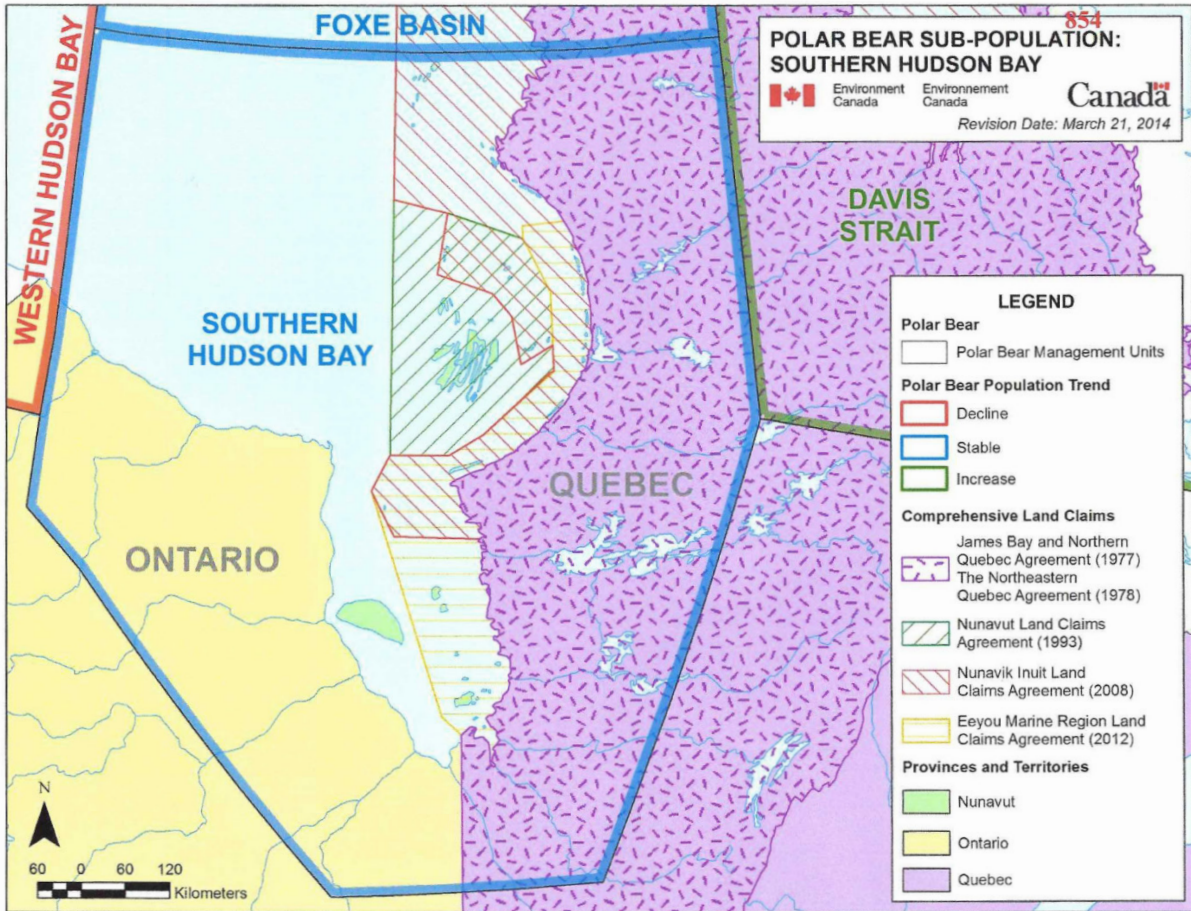
---

EMR	Eeyou Marine Region	CGRFRME	Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine d'Eeyou
EMRLCA	Eeyou Marine Region Land Claims Agreement	CGRFRMN	Conseil de gestion des ressources fauniques de la région marine du Nunavik
EMRWB	Eeyou Marine Region Wildlife Board	CITES	<i>Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction</i>
GCC	Grand Council of the Crees	ECCC	Environnement et Changement climatique Canada
ITK	Inuit traditional knowledge	GCC	Grand Conseil des Cris
NILCA	Nunavik Inuit Land Claims Agreement	NTI	Nunavut Tunngavik Incorporated
NMRWB	Nunavik Marine Region Wildlife Board	PTA	Prise totale autorisée
NQLs	Non-quota limitations	RMN	Région marine du Nunavik
NMR	Nunavik Marine Region	SBH	Sud de la baie d'Hudson
NTI	Nunavut Tunngavik Incorporated	STI	Savoir traditionnel inuit
SHB	Southern Hudson Bay		
TAT	Total allowable take		
TK	Traditional knowledge		

APPENDIX 2

ANNEXE 2







T-768-20  
2021 FC 597

T-768-20  
2021 CF 597

**Iris Technologies Inc. (Applicant)**

**Iris Technologies Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**The Minister of National Revenue (Respondent)**

**Le ministre du Revenu national (défendeur)**

**INDEXED AS: IRIS TECHNOLOGIES INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE)**

**RÉPERTORIÉ : IRIS TECHNOLOGIES INC. c. CANADA (REVENU NATIONAL)**

Federal Court, McDonald J.—By videoconference, April 20; Fredericton, June 11, 2021.

Cour fédérale, juge McDonald—Par vidéoconférence, 20 avril; Fredericton, 11 juin 2021.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Motion by respondent pursuant to Federal Courts Rules, r. 51(1) appealing prothonotary's order refusing motion to strike applicant's judicial review application — In judicial review application, applicant seeking declaration that: (1) respondent failed to afford procedural fairness in audit of applicant, failed to provide notice of or any opportunity to respond to any proposed adjustments, contrary to published policy thereon; (2) assessments made without evidentiary foundation, contrary to findings of fact respondent making; (3) assessments made for improper purpose of seeking to deprive Federal Court of jurisdiction in applicant's application for relief in related file — Respondent filed motion to strike applicant's application on basis that it was plain, obvious that applicant could not obtain relief it was seeking; that judicial review application was attempt to circumvent comprehensive tax regime — In his order, Prothonotary noted that allegations applicant raising in its application included claims relating to lack of procedural fairness, lack of evidentiary foundation, acting for improper purpose, all of which engaged administrative law principles — Prothonotary determined that conduct of respondent, not assessment itself, was subject matter of application; that it could not be said that applicant's application was bereft of any chance of success — In notice of motion, respondent argued that Prothonotary erred in fact, law in: failing to acknowledge that essential nature of application was attack on assessment; failing to properly consider adequate alternative remedies; failing to find that declarations applicant sought were not available remedies in administrative law — Whether Prothonotary erred in issuing order — Regarding essential nature of application, Prothonotary determined that relief sought went beyond challenge to respondent's assessments; noted that applicant alleging failure of procedural fairness, which engaged administrative law principles — Respondent taking too narrow a view of issues raised in application — Application not attack on assessment but on procedural fairness of assessment*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Requête présentée par le défendeur au titre du paragraphe 51(1) des Règles des Cours fédérales pour interjeter appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé la requête en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse — Dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse a cherché à obtenir un jugement déclarant que : 1) le défendeur a manqué à son devoir d'équité procédurale lors de sa vérification de la demanderesse, n'a pas fourni d'avis des rajustements proposés ou n'a pas offert la possibilité de produire des observations en réponse à ces rajustements, ce qui allait à l'encontre de la politique publiée à cet égard; 2) le défendeur a établi les cotisations sans fondement probatoire et de manière contraire aux conclusions de fait tirées par le défendeur à la date de ces cotisations; et 3) les cotisations ont été établies dans l'objectif illégitime de chercher à priver la Cour fédérale de sa compétence dans la demande de redressement présentée par la demanderesse dans un dossier connexe — Le défendeur a déposé une requête en radiation de la demande de la demanderesse au motif qu'il était manifeste et évident que la demanderesse ne pourrait pas obtenir le redressement qu'elle demandait et que la demande de contrôle judiciaire était une tentative de contourner le régime fiscal global — Le protonotaire a fait remarquer dans son ordonnance que les allégations soulevées par la demanderesse dans sa demande comprenaient des allégations relatives à un vice en matière d'équité procédurale, à une absence de fondement probatoire et à une action à objectif illégitime, lesquelles mettaient toutes en cause des principes de droit administratif — Le protonotaire a jugé que l'objet de la demande était la conduite du défendeur et non la cotisation elle-même, et qu'il n'était pas possible de dire que la demande de la demanderesse n'avait aucune chance d'être accueillie — Dans l'avis de requête, le défendeur a soutenu que le protonotaire avait commis une erreur de fait et de droit : en omettant de reconnaître que la demande avait pour nature essentielle la contestation*

— Therefore, was within Federal Court's jurisdiction — With respect to alternative remedies, respondent's complaint that Prothonotary not properly addressing adequate alternative remedies was disagreement with result — No merit to respondent's assertion that Prothonotary failed to properly address alternate remedies — Regarding remedies in administrative law, respondent failed to acknowledge that applicant claimed that respondent engaged in abuse of process — Distinction existing between conduct of assessment, issuance of assessment — On issue of procedural fairness, clear from case law that Federal Court retaining ability to grant remedies if respondent breaching procedural fairness — Prothonotary in present case found that notice of application sought clearly identifiable administrative law remedies in declarations sought — Threshold to strike notice of application high — In this case, was not plain, obvious that application had no chance of success — Overall, Prothonotary identified, applied applicable law; respondent not establishing any error — Motion dismissed.

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Motion by respondent pursuant to Federal Courts Rules, r. 51(1) appealing prothonotary's order refusing to strike applicant's judicial review application — Respondent argued plain, obvious that applicant could not obtain relief it was seeking; that judicial review application was attempt to circumvent comprehensive tax regime — Prothonotary noted that allegations applicant raised in application included claims relating to lack of procedural fairness, lack of evidentiary foundation, acting for improper purpose, all of which engaged administrative law principles — Determined that conduct of respondent, as it related to issuance of assessment, not assessment itself, was subject matter of application; that it could not be said that application was bereft of any chance of success — Prothonotary*

*de la cotisation; en omettant d'examiner, comme il le devait, la question des autres recours adéquats; en ne concluant pas que les jugements déclaratoires sollicités par la demanderesse n'étaient pas des réparations permises en droit administratif — Il s'agissait de savoir si le protonotaire a commis une erreur dans l'ordonnance qu'il a rendue — En ce qui concerne la nature essentielle de la demande, le protonotaire a déterminé que la réparation demandée allait au-delà de la contestation des cotisations établies par le défendeur; il a fait remarquer que la demanderesse alléguait l'existence d'un manquement à l'équité procédurale qui mettait en jeu des principes de droit administratif — Le défendeur avait une vision trop étroite des questions soulevées dans la demande — Il ne s'agissait pas d'une contestation de la cotisation, mais plutôt du respect de l'équité procédurale lors de l'établissement de la cotisation — Par conséquent, cela relevait de la compétence de la Cour fédérale — En ce qui concerne les autres recours, la plainte du défendeur selon laquelle le protonotaire n'a pas abordé adéquatement les autres recours appropriés constituait un désaccord avec le résultat — L'affirmation du défendeur selon laquelle le protonotaire n'a pas abordé adéquatement la question des autres recours n'était pas fondée — En ce qui concerne les recours en droit administratif, les observations du défendeur ne tenaient pas compte du fait que la demanderesse alléguait que le défendeur avait commis un abus de procédure — Il y a une distinction à faire entre la réalisation d'une cotisation et l'établissement d'une cotisation — Sur la question de l'équité procédurale, il ressortait clairement de la jurisprudence que la Cour fédérale conserve le pouvoir d'accorder des réparations si le défendeur a contrevenu à l'équité procédurale — Dans la présente affaire, le protonotaire a conclu que l'avis de demande visait l'obtention de réparations relevant du droit administratif qui étaient clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés — Le critère pour radier une demande est très strict — Dans la présente affaire, il n'était pas évident et manifeste que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie — Dans l'ensemble, le protonotaire a cerné et appliqué les règles de droit applicables, et le défendeur n'a établi l'existence d'aucune erreur — Requête rejetée.*

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — Requête présentée par le défendeur au titre du paragraphe 51(1) des Règles des Cours fédérales pour interjeter appel de l'ordonnance par laquelle le protonotaire a refusé de radier la demande de contrôle judiciaire déposée par la demanderesse — Le défendeur a fait valoir qu'il était manifeste et évident que la demanderesse ne pourrait pas obtenir le redressement qu'elle demandait et que la demande de contrôle judiciaire était une tentative de contourner le régime fiscal global — Le protonotaire a fait remarquer que les allégations soulevées par la demanderesse dans sa demande comprenaient des allégations relatives à un vice en matière d'équité procédurale, à une absence de fondement probatoire et à une action à objectif illégitime, lesquelles mettaient toutes en cause des*

*did not err in issuing order — Clear from case law that Federal Court retaining ability to grant remedies if respondent breaching procedural fairness — Prothonotary in present case found that notice of application sought clearly identifiable administrative law remedies in declarations sought — Threshold to strike notice of application high — In this case, was not plain, obvious that application had no chance of success.*

This was a motion by the respondent pursuant to subsection 51(1) of the *Federal Courts Rules* appealing the January 2021 order of Prothonotary Aalto who refused the respondent's motion to strike the judicial review application filed by the applicant. In its judicial review application, the applicant was seeking a declaration that: (1) the respondent failed to afford procedural fairness in the audit of the applicant and failed to provide notice of or any opportunity to respond to any proposed adjustments, contrary to the ministers published policy thereon and the specific guarantee of the respondent's Assistant Commissioner; (2) the assessments of the respondent were made without evidentiary foundation and contrary to the findings of fact made by the respondent as of the date thereof; and (3) the assessments were made for the improper purpose of seeking to deprive the Federal Court of jurisdiction in the applicant's application for relief in a related file, which was ongoing. In the present application, the respondent filed a motion to strike the applicant's application for judicial review on the basis that it was plain and obvious that the applicant could not obtain the relief that it was seeking and that the judicial review application was an attempt to circumvent the comprehensive tax regime. In his order, the Prothonotary noted that the allegations the applicant raised in its application included claims relating to a lack of procedural fairness, a lack of an evidentiary foundation, and acting for an improper purpose, all of which engaged administrative law principles. The Prothonotary determined that the conduct of the respondent, as it related to the issuance of the assessment, not the assessment itself, was the subject matter of the application and that it could not be said that this application was bereft of any chance of success. In the notice of motion, the respondent argued that the Prothonotary erred in fact and law in: failing to acknowledge that the essential nature of the application was an attack on the assessment; failing to properly consider adequate alternative remedies; and failing to find that the declarations sought by the applicant were not available remedies in administrative law.

*principes de droit administratif — Il a jugé que l'objet de la demande était la conduite du défendeur dans l'établissement de la cotisation, et non la cotisation elle-même, et qu'il n'était pas possible de dire que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie — Le protonotaire n'a commis aucune erreur dans l'ordonnance qu'il a rendue — Il ressortait clairement de la jurisprudence que la Cour fédérale conserve le pouvoir d'accorder des réparations si le défendeur a contrevenu à l'équité procédurale — Dans la présente affaire, le protonotaire a conclu que l'avis de demande visait l'obtention de réparations relevant du droit administratif qui étaient clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés — Le critère pour radier une demande est très strict — Dans la présente affaire, il n'était pas évident et manifeste que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie.*

Il s'agissait d'une requête présentée par le défendeur au titre du paragraphe 51(1) des *Règles des Cours fédérales* pour interjeter appel de l'ordonnance de janvier 2021 par laquelle le protonotaire Aalto a refusé la requête présentée par le défendeur en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire déposée par la demanderesse. Dans sa demande de contrôle judiciaire, la demanderesse a cherché à obtenir un jugement déclarant que : 1) le défendeur a manqué à son devoir d'équité procédurale lors de sa vérification de la demanderesse, n'a pas fourni d'avis des rajustements proposés ou n'a pas offert la possibilité de produire des observations en réponse à ces rajustements, ce qui allait à l'encontre de la politique publiée par les ministres à cet égard et de la garantie particulière du sous-commissaire du défendeur; 2) le défendeur a établi les cotisations sans fondement probatoire et de manière contraire aux conclusions de fait tirées par le défendeur à la date de ces cotisations; et 3) les cotisations ont été établies dans l'objectif illégitime de chercher à priver la Cour fédérale de sa compétence dans la demande de redressement présentée par la demanderesse dans un dossier connexe, qui est toujours en instance. Dans le cadre de la présente demande, le défendeur a déposé une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse au motif qu'il était manifeste et évident que la demanderesse ne pourrait pas obtenir le redressement qu'elle demandait et que la demande de contrôle judiciaire était une tentative de contourner le régime fiscal global. Le protonotaire a fait remarquer dans son ordonnance que les allégations soulevées par la demanderesse dans sa demande comprenaient des allégations relatives à un vice en matière d'équité procédurale, à une absence de fondement probatoire et à une action à objectif illégitime, lesquelles mettaient toutes en cause des principes de droit administratif. Le protonotaire a jugé que l'objet de la demande était la conduite du défendeur dans l'établissement de la cotisation, et non la cotisation elle-même, et qu'il n'était pas possible de dire que la demande en l'espèce n'avait aucune chance d'être accueillie. Dans l'avis de requête, le défendeur a soutenu que le protonotaire avait commis une erreur de fait et de droit : en omettant de reconnaître



The issue was whether the Prothonotary erred in issuing its order.

*Held*, the motion should be dismissed.

Regarding the essential nature of the application, if the sole issue raised by the applicant was the assessments, then the Tax Court was where this application had to be addressed. However, the Prothonotary determined that the issues the applicant raised and the relief sought went beyond tax assessments. The analysis done by the Prothonotary was based upon the unique factual circumstances of this application and determined that the relief sought by the applicant went beyond a challenge to the assessments by the respondent. In his order, the Prothonotary noted that the applicant was alleging a failure of procedural fairness, which engaged administrative law principles. The respondent took too narrow a view of the issues raised in the application. While she acknowledged that a judicial review may be available with respect to an audit, the respondent contended that once she makes an assessment, there can be no judicial review. However, the authorities do not draw such a definitive line. Contrary to what the respondent argued, this was not an attack on the assessment but on the procedural fairness of the assessment. Therefore, it was within the jurisdiction of the Federal Court.

With respect to alternative remedies, the respondent argued that the Prothonotary made an error of law in failing to properly address her argument that adequate alternative remedies were available to the applicant and that this judicial review could not be entertained by the Court where an adequate alternative remedy exists. Prothonotary Aalto specifically considered the administrative law remedies and the relief available in the Tax Court but confirmed that the Federal Court retained some jurisdiction. The respondent's complaint that Prothonotary Aalto did not properly address the adequate alternative remedies was a disagreement with the result. The Prothonotary clearly engaged with the respondent's argument regarding alternative remedies. There was no merit to the respondent's assertion that Prothonotary Aalto failed to "properly address" alternate remedies.

Regarding remedies in administrative law, the respondent argued, in particular, that the applicant was seeking a

que la demande avait pour nature essentielle la contestation de la cotisation; en omettant d'examiner, comme il le devait, la question des autres recours adéquats; en ne concluant pas que les jugements déclaratoires sollicités par la demanderesse n'étaient pas des réparations permises en droit administratif.

Il s'agissait de savoir si le protonotaire a commis une erreur dans l'ordonnance qu'il a rendue.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

En ce qui concerne la nature essentielle de la demande, si la seule question soulevée par la demanderesse était celle des cotisations, cette demande devait être présentée à la Cour de l'impôt. Toutefois, le protonotaire a déterminé que les questions soulevées par la demanderesse et la réparation demandée allaient au-delà des cotisations fiscales. L'analyse effectuée par le protonotaire était fondée sur les circonstances factuelles propres à la demande en l'espèce et le protonotaire y concluait que la réparation demandée par la demanderesse allait au-delà de la contestation des cotisations établies par le défendeur. Dans son ordonnance, le protonotaire a fait remarquer que la demanderesse alléguait l'existence d'un manquement à l'équité procédurale qui mettait en jeu des principes de droit administratif. Le défendeur avait une vision trop étroite des questions soulevées dans la demande. Le défendeur a reconnu qu'un contrôle judiciaire pouvait être fait à l'égard d'une vérification, mais il a soutenu qu'une fois qu'il a établi une cotisation, il ne peut y avoir de contrôle judiciaire. Toutefois, la jurisprudence n'établit pas une telle limite définitive. Contrairement à ce que le défendeur a fait valoir, il ne s'agissait pas d'une contestation de la cotisation, mais plutôt du respect de l'équité procédurale lors de l'établissement de la cotisation. Par conséquent, cela relevait de la compétence de la Cour fédérale.

En ce qui concerne les autres recours, le défendeur a soutenu que le protonotaire a commis une erreur de droit en n'abordant pas adéquatement son argument selon lequel la demanderesse avait accès à d'autres recours appropriés et que la Cour ne pouvait instruire la demande de contrôle judiciaire s'il existait un autre recours adéquat. Le protonotaire Aalto a expressément tenu compte des recours en droit administratif et de la réparation que peut accorder la Cour de l'impôt, mais il a confirmé que la Cour fédérale conservait une certaine compétence. La plainte du défendeur selon laquelle le protonotaire Aalto n'a pas abordé adéquatement les autres recours appropriés constituait un désaccord avec le résultat. Le protonotaire a clairement abordé l'argument du défendeur concernant les autres recours appropriés. L'affirmation du défendeur selon laquelle le protonotaire Aalto n'a pas « abordé adéquatement » la question des autres recours n'était pas fondée.

En ce qui concerne les recours en droit administratif, le défendeur a soutenu plus particulièrement que la demanderesse

declaration pertaining solely to findings of fact and was only seeking declaratory relief. The respondent's submissions failed to acknowledge that the applicant claimed that the respondent engaged in an abuse of process. As correctly pointed out by the Prothonotary, there is a distinction between the conduct of an assessment and the issuance of an assessment.

On the issue of procedural fairness, the respondent argued that these arguments could not now be raised because the audit was completed and an assessment was issued. However, none of the authorities could be read as making such a definitive statement. Rather, it was clear from the case law that the Federal Court retains the ability to grant remedies if the respondent has breached procedural fairness. Prothonotary Aalto found that the notice of application sought clearly identifiable administrative law remedies in the declarations sought. The threshold to strike a notice of application is a high one. In this case, it was not plain and obvious that this application had no chance of success.

Overall, the Prothonotary identified and applied the applicable law and the respondent did not establish any error.

cherchait à obtenir un jugement déclaratoire portant uniquement sur les conclusions de fait et ne demandait qu'une réparation sous forme de jugement déclaratoire. Les observations du défendeur ne tenaient pas compte du fait que la demanderesse alléguait que le défendeur avait commis un abus de procédure. Comme le protonotaire l'a signalé à juste titre, il y a une distinction à faire entre la réalisation d'une cotisation et l'établissement d'une cotisation.

Sur la question de l'équité procédurale, le défendeur a fait valoir que ces arguments ne pouvaient être invoqués parce que la vérification était terminée et qu'une cotisation avait été établie. Toutefois, la jurisprudence n'était pas si catégorique à cet égard. Il ressortait plutôt clairement de la jurisprudence que la Cour fédérale conserve le pouvoir d'accorder des réparations si le défendeur a contrevenu à l'équité procédurale. Le protonotaire Aalto a conclu que l'avis de demande visait l'obtention de réparations relevant du droit administratif qui étaient clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés. Le critère pour radier une demande est très strict. Dans la présente affaire, il n'était pas évident et manifeste que la présente demande n'avait aucune chance d'être accueillie.

Dans l'ensemble, le protonotaire a cerné et appliqué les règles de droit applicables, et le défendeur n'a établi l'existence d'aucune erreur.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 51(1), 221(1), 317.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557; *Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25; *Johnson v. Canada*, 2015 FCA 51, [2015] G.S.T.C. 24.

##### CONSIDERED:

*Ghazi v. Canada (National Revenue)*, 2019 FC 860, [2019] G.S.T.C. 44; *Canada (National Revenue) v. Sifto Canada Corp.*, 2014 FCA 140, 68 Admin L.R. (5th) 215; *Maximova v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 230; *Walsh v. Canada (National Revenue)*, 2007 FCA 280, [2008] 1 C.T.C. 27; *Ficek v. Canada (Attorney General)*,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 51(1), 221(1), 317.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557; *Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117; *Johnson c. Canada*, 2015 CAF 51.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Ghazi c. Canada (Revenu national)*, 2019 CF 860; *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140; *Maximova c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 230; *Walsh c. Canada (Revenu national)*, 2007 CAF 280; *Ficek c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 502; *Main Rehabilitation Co. c. Canada*, 2004 CAF 403.

2013 FC 502, 2013 D.T.C. 5104; *Main Rehabilitation Co. v. Canada*, 2004 FCA 403, 247 D.L.R. (4th) 597.

REFERRED TO:

*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793; *Canada (Attorney General) v. Webster*, 2003 FCA 388, [2004] 1 C.T.C. 168; *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713.

MOTION by the respondent pursuant to subsection 51(1) of the *Federal Courts Rules* appealing an order (T-768-20, Aalto P., order dated January 21, 2021 (F.C.)) refusing the respondent's motion to strike the applicant's judicial review application involving assessments made by the respondent. Motion dismissed.

APPEARANCES

*Leigh Somerville Taylor and Mireille Dahab* for applicant.  
*Darren Prevost, Michael Ezri, Andrea Jackett, Sandra Tsui, Katie Beahen and Christopher Ware* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

*Leigh Somerville Taylor Professional Corporation*, Toronto, and *Dahab Law*, Markham, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] McDONALD J.: This is a motion by the respondent, the Minister of National Revenue (the Minister), pursuant to subsection 51(1) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) appealing the January 21, 2021 order of Prothonotary Aalto who refused the Minister's motion to strike the judicial review application filed by Iris Technologies Inc. (Iris).

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793; *Canada (Procureur général) c. Webster*, 2003 CAF 388; *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713.

REQUÊTE présentée par le défendeur au titre du paragraphe 51(1) des *Règles des Cours fédérales* pour interjeter appel d'une ordonnance (T-768-20, protonotaire Aalto, ordonnance datée du 21 janvier 2021 (C.F.)) refusant la requête présentée par le défendeur en vue de faire radier la demande de contrôle judiciaire déposée par la demanderesse à l'égard des cotisations établies par le défendeur. Requête rejetée.

ONT COMPARU :

*Leigh Somerville Taylor et Mireille Dahab* pour la demanderesse.  
*Darren Prevost, Michael Ezri, Andrea Jackett, Sandra Tsui, Katie Beahen et Christopher Ware* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Leigh Somerville Taylor Professional Corporation*, Toronto, et *Dahab Law*, Markham, pour la demanderesse.

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

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

[1] LA JUGE McDONALD : La Cour est saisie d'une requête présentée par le défendeur, le ministre du Revenu national (le ministre), au titre du paragraphe 51(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) pour interjeter appel de l'ordonnance datée du 21 janvier 2021 par laquelle le protonotaire Aalto refusait la requête présentée par le ministre en vue de faire radier

[2] As alternative relief on this motion, the Minister seeks an additional 30 days to respond to the rule 317 request.

[3] For the reasons that follow, the appeal is dismissed. The Prothonotary did not err in the application of the law to his consideration of the motion to strike the application for judicial review. In applying the standard of review set out in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331 (*Hospira*), at paragraphs 28 and 66, there is no basis for this Court to intervene.

#### Relevant Background

[4] In its judicial review application filed on July 16, 2020, Iris seeks a declaration that:

a. the Minister failed to afford procedural fairness in the audit of Iris, failed to provide notice of or any opportunity to respond to any proposed adjustments, contrary to the ministers published policy thereon and the specific guarantee of the Minister's Assistant Commissioner;

b. the assessments of the Minister were made without evidentiary foundation and contrary to the findings of fact made by the Minister as of the date thereof; and

c. the assessments were made for the improper purpose of seeking to deprive the Federal Court of jurisdiction in Iris' Application for relief in Court File No. T-425-20.

[5] In a related file, T-425-20, Iris has applied for an order of *mandamus* requiring the Minister to issue assessments for Iris' monthly GST reporting for the periods of September 2019 to February 2020. This application is ongoing.

la demande de contrôle judiciaire déposée par Iris Technologies Inc. (Iris).

[2] À titre de réparation subsidiaire, le ministre demande dans la requête en l'espèce un délai supplémentaire de 30 jours pour répondre à la demande présentée au titre de la règle 317.

[3] Pour les motifs qui suivent, l'appel est rejeté. Le protonotaire n'a pas commis d'erreur dans l'application des règles de droit lors de son examen de la requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire. Suivant l'application de la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331 (*Hospira*), aux paragraphes 28 et 66, rien ne justifie l'intervention de la Cour.

#### Le contexte pertinent

[4] Dans sa demande de contrôle judiciaire déposée le 16 juillet 2020, Iris cherche à obtenir un jugement déclarant que :

#### [TRADUCTION]

a. le ministre a manqué à son devoir d'équité procédurale lors de sa vérification d'Iris, n'a pas fourni d'avis des rajustements proposés ou n'a pas offert la possibilité de produire des observations en réponse à ces rajustements, ce qui allait à l'encontre de la politique publiée par les ministres à cet égard et de la garantie particulière du sous-commissaire du ministre;

b. le ministre a établi les cotisations sans fondement probatoire et de manière contraire aux conclusions de fait tirées par le ministre à la date de ces cotisations;

c. les cotisations ont été établies dans l'objectif illégitime de chercher à priver la Cour fédérale de sa compétence dans la demande de redressement présentée par Iris dans le dossier T-425-20.

[5] Dans un dossier connexe, T-425-20, Iris a demandé à la Cour de rendre une ordonnance de *mandamus* obligeant le ministre à établir des cotisations pour les déclarations mensuelles de TPS d'Iris pour les périodes de septembre 2019 à février 2020. Cette demande est toujours en instance.

[6] In this application, on August 11, 2020, the Minister filed a motion to strike Iris' application for judicial review on the basis that it is plain and obvious that Iris could not obtain the relief that it seeks and that the judicial review application is an attempt to circumvent the comprehensive tax regime.

#### Prothonotary's Order

[7] The Prothonotary begins his analysis by referencing the test outlined by the Federal Court of Appeal in *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557 (*JP Morgan*), at paragraph 47 as follows:

The Court will strike a notice of application for judicial review only where there it is "so clearly improper as to be bereft of any possibility of success" [citations omitted]. There must be a "show stopper" or a "knockout punch" —an obvious, fatal flaw striking at the root of this Court's power to entertain the application: [citations omitted].

[8] The Prothonotary also cites *Ghazi v. Canada (National Revenue)*, 2019 FC 860, [2019] G.S.T.C. 44, at paragraph 10 which states:

This is a high threshold to meet and, as the Court on a motion to strike may not have all of the relevant facts or law before it, the application will only be struck out in the clearest of cases.

[9] The Prothonotary then considers the arguments raised by the Minister. The Minister argued that the application is in essence an attack on the validity of assessments by the Minister, and that the application was an attempt to circumvent the exclusive jurisdiction of the Tax Court of Canada. The Minister also argued that the declarations sought by Iris was brought to bolster some future potential tort claim. To this last point, the Prothonotary notes that the future tort claim "is speculative until such time as one is commenced".

[6] Dans le cadre de la présente demande, le 11 août 2020, le ministre a déposé une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire d'Iris au motif qu'il est manifeste et évident qu'Iris ne pourrait pas obtenir le redressement qu'elle demande et que la demande de contrôle judiciaire est une tentative de contourner le régime fiscal global.

#### L'ordonnance du protonotaire

[7] Le protonotaire commence son analyse en se reportant au critère énoncé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557 (*JP Morgan*), au paragraphe 47, qui est ainsi libellé :

La Cour n'accepte de radier un avis de demande de contrôle judiciaire que s'il est « manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli » [renvois omis]. Elle doit être en présence d'une demande d'une efficacité assez radicale, un vice fondamental et manifeste qui se classe parmi les moyens exceptionnels qui infirmeraient à la base sa capacité à instruire la demande : [renvois omis].

[8] Le protonotaire cite également la décision *Ghazi c. Canada (Revenu national)*, 2019 CF 860, au paragraphe 10 :

Il s'agit d'un seuil élevé à franchir et la demande ne sera radiée que dans les cas les plus clairs, étant donné que la Cour, dans le cadre d'une requête en radiation, ne dispose peut-être pas de l'ensemble des faits et du droit pertinents.

[9] Le protonotaire examine ensuite les arguments soulevés par le ministre. Le ministre a soutenu que la demande constitue essentiellement une contestation de la validité des cotisations établies par le ministre et qu'elle visait à contourner la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt. Le ministre a également fait valoir que les jugements déclaratoires demandés par Iris avaient pour but d'étayer une éventuelle réclamation en responsabilité délictuelle. À propos de ce dernier point, le protonotaire fait remarquer que la future réclamation en responsabilité délictuelle [TRADUCTION] « est hypothétique jusqu'à ce qu'elle soit présentée ».

[10] The Prothonotary notes that the allegations raised by Iris in its application against the Minister include claims relating to a lack of procedural fairness, a lack of an evidentiary foundation, and acting for an improper purpose, all of which engage administrative law principles. The Prothonotary references the following statement of the Federal Court of Appeal in *Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25, at paragraph 51 that “the Federal Court retains jurisdiction to consider the application of administrative law principles and obligations to the exercise of discretion by the Minister in the application of the ETA”.

[11] The Prothonotary determined that the decision in *Canada (National Revenue) v. Sifto Canada Corp.*, 2014 FCA 140, 68 Admin L.R. (5th) 215 [*Sifto*], was applicable and concluded “the conduct of the Minister as it relates to the issuance of the assessment, not the assessment itself, is the subject matter of the application. It cannot be said, as it was in *Sifto* by the FCA, that this application is bereft of any chance of success.”

[12] Prothonotary Aalto further concluded:

While the Minister’s position is that this application fails to seek a cognizable remedy, a careful and holistic review of the notice of application negates this proposition. As noted above, the contents of pleadings must be accepted as true unless they are incapable of proof. The notice of application seeks clearly identifiable administrative law remedies in the declarations sought. Further, the grounds outlined in support of the notice of application provide a factual matrix which, if proven, could result in remedies which can be ‘fact-specific remedies’ [see, *JP Morgan* at para 94].

#### Preliminary Matter

[13] On this motion, Iris sought to introduce an affidavit of Samer Bishay sworn to on April 18, 2021. This affidavit attaches documents recently disclosed by the Minister in response to a complaint filed by Iris with the

[10] Le protonotaire fait remarquer que les allégations soulevées par Iris dans sa demande contre le ministre comprennent des allégations relatives à un vice en matière d’équité procédurale, à une absence de fondement probatoire et à une action à objectif illégitime, lesquelles mettent toutes en cause des principes de droit administratif. Le protonotaire renvoie à la déclaration suivante formulée par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117, au paragraphe 51 : « la Cour fédérale reste compétente pour examiner l’application des principes et des obligations fondés sur le droit administratif à l’exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre dans l’application de la LTA ».

[11] Le protonotaire a jugé que l’arrêt *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140 [*Sifto*], trouvait application et a conclu que [TRADUCTION] « [l’]objet de la demande est la conduite du ministre dans l’établissement de la cotisation, et non la cotisation elle-même. Il n’est pas possible de dire, comme l’a fait la CAF dans l’arrêt *Sifto*, que la demande en l’espèce n’a aucune chance d’être accueillie. »

[12] Le protonotaire Aalto a également conclu ce qui suit :

[TRADUCTION] Bien que la position du ministre soit que la présente demande ne vise pas l’obtention d’une réparation en particulier, un examen minutieux et global de l’avis de demande va à l’encontre de cette position. Comme il a été mentionné précédemment, le contenu des actes de procédure doit être accepté comme étant vrai, sauf s’il est impossible d’n faire la preuve. L’avis de demande vise l’obtention de réparations relevant du droit administratif qui sont clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés. De plus, les motifs énoncés à l’appui de l’avis de demande fournissent une trame factuelle qui, si elle est prouvée, pourrait donner lieu à des recours qui peuvent être des « réparations adaptées aux faits » [voir *JP Morgan* au para 94].

#### La question préliminaire

[13] Relativement à la présente requête, Iris a cherché à produire un affidavit de Samer Bishay assermenté le 18 avril 2021. Cet affidavit contient des documents divulgués récemment par le ministre en réponse à une



Office of the Privacy Commissioner for failure of the Minister to comply with an *Access to Information Act* [R.S.C., 1985, c. A-1] request.

[14] I refused to allow this affidavit into evidence as it is well-established law that on a motion to strike pleadings no evidence is admissible (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at paragraph 22).

#### Analysis

##### *Standard of Review*

[15] The decision of the Prothonotary was an exercise of discretion pursuant to subsection 221(1) [of the Rules].

[16] The applicable standard of review is that “discretionary orders of prothonotaries should only be interfered with when such decisions are incorrect in law or are based on a palpable and overriding error in regard to the facts” (*Hospira*, at paragraph 64).

[17] The correctness standard is a non-deferential standard of review in which the Court can substitute its own opinion, discretion or decision for that of the Prothonotary (*Hospira*, at paragraph 68; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, at paragraph 58).

[18] A palpable and overriding error is an error that is both obvious and apparent, “the effect of which is to vitiating the integrity of the reasons” (*Maximova v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 230, at paragraph 5).

[19] In the notice of motion, the Minister argues that the Prothonotary erred in fact and law in:

- (a) failing to acknowledge that the essential nature of the application was an attack on the assessment

plainte déposée par Iris auprès du Commissariat à la protection de la vie privée pour défaut du ministre de se conformer à une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information* [L.R.C. (1985), ch. A-1] sont joints à l'affidavit.

[14] J'ai refusé d'admettre cet affidavit en preuve, car il est bien établi en droit qu'aucune preuve n'est admissible dans le contexte d'une requête en radiation d'actes de procédure (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, au paragraphe 22).

#### Analyse

##### *La norme de contrôle*

[15] Le protonotaire a rendu sa décision en vertu du pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 221(1) des Règles.

[16] Selon la norme de contrôle applicable, « les ordonnances discrétionnaires des protonotaires ne devraient être infirmées que lorsqu'elles sont erronées en droit, ou fondées sur une erreur manifeste et dominante quant aux faits » (*Hospira*, au paragraphe 64).

[17] La norme de la décision correcte est une norme de contrôle qui ne commande aucune déférence, c'est-à-dire que la Cour peut substituer sa propre opinion, son propre pouvoir discrétionnaire ou sa propre décision à celle du protonotaire (*Hospira*, au paragraphe 68; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344, au paragraphe 58).

[18] Une erreur manifeste et dominante est une erreur qui est à la fois évidente et apparente, « dont l'effet est de vicier l'intégrité des motifs » (*Maximova c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 230, au paragraphe 5).

[19] Dans l'avis de requête, le ministre soutient que le protonotaire a commis une erreur de fait et de droit :

- a) en omettant de reconnaître que la demande a pour nature essentielle la contestation de la cotisation;

- |  |   |
|--|---|
| (b) failing to properly consider adequate alternative remedies   | b) en omettant d'examiner, comme il le devait, la question des autres recours adéquats;   |
| (c) failing to find that the declarations sought by Iris are not available remedies in administrative law. | c) en ne concluant pas que les jugements déclaratoires sollicités par Iris ne sont pas des réparations permises en droit administratif. |

[20] I will address each of these grounds below.

[20] Je me pencherai sur chacun de ces motifs.

(a) Essential Nature of the Application

a) La nature essentielle de la demande

[21] The Minister argues that the Prothonotary erred in law, attracting a correctness review, by characterizing the essential nature of the application as a challenge to the conduct of the Minister in issuing the reassessments, and not a challenge to the reassessments themselves. The Minister characterizes the issue as the validity of the assessment, which is reviewable on the correctness standard.

[21] Le ministre soutient que le protonotaire a commis une erreur de droit, ce qui appelle à un contrôle selon la norme de la décision correcte, en caractérisant la nature essentielle de la demande comme une contestation de la conduite du ministre dans l'établissement des nouvelles cotisations, et non comme une contestation des nouvelles cotisations elles-mêmes. Selon le ministre, il s'agit d'une question de validité de la cotisation, laquelle peut faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[22] On this issue, the key findings of the Prothonotary are as follows [at paragraphs 29–31]:

[22] À cet égard, voici les principales conclusions du protonotaire [aux paragraphes 29 à 31] :

In my view, the Minister is arguing a distinction without a difference. The application by *Sifto* in this Court sought declarations that the penalty assessments were invalid and unenforceable [*Sifto* at para 13]. The Minister sought to strike the application on grounds similar to those argued here, that is that this Court had no jurisdiction and that it was all within the purview of the TCC. Both this Court and the FCA disagreed and determined that the matter was not so bereft of any chance of success that it should be struck. There is very little difference, apart from the facts, that differentiates *Sifto* from the principles applicable in this case.

[TRADUCTION]

À mon avis, le ministre établit une distinction sans différence. La demande présentée par *Sifto* devant la Cour visait à obtenir des jugements déclarant que les pénalités imposées étaient invalides et non exécutoires [*Sifto* au para 13]. Le ministre a cherché à radier la demande pour des motifs semblables à ceux invoqués en l'espèce, c'est-à-dire que la Cour n'avait pas compétence et que tout relevait de la compétence de la CCI. La Cour et la CAF n'étaient pas d'accord et ont conclu qu'il était impossible de dire que la demande n'avait aucune chance d'être accueillie au point où elle devrait être radiée. Il y a très peu d'éléments, mis à part les faits, qui distinguent *Sifto* des principes applicables en l'espèce.

Further, although the Minister argues strenuously that any declaration of wrongdoing by the Minister is a matter to be considered in the TCC appeal, the argument fails to acknowledge that Iris is alleging a failure of procedural fairness which engages administrative law principles. Finally, the Minister argues that the declarations sought are themselves for an improper purpose, are purely factual and serve no useful purpose. The declarations, so the

De plus, bien que le ministre soutienne vigoureusement que toute déclaration d'acte répréhensible par le ministre est une question qui doit être examinée dans le cadre de l'appel interjeté devant la CCI, cet argument ne reconnaît pas qu'Iris allègue l'existence d'un manquement à l'équité procédurale qui met en jeu des principes de droit administratif. Enfin, le ministre soutient que l'objectif des jugements déclaratoires est illégitime, qu'elles sont

Minister argues, are irrelevant to determining the correctness of the assessments and are sought only to enhance a possible future tort claim against the minister. I disagree. The future tort claim is speculative until such time as one is commenced. The conduct of the Minister as it relates to the issuance of the assessment, not the assessment itself, is the subject matter of the application. It cannot be said, as it was in *Siffo* by the FCA, that this application is bereft of any chance of success.

In coming to this conclusion, I have carefully considered all of the submissions of the parties. I would also note the minister in her written representations concedes that this Court retains “some” jurisdiction in tax matters. While the Minister’s position is that this application fails to seek a cognizable remedy, a careful and holistic review of the notice of application negates this proposition. As noted above, the contents of pleadings must be accepted as true unless they are incapable of proof. The notice of application seeks clearly identifiable administrative law remedies in the declarations sought. Further, the grounds outlined in support of the notice of application provide a factual matrix which, if proven, could result in remedies which can be “fact-specific remedies” [see, *JP Morgan* at para 94]. In all, in my view there is no “knock-out punch”.

[23] The Minister relies upon *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793, and *JP Morgan* to argue that the decisions which Iris seeks to review are not discretionary decisions but are assessments which are not subject to the exercise of any discretion by the Minister.

[24] I agree with the Minister that if the sole issue raised by Iris was the assessments, then the Tax Court is where this application should be addressed (*Canada (Attorney General) v. Webster*, 2003 FCA 388, [2004] 1 C.T.C. 168). However, the Prothonotary determined that the issues raised by the applicant and the relief sought go beyond tax assessments.

purement factuelles et qu’elles ne servent aucune fin utile. Par conséquent, le ministre soutient que les jugements déclaratoires ne sont d’aucune pertinence pour trancher le caractère correct des cotisations et qu’ils ne sont sollicités que pour bonifier une éventuelle réclamation en responsabilité délictuelle contre le ministre. Je ne souscris pas à cette affirmation. La réclamation en responsabilité délictuelle future est hypothétique jusqu’à ce qu’elle soit présentée. L’objet de la demande est la conduite du ministre dans l’établissement de la cotisation, et non la cotisation elle-même. Il n’est pas possible de dire, comme l’a fait la CAF dans l’affaire *Siffo*, que la demande en l’espèce n’a aucune chance d’être accueillie.

Pour en arriver à cette conclusion, j’ai examiné attentivement toutes les observations des parties. Je souligne également que le ministre reconnaît dans ses observations écrites que la Cour conserve [TRADUCTION] « une certaine » compétence en matière fiscale. Bien que la position du ministre soit que la présente demande ne vise pas l’obtention d’une réparation en particulier, un examen minutieux et global de l’avis de demande va à l’encontre de cette position. Comme il a été mentionné précédemment, le contenu des actes de procédure doit être accepté comme étant vrai, sauf s’il est impossible d’en faire la preuve. L’avis de demande vise l’obtention de réparations relevant du droit administratif qui sont clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés. De plus, les motifs énoncés à l’appui de l’avis de demande fournissent une trame factuelle qui, si elle est prouvée, pourrait donner lieu à des recours qui peuvent être des « réparations adaptées aux faits » [voir *JP Morgan* au para 94]. Dans l’ensemble, à mon avis, il n’y a pas de « vice manifeste ».

[23] Le ministre s’appuie sur les arrêts *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793, et *JP Morgan* pour faire valoir que les décisions dont Iris cherche à faire contrôler ne sont pas des décisions discrétionnaires, mais des cotisations qui ne sont pas assujetties à l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire par le ministre.

[24] Je conviens avec le ministre pour dire que si la seule question soulevée par Iris était celle des cotisations, cette demande aurait dû être présentée à la Cour canadienne de l’impôt (*Canada (Procureur général) c. Webster*, 2003 CAF 388). Toutefois, le proto-notaire a déterminé que les questions soulevées par le

[25] The Minister relies on *Walsh v. Canada (National Revenue)*, 2007 FCA 280, [2008] 1 C.T.C. 27, where the Federal Court of Appeal stated as follows at paragraph 9:

The relief sought in the second application for judicial review was a declaration that the reassessments are unlawful or improper in a number of respects. Justice Hugessen concluded that the only purpose of such a declaration would be to serve as the foundation for the substantial relief, which is to set aside the reassessments, a remedy that is outside the jurisdiction of the Federal Court. He said, at paragraph 5 of his reasons (2006 FC 56), that such relief would be “a meaningless exercise when divorced, as it must be, from the substantial question as to the validity of the assessment itself”. We agree with those conclusions, and with the decision of Justice Hugessen to strike the second application for want of jurisdiction.

[26] Notwithstanding the decision in *Walsh*, here the analysis done by the Prothonotary was based upon the unique factual circumstances of this application and determined that the relief sought by Iris goes beyond a challenge to the assessments by the Minister.

[27] In my view, the Minister takes too narrow a view of the issues raised in the application. The Minister acknowledged in oral submissions that a judicial review may be available with respect to an audit. However, the Minister contends that once the Minister makes an assessment, there can be no judicial review. I do not read the authorities as drawing such a definitive line. Furthermore, this proposition runs contrary to the statement of the Federal Court of Appeal in *Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25, at paragraph 51 which states in part, “the mere fact that the Minister has issued an assessment does not oust the Federal Court’s jurisdiction under section 18.1 or 18.2.”

[28] In *Johnson v. Canada*, 2015 FCA 51, [2015] G.S.T.C. 24 (*Johnson*), at paragraph 24, the Federal Court of Appeal refers to the fact that the applicant was

demandeur et la réparation demandée vont au-delà des cotisations fiscales.

[25] Le ministre s’appuie sur l’arrêt *Walsh c. Canada (Revenu national)*, 2007 CAF 280, dans lequel la Cour d’appel fédérale a déclaré ce qui suit au paragraphe 9 :

La réparation demandée dans [la] seconde demande de contrôle judiciaire était un jugement déclaratoire selon lequel l’établissement des nouvelles cotisations était illégal ou inapproprié d’un certain nombre de manières. Le juge Hugessen a conclu qu’un tel jugement déclaratoire n’aurait qu’une seule raison d’être : servir de fondement à la réparation principale, soit l’annulation des nouvelles cotisations, une réparation qui outrepassait la compétence de la Cour fédérale. Il a affirmé au paragraphe 5 de ses motifs (2006 CF 56), qu’une telle réparation « perdrait tout son sens si elle [était] dissociée, comme il se doit, de la question de fond que constitue la validité de la cotisation elle-même ». Nous souscrivons à ces conclusions ainsi qu’à la décision du juge Hugessen de radier la seconde demande pour défaut de compétence.

[26] Nonobstant l’arrêt *Walsh*, en l’espèce, l’analyse effectuée par le protonotaire était fondée sur les circonstances factuelles propres à la demande en l’espèce et le protonotaire y concluait que la réparation demandée par Iris va au-delà de la contestation des cotisations établies par le ministre.

[27] À mon avis, le ministre a une vision trop étroite des questions soulevées dans la demande. Dans ses observations orales, le ministre a reconnu qu’un contrôle judiciaire peut être fait à l’égard d’une vérification. Cependant, le ministre soutient qu’une fois qu’il a établi une cotisation, il ne peut y avoir de contrôle judiciaire. Je ne crois pas que la jurisprudence établisse une telle limite définitive. De plus, cette proposition va à l’encontre de l’énoncé suivant formulé par la Cour d’appel fédérale au paragraphe 51 de l’arrêt *Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117 : « le simple fait que le ministre ait établi une cotisation ne retire pas à la Cour fédérale sa compétence aux termes des articles 18.1 ou 18.2. »

[28] Dans l’arrêt *Johnson c. Canada*, 2015 CAF 51 (*Johnson*), au paragraphe 24, la Cour d’appel fédérale fait référence au fait que le demandeur contestait le

challenging the sufficiency of information relied upon by the Minister in support of tax assessments. The Court addresses the applicant's allegation that the Minister had an improper motive for the assessment (*Johnson*, at paragraph 27). At paragraph 29, the Court states:

Assuming without deciding that the Federal Court would have the jurisdiction to review the Minister's motivation or purpose for issuing an assessment and, if appropriate, issue a declaration that such assessment should not have been issued, this is not a case where I would find that such a declaration should have been issued. The Minister is responsible for enforcing the provisions of the Act, which include the collection of net taxes owing under the Act. The fulfilment of the Minister's statutory responsibilities under the Act cannot be an improper motive for the Minister to issue an assessment.

[29] Like *JP Morgan*, the Federal Court of Appeal in *Johnson* leaves open the possibility that the Federal Court has jurisdiction even in circumstances where an assessment is part of the factual matrix.

[30] On the issue of improper purpose, Iris points to *Ficek v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 502, 2013 D.T.C. 5104, at paragraph 18, where the Court states that "improper purpose goes to jurisdiction." Iris relies on *Main Rehabilitation Co. v. Canada*, 2004 FCA 403, 247 D.L.R. (4th) 597, at paragraph 6 which states, "it is also plain and obvious that the Tax Court does not have the jurisdiction to set aside an assessment on the basis of an abuse of process at common law or in breach of section 7 of the *Charter*."

[31] In his order, Prothonotary Aalto notes that "although the Minister argues strenuously that any declaration of wrongdoing by the Minister is a matter to be considered in the TCC appeal, the argument fails to acknowledge that Iris is alleging a failure of procedural fairness which engages administrative law principles."

[32] I do not agree with the Minister that this is a veiled attack on the correctness of the assessment. This

caractère suffisant des renseignements sur lesquels le ministre s'était fondé pour établir les cotisations. La Cour répond à l'allégation du demandeur selon laquelle les cotisations établies par le ministre étaient fondées sur un motif illégitime (*Johnson*, au paragraphe 27). Au paragraphe 29, la Cour déclare ce qui suit :

Même en supposant, sans trancher la question, que la Cour fédérale a compétence pour examiner les raisons pour lesquelles le ministre a établi une cotisation et, le cas échéant, déclarer que cette cotisation n'aurait pas dû être établie, il ne s'agit pas en l'espèce d'une affaire où j'aurais estimé indiqué de rendre un tel jugement déclaratoire. Le ministre est chargé de l'application des dispositions de la Loi, et notamment du recouvrement, en vertu de la Loi, de la taxe nette impayée. Le fait pour le ministre de s'acquitter des responsabilités que la Loi lui confère en établissant une cotisation ne peut être un motif illégitime.

[29] Dans l'arrêt *Johnson*, comme elle l'a fait dans l'arrêt *JP Morgan*, la Cour d'appel fédérale laisse planer la possibilité que la Cour fédérale ait compétence même dans des circonstances où une cotisation fait partie de la trame factuelle.

[30] Pour ce qui est de la question de l'objectif illégitime, Iris renvoie à la décision *Ficek c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 502, au paragraphe 18, où la Cour dit que « l'objectif illégitime renvoie à la compétence ». Iris s'appuie sur l'arrêt *Main Rehabilitation Co. c. Canada*, 2004 CAF 403, au paragraphe 6, selon lequel « il est également évident et manifeste que la Cour de l'impôt n'a pas compétence pour statuer qu'un avis de cotisation est nul parce qu'il constitue un abus de procédure reconnu en common law ou en violation de l'article 7 de la *Charte*. »

[31] Dans son ordonnance, le protonotaire Aalto fait remarquer que, [TRADUCTION] « bien que le ministre soutienne vigoureusement que toute déclaration d'acte répréhensible par le ministre est une question qui doit être examinée dans le cadre de l'appel interjeté devant la CCI, cet argument ne reconnaît pas qu'Iris allègue l'existence d'un manquement à l'équité procédurale qui met en jeu des principes de droit administratif ».

[32] Je ne suis pas d'accord avec le ministre pour dire qu'il s'agit d'une attaque voilée contre la justesse de

was considered by Prothonotary Aalto, who applied the relevant jurisprudence and concluded that this was not an attack on the assessment but on the procedural fairness of the assessment. Therefore, it is within the jurisdiction of the Federal Court.

(b) Alternative Remedies

[33] The respondent argues that the Prothonotary made an error of law in failing to properly address the Minister’s argument that adequate alternative remedies were available to Iris. The Minister argues that Iris has remedies available through an objection process, a Tax Court appeal or a tort claim. The Minister relies on *JP Morgan*, at paragraphs 84–85 to argue that this judicial review cannot be entertained by this Court where an adequate alternative remedy exists.

[34] The Minister also relies upon *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, to argue that “alternative remedies are available. In fact, they are superior to the remedy Iris seeks in its Application in that they offer the possibility of relief that actually benefits Iris.”

[35] Prothonotary Aalto specifically considered the administrative law remedies and the relief available in the Tax Court, but confirmed that the Federal Court retains some jurisdiction. Prothonotary Aalto also found that the Minister’s argument that a tort claim was available was speculative.

[36] The Minister’s complaint that Prothonotary Aalto did not “properly address” the adequate alternative remedies is a disagreement with the result. Prothonotary Aalto clearly engaged with the Minister’s argument regarding adequate alternative remedies. The Minister’s argument fails to acknowledge the allegations raised by

la cotisation. La question a été examinée par le protonotaire Aalto lorsque ce dernier a appliqué la jurisprudence pertinente et a conclu qu’il ne s’agissait pas d’une contestation de la cotisation, mais plutôt du respect de l’équité procédurale lors de l’établissement de la cotisation. Par conséquent, cela relève de la compétence de la Cour fédérale.

b) Les autres recours

[33] Le défendeur soutient que le protonotaire a commis une erreur de droit en n’abordant pas adéquatement l’argument du ministre selon lequel Iris avait accès à d’autres recours appropriés. Le ministre fait valoir qu’Iris dispose de recours, par l’intermédiaire d’un processus d’opposition, d’un appel devant la Cour de l’impôt ou d’une réclamation en responsabilité délictuelle. Le ministre s’appuie sur l’arrêt *JP Morgan*, aux paragraphes 84 et 85, pour faire valoir que la Cour ne peut instruire la demande de contrôle judiciaire s’il existe un autre recours adéquat.

[34] Le ministre s’appuie également sur l’arrêt *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, pour soutenir que [TRADUCTION] « d’autres recours existent. En fait, ces recours sont supérieurs à ceux dont Iris cherche à se prévaloir dans sa demande, en ce sens qu’ils offrent à Iris la possibilité d’obtenir une réparation qui lui profite réellement. »

[35] Le protonotaire Aalto a expressément tenu compte des recours en droit administratif et de la réparation que peut accorder la Cour canadienne de l’impôt, mais il a confirmé que la Cour fédérale conserve une certaine compétence. Le protonotaire Aalto a également conclu que l’argument du ministre, selon lequel une réclamation en responsabilité délictuelle était possible, était hypothétique.

[36] La plainte du ministre selon laquelle le protonotaire Aalto n’a pas [TRADUCTION] « abordé adéquatement » les autres recours appropriés constitue un désaccord avec le résultat. Le protonotaire Aalto a clairement abordé l’argument du ministre concernant les autres recours appropriés. L’argument du ministre ne



Iris. Specifically, as noted by Prothonotary Aalto “the argument fails to acknowledge that Iris is alleging a failure of procedural fairness which engages administrative law principles.”

[37] Furthermore, Prothonotary Aalto notes “I have carefully considered all of the submissions of the parties. I would also note the Minister in her written representations concedes that this Court retains ‘some’ jurisdiction in tax matters.”

[38] There is no merit to the Minister’s assertion that Prothonotary Aalto failed to “properly address” alternate remedies.

(c) Remedies in Administrative Law

[39] The Minister argues that the applicant is seeking a declaration pertaining solely to findings of fact. The Minister takes issue with the Prothonotary’s finding that the factual matrix which, if proven, could result in remedies. As noted by Prothonotary Aalto:

... while it is true that the Federal Court may not invalidate an assessment ... the Federal Court may grant a declaration based on administrative law principles that the Minister acted unreasonably ... Similarly, the Federal Court may on the same basis grant another of the remedies sought ... and if the application is not perfectly drafted at this stage, the Federal Court has ample scope for permitting amendments if required to ensure that the actual dispute is properly before the Court. (*Sifto* at para 25).

[40] The Minister argues that Iris is only seeking declaratory relief. Further, the Minister argues that there is no discretionary power on the part of the Minister in issuing an assessment, therefore the decision in *Sifto* is of no assistance to Iris.

[41] I disagree with these submissions as they fail to acknowledge that Iris claims that the Minister engaged in an abuse of process. As correctly noted by the Prothonotary, there is a distinction between the conduct of an assessment and the issuance of an assessment.

tient pas compte des allégations soulevées par Iris. Plus précisément, comme l’a souligné le protonotaire Aalto, [TRADUCTION] « l’argument ne reconnaît pas qu’Iris allègue l’existence d’un manquement à l’équité procédurale qui met en jeu des principes de droit administratif ».

[37] De plus, le protonotaire Aalto souligne : [TRADUCTION] « j’ai examiné attentivement toutes les observations des parties. Je souligne également que le ministre reconnaît dans ses observations écrites que la Cour conserve “une certaine” compétence en matière fiscale. »

[38] L’affirmation du ministre selon laquelle le protonotaire Aalto n’a pas [TRADUCTION] « abordé adéquatement » la question des autres recours n’est pas fondée.

c) Les recours en droit administratif

[39] Le ministre soutient que la demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire portant uniquement sur les conclusions de fait. Le ministre conteste la conclusion du protonotaire selon laquelle la trame factuelle, si elle est prouvée, pourrait donner lieu à des réparations. Comme l’a souligné le protonotaire Aalto :

[TRADUCTION] [...] s’il est vrai que la Cour fédérale ne peut invalider une cotisation [...] elle peut déclarer, sur le fondement des principes de droit administratif, que le ministre a agi de manière déraisonnable [...] De même, elle peut pour les mêmes raisons accorder une autre réparation demandée [...] si la demande n’est pas parfaitement rédigée au moment où elle en est saisie, la Cour fédérale jouit d’une grande latitude pour autoriser les modifications requises et s’assurer d’être saisie du véritable objet du différend. (*Sifto* au para 25).

[40] Le ministre soutient qu’Iris ne demande qu’une réparation sous forme de jugement déclaratoire. De plus, le ministre soutient que le ministre n’exerce pas un pouvoir discrétionnaire lorsqu’il établit une cotisation, de sorte que l’arrêt *Sifto* n’est d’aucune utilité pour Iris.

[41] Je ne souscris pas à ces observations, car elles ne tiennent pas compte du fait qu’Iris allègue que le ministre a commis un abus de procédure. Comme le protonotaire l’a souligné à juste titre, il y a une distinction

[42] On the issue of procedural fairness, the Minister seems to be arguing that these arguments cannot now be raised because the audit has been completed and an assessment has been issued. Again, I do not read any of the authorities as making such a definitive statement. Rather, it is clear from the jurisprudence that the Federal Court retains the ability to grant remedies if the Minister has breached procedural fairness. Furthermore, paragraph 69 of *JP Morgan* makes it clear that the Federal Court can review the Minister's actions.

[43] Prothonotary Aalto found that “the notice of application seeks clearly identifiable administrative law remedies in the declarations sought.”

[44] In my view, the Prothonotary's reliance on *Sifto* was reasonable, and the issues raised by the Minister are better suited for the hearing of the application.

[45] The threshold to strike a notice of application is a high one. It is not “plain and obvious” that this application has no chance of success.

#### Conclusion

[46] Overall, the Prothonotary identified and applied the applicable law and the Minister has not established any error. Accordingly, this motion is dismissed.

[47] In post-hearing submissions the parties agreed on the quantum of costs payable to the successful party. Accordingly, the applicant, Iris, is entitled to costs in the all inclusive amount of \$3 000.

à faire entre la réalisation d'une cotisation et l'établissement d'une cotisation.

[42] Sur la question de l'équité procédurale, le ministre semble faire valoir que ces arguments ne peuvent être invoqués à ce stade-ci, parce que la vérification est terminée et qu'une cotisation a été établie. Encore une fois, je ne suis pas d'avis que la jurisprudence est si catégorique à cet égard. Il ressort plutôt clairement de la jurisprudence que la Cour fédérale conserve le pouvoir d'accorder des réparations si le ministre a contrevenu à l'équité procédurale. De plus, il est expressément précisé, au paragraphe 69 de l'arrêt *JP Morgan*, que la Cour fédérale peut procéder au contrôle judiciaire des actions du ministre.

[43] Le protonotaire Aalto a conclu que [TRADUCTION] « [l']avis de demande vise l'obtention de réparations relevant du droit administratif qui sont clairement identifiables dans les jugements déclaratoires demandés ».

[44] À mon avis, il était raisonnable pour le protonotaire de s'appuyer sur l'arrêt *Sifto*, et les questions soulevées par le ministre se prêtent davantage à un examen dans le contexte de l'audition de la demande.

[45] Le critère pour radier une demande est très strict. Il n'est pas « évident et manifeste » que la présente demande n'a aucune chance d'être accueillie.

#### Conclusion

[46] Dans l'ensemble, le protonotaire a cerné et appliqué les règles de droit applicables, et le ministre n'a établi l'existence d'aucune erreur. Par conséquent, la présente requête est rejetée.

[47] Dans les observations présentées après l'audience, les parties se sont entendues sur le montant des dépens payables à la partie qui a gain de cause. Par conséquent, la demanderesse, Iris, a droit à des dépens au montant global de 3 000 \$.

ORDER IN T-768-20

THIS COURT ORDERS that:

1. The motion by the Minister of National Revenue is dismissed.
2. Iris Technologies Inc. is entitled to costs in the all-inclusive amount of \$3 000.
3. The Minister shall have 20 days from the date of this order to comply with rule 317.

ORDONNANCE dans le dossier T-768-20

LA COUR ORDONNE :

1. La requête du ministre du Revenu national est rejetée.
2. Des dépens d'un montant global de 3 000 \$ sont adjugés à Iris Technologies Inc.
3. Le ministre dispose de 20 jours à compter de la date de la présente ordonnance pour se conformer à la règle 317 des Règles.

A-175-21  
2022 FCA 101

A-175-21  
2022 CAF 101

**Attorney General of Canada** (*Appellant*)

**Le procureur général du Canada** (*appelant*)

v.

c.

**Iris Technologies Inc.** (*Respondent*)

**Iris Technologies Inc.** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. IRIS TECHNOLOGIES INC.**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. IRIS TECHNOLOGIES INC.**

Federal Court of Appeal, Stratas, Rennie and Laskin JJ.A.—Toronto, June 2, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Rennie et Laskin, J.C.A.—Toronto, 2 juin 2022.

*Customs and Excise — Excise Tax Act — Appeal from Federal Court decision upholding prothonotary's decision dismissing appellant's motion to strike respondent's application for judicial review relating to auditing, assessment of respondent by Minister of National Revenue under Excise Tax Act — In notice of application, respondent seeking three declarations: it was denied procedural fairness in audit, assessment process, there was no evidentiary foundation upon which assessment could be issued under Act, assessments were issued for improper purpose of depriving Federal Court of jurisdiction to hear administrative law grievances raised by respondent in related application — Appellant submitted in particular that Federal Court failed to recognize that true essence of respondent's application for judicial review was attack on validity of assessments, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Whether respondent's application for judicial review had to be struck out — When grounds of review cited in application were situated in context of legislative mandate of Minister under Act, respective jurisdictions of Tax Court, Federal Court, notice of application was, in essence, collateral challenge to validity of assessments issued under Act, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Declarations respondent sought here were of no practical effect — They were purely academic — Application was bereft of any possibility of success — Therefore, Federal Court's order set aside; respondent's application for judicial review struck out — Appeal allowed.*

*Douanes et Accise — Loi sur la taxe d'accise — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale, qui a maintenu la décision d'un protonotaire rejetant la requête de l'appellant visant à radier la demande de contrôle judiciaire de l'intimée se rapportant à la vérification et à la cotisation dont elle a fait l'objet par le ministre du Revenu national au titre de la Loi sur la taxe d'accise — Dans son avis de demande, l'intimée a sollicité trois jugements déclaratoires portant qu'elle avait été privée de son droit à l'équité procédurale, lors du processus de vérification et de cotisation, qu'aucun élément de preuve ne permettait d'établir une cotisation au titre de la Loi et que les cotisations ont été établies dans le but illégitime de priver la Cour fédérale de sa compétence d'entendre les griefs en matière de droit administratif soulevés par l'intimée dans une demande connexe — L'appellant a fait valoir plus particulièrement que la Cour fédérale n'a pas tenu compte du fait que la demande de contrôle judiciaire de l'intimée était en réalité une contestation de la validité des cotisations, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt — Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire de l'intimée devait être radiée — Lorsque les motifs de contrôle invoqués dans la demande étaient situés dans le contexte du mandat législatif que la Loi confère au ministre et dans les compétences respectives de la Cour de l'impôt et de la Cour fédérale, l'avis de demande était, dans les faits, une contestation indirecte de la validité des cotisations établies au titre de la Loi, ce qui est une question relevant de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt — En l'espèce, les jugements déclaratoires sollicités par l'intimée n'avaient pas d'effet concret — Ils étaient purement théoriques — La demande n'avait aucune chance d'être accueillie — Par conséquent, l'ordonnance de la Cour fédérale a été annulée et la demande de contrôle judiciaire de l'intimée a été radiée — Appel accueilli.*

*Practice — Pleadings — Motion to Strike — Federal Court upholding prothonotary’s decision dismissing appellant’s motion to strike respondent’s application for judicial review relating to auditing, assessment of respondent by Minister of National Revenue under Excise Tax Act — Appellant submitted in particular that Federal Court failed to recognize that true essence of respondent’s application for judicial review was attack on validity of assessments, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Whether respondent’s application for judicial review had to be struck out — When grounds of review cited in application were situated in context of legislative mandate of Minister under Act, respective jurisdictions of Tax Court, Federal Court, notice of application was, in essence, collateral challenge to validity of assessments issued under Act, matter within exclusive jurisdiction of Tax Court of Canada — Declarations respondent sought here were of no practical effect — They were purely academic — Application was bereft of any possibility of success — Therefore, Federal Court’s order set aside; respondent’s application for judicial review struck out.*

This was an appeal from a Federal Court decision upholding a prothonotary’s decision dismissing the appellant’s motion to strike the respondent’s application for judicial review relating to its auditing and assessment by the Minister of National Revenue under the *Excise Tax Act* (Act). In its notice of application, the respondent was seeking three declarations: it was denied procedural fairness in the audit and assessment process, there was no evidentiary foundation upon which an assessment could be issued under the Act, and the assessments were issued for the improper purpose of depriving the Federal Court of jurisdiction to hear administrative law grievances raised by the respondent in a related application. The appellant submitted that the Federal Court failed to recognize that the true essence of the respondent’s application for judicial review was an attack on the validity of the assessments, a matter within the exclusive jurisdiction of the Tax Court of Canada. Further, the appellant stated that the judge failed to recognize that the Minister had no discretion with respect to assessments of net tax under the Act. The appellant also argued that the declarations of fact sought in the application were not cognizable administrative law remedies. The respondent submitted that the Federal Court Judge did not err in finding that the essence of the application was not a collateral attack on the assessments. It asserted that it was advancing cognizable administrative law claims within the jurisdiction of the Federal Court. It pointed to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, and rule 64 of the *Federal Courts Rules*, which grant the Federal Court a broad power to supervise the exercise of ministerial discretion and to grant declaratory relief.

*Pratique — Actes de procédure — Requête en radiation — La Cour fédérale a maintenu la décision d’un protonotaire de rejeter la requête de l’appelant visant à radier la demande de contrôle judiciaire de l’intimée se rapportant à la vérification et à la cotisation dont elle a fait l’objet par le ministre du Revenu national au titre de la Loi sur la taxe d’accise — L’appelant a fait valoir plus particulièrement que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du fait que la demande de contrôle judiciaire de l’intimée était en réalité une contestation de la validité des cotisations, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt — Il s’agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire de l’intimée devait être radiée — Lorsque les motifs de contrôle invoqués dans la demande étaient situés dans le contexte du mandat législatif que la Loi confère au ministre et dans les compétences respectives de la Cour de l’impôt et de la Cour fédérale, l’avis de demande était, dans les faits, une contestation indirecte de la validité des cotisations établies au titre de la Loi, ce qui est une question relevant de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt — En l’espèce, les jugements déclaratoires sollicités par l’intimée n’avaient pas d’effet concret — Ils étaient purement théoriques — La demande n’avait aucune chance d’être accueillie — Par conséquent, l’ordonnance de la Cour fédérale a été annulée et la demande de contrôle judiciaire de l’intimée a été radiée.*

Il s’agissait d’un appel à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale, qui a maintenu la décision d’un protonotaire rejetant la requête de l’appelant visant à radier la demande de contrôle judiciaire de l’intimée se rapportant à la vérification et à la cotisation dont elle a fait l’objet par le ministre du Revenu national au titre de la *Loi sur la taxe d’accise* (Loi). Dans son avis de demande, l’intimée a sollicité trois jugements déclaratoires portant qu’elle avait été privée de son droit à l’équité procédurale, lors du processus de vérification et de cotisation, qu’aucun élément de preuve ne permettait d’établir une cotisation au titre de la Loi et que les cotisations ont été établies dans le but illégitime de priver la Cour fédérale de sa compétence d’entendre les griefs en matière de droit administratif soulevés par l’intimée dans une demande connexe. L’appelant a fait valoir que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du fait que la demande de contrôle judiciaire de l’intimée était en réalité une contestation de la validité des cotisations, ce qui relève de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l’impôt. L’appelant a ajouté que le juge n’a pas tenu compte du fait que le ministre n’avait aucun pouvoir discrétionnaire quant aux cotisations concernant la taxe nette au titre de la Loi. Il a affirmé également que les jugements déclaratoires sollicités dans la demande ne constituaient pas des recours recevables en matière de droit administratif. L’intimée a soutenu que le juge de la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que la véritable nature de la demande n’était pas une contestation indirecte des cotisations. Elle a fait valoir qu’elle formulait des allégations recevables en matière de droit administratif relevant de la compétence de la Cour fédérale. Elle a invoqué les

The issue was whether the respondent's application for judicial review had to be struck out.

*Held*, the appeal should be allowed.

When the grounds of review cited in the application were situated in the context of the legislative mandate of the Minister under the Act and the respective jurisdictions of the Tax Court and the Federal Court, the notice of application was, in essence, a collateral challenge to the validity of the assessments issued under the Act, a matter within the exclusive jurisdiction of the Tax Court of Canada.

Respecting the alleged breaches of procedural fairness by the Minister in the audit and assessment process, procedural defects committed by the Minister in making the assessment are not, themselves, grounds for setting aside the assessment. To the extent the Minister ignored, disregarded, suppressed or misapprehended evidence, an appeal under the General Procedure in the Tax Court is an adequate, curative remedy. As to the allegation that the Minister departed from Canada Revenue Agency policy, while departures from prior policy may give rise to legitimate expectations arguments, they cannot make a decision to assess or the assessment itself invalid. The Minister is bound to apply the Act irrespective of policy considerations. As to the evidentiary foundation of the assessments, whether the assessment made by the Minister is sustained by the evidence is a question precisely within the legislative mandate of the Tax Court of Canada. As to the allegation that the assessments were made for the improper purpose of defeating the respondent's pursuit of administrative law remedies against the assessments in the Federal Court, the mere fact that the Minister has issued an assessment does not oust the jurisdiction of the Federal Court. Where the Tax Court does not have jurisdiction to deal with the Minister's conduct or where the true purpose of the application is to seek practical relief against the exercise of a discretion, the bar in section 18.5 of the *Federal Courts Act* does not apply. Here, however, the respondent did not point to any particular motive or conduct of the Minister. Its complaint appeared to be directed to section 18.5 of the *Federal Courts Act* and the statutory scheme itself and not with any particular conduct on the part of the Minister. Furthermore, declaratory relief must determine the rights of the parties. A court should not grant declarations of fact. While determining the rights of the parties may entail findings of fact, courts do not have jurisdiction to simply declare facts, detached from the rights of the parties. There is no utility in trying to parse or separate the motivation behind a

articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que la règle 64 des *Règles des Cours fédérales*, qui confèrent à la Cour fédérale un vaste pouvoir pour superviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel et pour rendre un jugement déclaratoire.

Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire de l'intimée devait être radiée.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Lorsque les motifs de contrôle invoqués dans la demande étaient situés dans le contexte du mandat législatif que la Loi confère au ministre et dans les compétences respectives de la Cour de l'impôt et de la Cour fédérale, l'avis de demande était, dans les faits, une contestation indirecte de la validité des cotisations établies au titre de la Loi, ce qui est une question relevant de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt.

En ce qui concerne l'allégation de manquements à l'équité procédurale par le ministre lors du processus de vérification et de cotisation, les vices de procédure commis par le ministre dans l'établissement de la cotisation ne constituent pas, en eux-mêmes, un motif permettant de frapper de nullité la cotisation. Dans la mesure où le ministre a ignoré un élément de preuve, en a fait abstraction, l'a écarté ou l'a mal interprété, un appel interjeté sous le régime de la procédure générale de la Cour de l'impôt est un recours approprié et curatif. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle le ministre a dérogé à la politique de l'Agence du revenu du Canada, les dérogations à la politique antérieure peuvent donner ouverture à des arguments quant aux attentes légitimes, mais elles ne peuvent invalider une décision d'établir une cotisation, ni la cotisation en tant que telle. Le ministre est tenu d'appliquer la Loi, quelles que soient les considérations relatives à la politique. En ce qui concerne le fondement probatoire des cotisations, le fait que la cotisation établie par le ministre s'appuie ou non sur des éléments de preuve est une question qui relève précisément du mandat législatif de la Cour canadienne de l'impôt. En ce qui concerne l'allégation selon laquelle les cotisations ont été établies dans le but illégitime de rendre nulle l'utilisation par l'intimée, devant la Cour fédérale, des recours en droit administratif à l'encontre des cotisations, le simple fait que le ministre ait établi une cotisation n'écarte pas la compétence de la Cour fédérale. L'interdiction prévue à l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne s'applique pas lorsque la Cour de l'impôt n'a pas compétence pour statuer sur la conduite du ministre ou lorsque le véritable but de la demande est de solliciter une mesure de réparation concrète à l'encontre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, dans la présente affaire, l'intimée n'a pas avancé de motif particulier ou de conduite précise du ministre. Sa plainte semblait viser l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* et le régime législatif en tant que tel, et non pas une conduite précise du ministre. De plus, une mesure de



decision to assess from the correctness of the assessment itself. The Minister is responsible for enforcing the provisions of the Act and the fulfillment of that statutory responsibility cannot be an improper motive for the Minister to issue an assessment. Further, assessments are deemed to be valid and binding unless vacated by the Tax Court. A declaration is a prerogative remedy and hence discretionary. One consideration in the exercise of that discretion is whether the declaration will have any real or practical effect. Here, even assuming the Federal Court had jurisdiction to review the purpose behind the decision to assess, a declaration should not issue. The assessment remained valid and binding until vacated by the Tax Court.

The declarations sought here were of no practical effect—they were purely academic. Thus, the application was bereft of any possibility of success. Therefore, the Federal Court’s order was set aside and the respondent’s application for judicial review was struck out.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 64, 76, 303, 351.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.  
*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 12.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557.

##### CONSIDERED:

*Canada (National Revenue) v. Sifto Canada Corp.*, 2014 FCA 140, [2014] 5 C.T.C. 26.

redressement déclaratoire doit définir les droits des parties. Un tribunal n’est pas censé rendre de déclarations factuelles. Bien que la détermination des droits des parties puisse donner lieu à des conclusions de fait, les tribunaux n’ont pas compétence pour simplement déclarer des faits, indépendamment des droits des parties. Il ne sert à rien d’essayer d’analyser la raison sous-tendant une décision d’établir une cotisation ou de distinguer cette raison du bien-fondé de la cotisation en tant que telle. Le ministre est tenu de faire appliquer les dispositions de la Loi et l’exécution de cette responsabilité prévue par la loi ne saurait constituer un motif illégitime du ministre d’établir une cotisation. Par ailleurs, les cotisations sont réputées valides et exécutoires tant qu’elles ne sont pas annulées par la Cour de l’impôt. Un jugement déclaratoire est un recours extraordinaire et donc discrétionnaire. Un aspect à prendre en compte dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire est la question de savoir si le jugement déclaratoire aura un effet concret. En l’espèce, même en partant du principe que la Cour fédérale a compétence pour examiner l’intention sous-tendant la décision d’établir une cotisation, aucun jugement déclaratoire ne devrait être rendu. La cotisation est restée valide et exécutoire tant qu’elle ne serait pas annulée par la Cour de l’impôt.

En l’espèce, les jugements déclaratoires n’avaient pas d’effet concret—they étaient purement théoriques. De ce fait, la demande n’avait aucune chance d’être accueillie. Par conséquent, l’ordonnance de la Cour fédérale a été annulée et la demande de contrôle judiciaire de l’intimée a été radiée.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.  
*Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 12.  
*Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 64, 76, 303, 351.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557.

##### DÉCISION EXAMINÉE :

*Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140.

## REFERRED TO:

*Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793; *McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4, [2021] F.C.J. No. 37 (QL); *744185 Ontario Inc. v. Canada*, 2020 FCA 1, 441 D.L.R. (4th) 564; *Canada v. Dow Chemical ULC*, 2022 FCA 70, [2022] 5 C.T.C. 1; *West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2020 BCCA 138, 37 B.C.L.R. (6th) 232; *S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99; *1472292 Ontario Inc. (Rosen Express) v. Northbridge General Insurance Company*, 2019 ONCA 753, 96 C.C.L.I. (5th) 1; *Canada v. Roitman*, 2006 FCA 266, 60 D.T.C. 6514; *Johnson v. Canada*, 2015 FCA 51, 469 N.R. 326; *Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2021 FC 597, [2022] 1 F.C.R. 383) upholding an order (T-768-20, Aalto P., order dated January 21, 2021 (F.C.)) dismissing the appellant's motion to strike the respondent's application for judicial review relating to the respondent's auditing and assessment by the Minister of National Revenue under the *Excise Tax Act*. Appeal allowed.

## APPEARANCES

*Elizabeth Chasson, Andrea Jackett, Katie Beahen, Christopher Ware and Natanz Bergeron* for appellant.  
*Leigh Somerville Taylor* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Leigh Somerville Taylor Professional Corporation*, Toronto, for respondent.

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

[1] RENNIE J.A.: Iris Technologies Inc. was audited and assessed by the Minister of National Revenue under the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (ETA). In response, Iris filed a notice of application in the Federal

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793; *McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4, [2021] A.C.F. n° 37 (QL); *744185 Ontario Inc. c. Canada*, 2020 CAF 1; *Canada c. Dow Chemical Canada ULC*, 2022 CAF 70; *West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2020 BCCA 138, 37 B.C.L.R. (6th) 232; *S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99; *1472292 Ontario Inc. (Rosen Express) v. Northbridge General Insurance Company*, 2019 ONCA 753, 96 C.C.L.I. (5th) 1; *Canada c. Roitman*, 2006 CAF 266; *Johnson c. Canada*, 2015 CAF 51; *Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2021 CF 597, [2022] 1 R.C.F. 383), qui a maintenu une ordonnance (T-768-20, ordonnance du protonotaire Aalto datée du 21 janvier 2021 (C.F.)) rejetant la requête de l'appelant visant à radier la demande de contrôle judiciaire de l'intimée se rapportant à la vérification et à la cotisation dont elle a fait l'objet par le ministre du Revenu national au titre de la *Loi sur la taxe d'accise*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*Elizabeth Chasson, Andrea Jackett, Katie Beahen, Christopher Ware et Natanz Bergeron* pour l'appelant.  
*Leigh Somerville Taylor* pour l'intimée.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Leigh Somerville Taylor Professional Corporation*, Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE RENNIE, J.C.A. : Iris Technologies Inc. a fait l'objet d'une vérification et d'une cotisation par le ministre du Revenu national au titre de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la LTA). En réponse,

Court seeking three declarations: it was denied procedural fairness in the audit and assessment process, there was no evidentiary foundation upon which an assessment could be issued under the ETA, and the assessments were issued for the improper purpose of depriving the Federal Court of jurisdiction to hear administrative law grievances raised by Iris in a related application. The Attorney General moved to strike out the application. The Prothonotary dismissed the Attorney General's motion, a decision which was sustained on appeal to the Federal Court (2021 FC 597, [2022] 1 F.C.R. 383 *per* McDonald J.). The Attorney General now appeals to this Court.

[2] An application for judicial review will be struck out when it is bereft of any possibility of success (*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2013 FCA 250, [2014] 2 F.C.R. 557 (*JP Morgan*), at paragraphs 47 and 91). In applying this standard, a court is to read the application holistically and realistically with a view to determining the real essence of the application (at paragraph 49).

[3] Cloaking grievances in administrative law language and remedies does not necessarily make them such. A court must look beyond the words used. This is particularly so in the context of challenges to assessments under the ETA or *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, where Parliament has established a specialized court and system for tax appeals, and has expressly excluded the judicial review jurisdiction of the Federal Court where an appeal lies from an assessment (*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, section 12; *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, subsection 18(5); *Canada v. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 SCC 33, [2007] 2 S.C.R. 793); *JP Morgan*, above.

[4] The Attorney General submits that the judge failed to recognize that the true essence of Iris' application for judicial review was an attack on the validity of the assessments, a matter within the exclusive jurisdiction of

Iris a déposé un avis de demande auprès de la Cour fédérale, sollicitant trois jugements déclaratoires portant qu'Iris avait été privée de son droit à l'équité procédurale, lors du processus de vérification et de cotisation, qu'aucun élément de preuve ne permettait d'établir une cotisation au titre de la LTA et que les cotisations ont été établies dans le but illégitime de priver la Cour fédérale de sa compétence d'entendre les griefs en matière de droit administratif soulevés par Iris dans une demande connexe. Le procureur général a demandé la radiation de la demande. Le protonotaire a rejeté la requête du procureur général et cette décision a été maintenue en appel devant la Cour fédérale (2021 CF 597, [2022] 1 R.C.F. 383, la juge McDonald). Le procureur général interjette maintenant appel devant notre Cour.

[2] Une demande de contrôle judiciaire sera radiée si elle n'a aucune chance d'être accueillie (*JP Morgan Asset Management (Canada) Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2013 CAF 250, [2014] 2 R.C.F. 557 (arrêt *JP Morgan*), aux paragraphes 47 et 91). En appliquant cette norme, le tribunal doit lire la demande selon une approche globale et réaliste de manière à saisir la véritable nature de la demande (au paragraphe 49).

[3] Formuler des griefs en utilisant des termes de droit administratif et en demandant des remèdes propres à ce domaine du droit n'en font pas pour autant des griefs en droit administratif. Le tribunal doit aller au-delà des mots employés. Ceci est particulièrement vrai lors de la contestation de cotisations au titre de la LTA ou de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, où le législateur a établi une cour de justice et un système spécialisés pour les appels en matière fiscale et a expressément exclu la compétence de contrôle judiciaire de la Cour fédérale lorsqu'une cotisation fait l'objet d'un appel (*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, article 12; *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, paragraphe 18(5); *Canada c. Addison & Leyen Ltd.*, 2007 CSC 33, [2007] 2 R.C.S. 793); arrêt *JP Morgan*, précité.

[4] Le procureur général fait valoir que le juge n'a pas tenu compte du fait que la demande de contrôle judiciaire d'Iris était en réalité une contestation de la validité des cotisations, ce qui relève de la compétence exclusive

the Tax Court of Canada. Further, the Attorney General says that the judge failed to recognize that the Minister had no discretion with respect to assessments of net tax under the Act. The Attorney General also argues that the declarations of fact sought in the application are not cognizable administrative law remedies.

[5] Iris submits that the judge did not err in finding that the essence of the application was not a collateral attack on the assessments. Iris asserts that it is advancing cognizable administrative law claims within the jurisdiction of the Federal Court. It points to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, and rule 64 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, which grant the Federal Court a broad power to supervise the exercise of ministerial discretion and to grant declaratory relief.

[6] The answer to the question as to the essential character of an application is a question of law, reviewable on a correctness standard (*McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4, [2021] F.C.J. No. 37 (QL), at paragraph 65; *744185 Ontario Inc. v. Canada*, 2020 FCA 1, 441 D.L.R. (4th) 564, at paragraph 49). When the grounds of review cited in this application are situated in the context of the legislative mandate of the Minister under the ETA and the respective jurisdictions of the Tax Court and the Federal Court, we conclude that the notice of application is, in essence, a collateral challenge to the validity of the assessments issued under the ETA, a matter within the exclusive jurisdiction of the Tax Court of Canada. The application also seeks declarations that are of no practical effect. As such, the application is bereft of any possibility of success. We would therefore allow the appeal, set aside the order of the Federal Court, grant the motion and strike out the application.

[7] I turn to the specific declarations requested in the notice of application.

[8] Iris seeks a declaration that the Minister breached procedural fairness in the audit and assessment process

de la Cour canadienne de l'impôt. Il ajoute que le juge n'a pas tenu compte du fait que le ministre n'avait aucun pouvoir discrétionnaire quant aux cotisations concernant la taxe nette au titre de la Loi. Le procureur général affirme également que les jugements déclaratoires sollicités dans la demande ne constituent pas des recours recevables en matière de droit administratif.

[5] Iris soutient que le juge n'a pas commis d'erreur en concluant que la véritable nature de la demande n'était pas une contestation indirecte des cotisations. Elle fait valoir qu'elle formule des allégations recevables en matière de droit administratif relevant de la compétence de la Cour fédérale. Elle invoque les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que la règle 64 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, qui confèrent à la Cour fédérale un vaste pouvoir pour superviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel et pour rendre un jugement déclaratoire.

[6] La réponse à la question concernant le caractère essentiel d'une demande est une question de droit susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte (*McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4, [2021] A.C.F. n° 37 (QL), au paragraphe 65; *744185 Ontario Inc. c. Canada*, 2020 CAF 1, au paragraphe 49. Lorsque les motifs de contrôle invoqués dans la présente demande se situent dans le contexte du mandat législatif que la LTA confère au ministre et dans les compétences respectives de la Cour canadienne de l'impôt et de la Cour fédérale, nous concluons que l'avis de demande est, dans les faits, une contestation indirecte de la validité des cotisations établies au titre de la LTA, ce qui est une question relevant de la compétence exclusive de la Cour canadienne de l'impôt. Dans sa demande, Iris sollicite également des jugements qui n'ont pas d'effet concret. De ce fait, la demande n'a aucune chance d'être accueillie. Par conséquent, nous accueillerions l'appel, annulerions l'ordonnance de la Cour fédérale, accueillerions la requête et radierions la demande.

[7] Je me pencherai maintenant sur les jugements précis sollicités dans l'avis de demande.

[8] Iris sollicite un jugement déclaratoire portant que le ministre a manqué à l'équité procédurale au cours du

and in not following prior policy with respect to the administration of the ETA.

[9] The question whether judicial review remedies are available for breaches of procedural fairness by the Minister in the audit and assessment process was addressed by our Court at paragraph 82 of *JP Morgan*, which merits reiteration:

.... Procedural defects committed by the Minister in making the assessment are not, themselves, grounds for setting aside the assessment.... To the extent the Minister ignored, disregarded, suppressed or misapprehended evidence, an appeal under the General Procedure in the Tax Court is an adequate, curative remedy. In the Tax Court appeal, the parties will have the opportunity to discover and present documentary and oral evidence, and make submissions. Procedural rights available later can cure earlier procedural defects .... [Citations omitted.]

[10] As a component of its procedural fairness argument, Iris asserts that in conducting the audit and assessment the Minister departed from Canada Revenue Agency policy. Departures from prior policy may give rise to legitimate expectations arguments, but they cannot make a decision to assess or the assessment itself, invalid. The Minister is bound to apply the ETA irrespective of policy considerations.

[11] The reasoning in *JP Morgan* is equally dispositive of the second declaration requested—that the assessments were made without an evidentiary foundation. Whether the assessment made by the Minister is sustained by the evidence is a question precisely within the legislative mandate of the Tax Court of Canada.

[12] The third ground of the application is the allegation that the assessments were made for the improper

processus de vérification et de cotisation et qu'il n'a pas suivi la politique antérieure à l'égard de l'administration de la LTA.

[9] Notre Cour, au paragraphe 82 de l'arrêt *JP Morgan*, a traité la question de la disponibilité des recours en contrôle judiciaire pour manquement à l'équité procédurale par le ministre lors du processus de vérification et de cotisation. Nous jugeons qu'il est pertinent de reproduire cette citation :

[...] Les vices de procédure commis par le ministre dans l'établissement de la cotisation ne constituent pas, en eux-mêmes, un motif permettant de frapper de nullité la cotisation [...] Dans la mesure où le ministre a ignoré un élément de preuve, en a fait abstraction, l'a écarté ou l'a mal interprété, un appel interjeté sous le régime de la procédure générale de la Cour canadienne de l'impôt est un recours approprié et curatif. En appel devant cette Cour, les parties auront la possibilité d'interroger au préalable, d'obtenir la communication de documents, de présenter des preuves documentaires, d'appeler des témoins et de faire des observations. La jouissance ultérieure de droits procéduraux peut remédier à des vices de procédure antérieurs [...] [Renvois omis.]

[10] À l'appui de son argument concernant l'équité procédurale, Iris fait valoir que le ministre a dérogé à la politique de l'Agence du revenu du Canada lors de la vérification et de l'établissement de la cotisation. Les dérogations à la politique antérieure peuvent donner ouverture à des arguments quant aux attentes légitimes, mais elles ne peuvent invalider une décision d'établir une cotisation, ni la cotisation en tant que telle. Le ministre est tenu d'appliquer la LTA, quelles que soient les considérations relatives à la politique.

[11] Le raisonnement formulé dans l'arrêt *JP Morgan* permet également de statuer sur le deuxième jugement déclaratoire sollicité, à savoir le fait que les cotisations ont été établies sans éléments de preuve. Le fait que la cotisation établie par le ministre s'appuie ou non sur des éléments de preuve est une question qui relève précisément du mandat législatif de la Cour canadienne de l'impôt.

[12] Le troisième motif de la demande est l'allégation selon laquelle les cotisations ont été établies dans le but

purpose of defeating Iris' pursuit of administrative law remedies against the assessments in the Federal Court.

[13] The mere fact that the Minister has issued an assessment does not oust the jurisdiction of the Federal Court. Where the Tax Court does not have jurisdiction to deal with the Minister's conduct or where the true purpose of the application is to seek practical relief against the exercise of a discretion, the bar in section 18.5 does not apply. That was the situation in *Canada (National Revenue) v. Sifto Canada Corp.*, 2014 FCA 140, [2014] 5 C.T.C. 26, where a judicial review was allowed in respect of penalties issued in a reassessment: see also *Canada v. Dow Chemical ULC*, 2022 FCA 70, [2022] 5 C.T.C. 1.

[14] Iris has not pointed to any particular motive or conduct of the Minister other than to say that the Minister issued the assessments to deprive the Federal Court of jurisdiction in the related Federal Court proceeding. Iris' complaint appears to be directed to section 18.5 of the *Federal Courts Act* and the statutory scheme itself and not with any particular conduct on the part of the Minister.

[15] There is a further problem with this ground. It seeks a declaration of fact.

[16] Declaratory relief must determine the rights of the parties. A court should not grant declarations of fact (*West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2020 BCCA 138, 37 B.C.L.R. (6th) 232, at paragraphs 309–312). While determining the rights of the parties may entail findings of fact, courts do not have jurisdiction to simply declare facts, detached from the rights of the parties (*S.A. v. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 SCC 4, [2019] 1 S.C.R. 99 (*Metro Vancouver Housing*), at paragraph 60; *1472292 Ontario Inc. (Rosen Express) v. Northbridge General Insurance Company*, 2019 ONCA 753, 96 C.C.L.I. (5th) 1, at paragraphs 22, 30).

illégitime de rendre nulle l'utilisation par Iris, devant la Cour fédérale, des recours en droit administratif à l'encontre des cotisations.

[13] Le simple fait que le ministre ait établi une cotisation n'écarte pas la compétence de la Cour fédérale. L'interdiction prévue à l'article 18.5 ne s'applique pas lorsque la Cour canadienne de l'impôt n'a pas compétence pour statuer sur la conduite du ministre ou lorsque le véritable but de la demande est de solliciter une mesure de réparation concrète à l'encontre de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *Canada (Revenu national) c. Sifto Canada Corp.*, 2014 CAF 140, où un contrôle judiciaire a été accueilli à l'égard des pénalités imposées lors d'une nouvelle cotisation : voir aussi l'arrêt *Canada c. Dow Chemical Canada ULC*, 2022 CAF 70.

[14] Iris n'a pas avancé de motif particulier ou de conduite précise du ministre, si ce n'est de déclarer que le ministre a établi les cotisations pour priver la Cour fédérale de sa compétence dans l'instance connexe introduite devant la Cour fédérale. La plainte d'Iris semble viser l'article 18.5 de la *Loi sur les Cours fédérales* et le régime législatif en tant que tel, et non pas une conduite précise du ministre.

[15] Ce motif pose un autre problème : un jugement déclaratoire est sollicité.

[16] Une mesure de redressement déclaratoire doit définir les droits des parties. Un tribunal n'est pas censé rendre de déclarations factuelles (*West Moberly First Nations v. British Columbia*, 2020 BCCA 138, 37 B.C.L.R. (6th) 232, aux paragraphes 309 à 312). Bien que la détermination des droits des parties puisse donner lieu à des conclusions de fait, les tribunaux n'ont pas compétence pour simplement déclarer des faits, indépendamment des droits des parties (*S.A. c. Metro Vancouver Housing Corp.*, 2019 CSC 4, [2019] 1 R.C.S. 99 (arrêt *Metro Vancouver Housing*), au paragraphe 60; *1472292 Ontario Inc. (Rosen Express) v. Northbridge General Insurance Company*, 2019 ONCA 753, 96 C.C.L.I. (5th) 1, aux paragraphes 22 et 30).



[17] There is no utility in trying to parse or separate the motivation behind a decision to assess from the correctness of the assessment itself. It is a meaningless exercise, since the assessments themselves are not discretionary—the tax is either exigible as a matter of law or it is not. The Minister is responsible for enforcing the provisions of the ETA, and the fulfillment of that statutory responsibility cannot be an improper motive for the Minister to issue an assessment (*Canada v. Roitman*, 2006 FCA 266, 60 D.T.C. 6514, at paragraph 25; *JP Morgan*, at paragraph 104; *Johnson v. Canada*, 2015 FCA 51, 469 N.R. 326 (*Johnson*)). Further, assessments are deemed to be valid and binding unless vacated by the Tax Court (*Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue)*, 2020 FCA 117, [2020] G.S.T.C. 25, at paragraph 50). An allegation that the Minister acted improperly in issuing the assessment does nothing to change the assessment. Properly characterized, this ground of application is in substance a challenge to the validity of the assessment itself.

[18] A declaration is a prerogative remedy and hence discretionary. One consideration in the exercise of that discretion is whether the declaration will have any real or practical effect (*Metro Vancouver Housing*, at paragraph 60). Here, even assuming the Federal Court had jurisdiction to review the purpose behind the decision to assess, a declaration should not issue. The assessment remains valid and binding until vacated by the Tax Court. Issuing a declaration that does not quash or vacate the assessments would serve little or no purpose (*Johnson*, at paragraph 41). Nor will a declaration be issued where there exists an adequate alternative remedy. The declarations here will have no practical effect—they are purely academic.

[19] In light of these reasons and the disposition of this appeal, it is unnecessary to deal with the Attorney General's motion to adduce a recently issued statement of claim as fresh evidence on appeal under rule 351. The motion pursuant to rules 76 and 303 of the *Federal*

[17] Il ne sert à rien d'essayer d'analyser la raison sous-tendant une décision d'établir une cotisation ou de distinguer cette raison du bien-fondé de la cotisation en tant que telle. C'est un exercice inutile puisque les cotisations en tant que telles ne dépendent pas d'un pouvoir discrétionnaire : soit la taxe est exigible en vertu de la loi, soit elle ne l'est pas. Le ministre est tenu de faire appliquer les dispositions de la LTA et l'exécution de cette responsabilité prévue par la loi ne saurait constituer un motif illégitime du ministre d'établir une cotisation (*Canada c. Roitman*, 2006 CAF 266, au paragraphe 25; arrêt *JP Morgan*, au paragraphe 104; *Johnson c. Canada*, 2015 CAF 51 (arrêt *Johnson*)). Par ailleurs, les cotisations sont réputées valides et exécutoires tant qu'elles ne sont pas annulées par la Cour canadienne de l'impôt (*Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national)*, 2020 CAF 117, au paragraphe 50). Le fait d'alléguer que le ministre a agi de manière inappropriée en établissant la cotisation n'a nullement pour effet de modifier celle-ci. À proprement parler, ce motif de demande constitue essentiellement une remise en cause de la validité de la cotisation en tant que telle.

[18] Un jugement déclaratoire est un recours extraordinaire et donc discrétionnaire. Un aspect à prendre en compte dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est la question de savoir si le jugement déclaratoire aura un effet concret (arrêt *Metro Vancouver Housing*, au paragraphe 60). En l'espèce, même en partant du principe que la Cour fédérale a compétence pour examiner l'intention sous-tendant la décision d'établir une cotisation, aucun jugement déclaratoire ne devrait être rendu. La cotisation reste valide et exécutoire tant qu'elle n'est pas annulée par la Cour canadienne de l'impôt. Rendre un jugement déclaratoire ne pouvant pas invalider les cotisations aurait peu ou n'aurait pas d'utilité (arrêt *Johnson*, au paragraphe 41). Aucun jugement déclaratoire ne sera rendu s'il existe un recours subsidiaire adéquat. En l'espèce, les jugements déclaratoires n'auront pas d'effet concret; ils sont purement théoriques.

[19] À la lumière des motifs qui précèdent et du règlement du présent appel, il est inutile de traiter la requête déposée par le procureur général en vue de présenter une déclaration récente en tant que nouvel élément de preuve concernant l'appel au titre de la règle 351. La

*Courts Rules* to amend the style of cause to change the appellant from the Minister of National Revenue to the Attorney General of Canada is granted.

[20] Therefore, the appeal is allowed and the notice of application is struck out with costs here and below.

Cour accueille la requête présentée en application des règles 76 et 303 des *Règles des Cours fédérales* en vue de modifier l'intitulé de la cause afin que le procureur général du Canada remplace le ministre du Revenu national à titre d'appelant.

[20] En conséquence, l'appel est accueilli et l'avis de demande est radié, le tout avec dépens devant notre Cour et la Cour fédérale.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## ACCESS TO INFORMATION

*Related subjects: Privacy; Penitentiaries*

Judicial review pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (ATIA), s. 41(1) of decision by Office of the Information Commissioner investigator concluding that applicant's exemption complaint in relation to Access to Information and Privacy (ATIP) request not well founded — Correctional Service Canada (CSC) received access to information request from applicant for all inmate grievances at local level in Bath Institution, federal penitentiary operated by CSC, regarding correctional officers not wearing masks — Canadian government's COVID-19 response measures included physical distancing, increasing hygiene practices, mandatory wearing of masks, other personal protective equipment by correctional officers (COs), other CSC agents, employees, prisoners — Inmate grievances include written complaint made by prisoner to appropriate recipient — CSC identified a dozen grievances brought by six different inmates, corresponding CSC responses — Two grievances were typewritten, remainder were handwritten — Handwritten portions of remaining eight inmate grievances redacted because CSC determined it was personal information pursuant to ATIA, s. 19(1) — OIC Investigator explained that her conclusion was the same as that of CSC, i.e. that the exempted information falls within class test of s. 19(1), as it is personal information defined in *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 — OIC investigator's final report (Commissioner's decision) held that handwriting about identifiable individual, that information not falling under any exceptions to definition of "personal information" set out in *Privacy Act* — Commissioner's decision also found that CSC provided detailed rationale as to why circumstances in s. 19(2) not existing in this case to permit disclosure — Main issue whether inmates' handwriting styles constituting "personal information" exemption in s. 19(1) — Respondent not establishing that inmates' handwriting styles "personal information" within meaning of *Privacy Act*, s. 3 — Appropriate test to determine when information about identifiable individual set out in *Gordon v Canada (Health)*, 2008 FC 258, [2008] 3 F.C.R. D-5: information will be about identifiable individual where there is serious possibility that individual could be identified through use of that information, alone or in combination with other available information — Disagreement of parties not concerning legal test but instead arising from application of facts to the law in this case — Any consideration of whether handwriting personal information inherently contextual, fact-specific — Identifiable individual someone whom it is reasonable to expect can be identified by combining information in issue with information from other available sources — Identification of inmates from handwritten inmate grievances predominantly speculative — Identification simply too far removed in circumstances, implications of identification should not threaten inmates' personal safety — Here, respondent's evidence from ATIP analyst merely pointed to fact that inmates write letters to loved ones, to legal counsel — Cross-referencing against love letters, court records in hands of third parties, while on spectrum of possibility, at most mere possibility, not serious possibility — No evidence of more than mere possibility that releasing inmates' handwriting will lead to identification — Commissioner's Directive 081: "Offender Complaints and Grievances" providing confidentiality to process — Directive not presumptively shielding all handwritten grievances from release — Wholesale redaction of handwritten complaints due to CSC qualifying handwriting as personal information inappropriate in these circumstances — As information in question not personal information, s. 19(2) not coming into play — CSC directed to review handwritten information to ensure appropriate portions containing personal information, such as names, fingerprint serial numbers, dates of birth redacted before release — Matter remitted to CSC for redetermination — Application allowed.

JOHN HOWARD SOCIETY OF CANADA v. CANADA (PUBLIC SAFETY) (T-148-22, 2022 FC 1459, McVeigh J., amended reasons for judgment dated March 13, 2023, 24 pp. + 3 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

## IMMIGRATION PRACTICE

Motion by applicant seeking interlocutory order to expedite hearing of his application for leave and for judicial review (ALJR) pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 8(1) — Applicant requesting that all steps remaining in ALJR be completed by November 10, 2022, three weeks from hearing — Applicant applied for study permit to attend Canadian Aviation College on or around February 23, 2022, from outside Canada — That application was refused — Applicant filed ALJR on May 10, 2022 — At this stage of proceedings, all filings for leave stage completed, decision pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act), s. 72 still pending — Whether motion should be granted — Motion cannot succeed because Court cannot grant relief sought under r. 8(1) request, given that application still pending leave decision — Even if leave granted, motion still suffering several fundamental problems — R. 8(1) cannot compel Court to render leave decision within specific timeframe, because no period provided by either Rules or *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (Immigration Rules) for rendering of leave decision — Immigration Rules providing strict timeframe once leave granted, to ensure Court, parties meet 90-day requirement set out in Act, s. 72 — However, since leave decision by Court still to be issued, timeline required to render decision on leave remaining prerogative of Court — Consequently, r. 8(1) cannot be used to compel order of Court to grant or deny leave — Applicant’s situation not meeting exceptionality required for Court to grant a r. 8(1) request, to depart from timelines set out by Act, Rules, Immigration Rules — Applicant failing to provide any clear or convincing evidence why matter should be expedited — Expediting matter prejudicing ability of responding party to prepare its response — No evidence showing that matter or underlying admission to Canadian Aviation College becoming moot if ALJR not expedited — Expediting this matter prejudicial to other litigants waiting patiently for their turn before Court — Motion dismissed.

EZIMOKHAI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4390-22, 2022 FC 1452, Diner J., reasons for order dated October 24, 2022, 9 pp.)

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision affirming decision of Refugee Protection Division (RPD) which found that applicant was excluded from refugee protection pursuant to *United Nations Convention Relating to the Status of Refugees*, Article 1(F)(a) — Applicant, citizen of Senegal, former member of separatist rebel group *Mouvement des forces démocratiques de la Casamance* (MFDC) — Alleging forced to join MFDC as teenager — Later agreeing to work as MFDC informant — Betrayed MFDC to Senegalese army — Applicant later beaten by MFDC agents — Claiming refugee protection in Canada — RPD not believing that applicant acted under duress in his continued membership with MFDC — RAD not accepting applicant’s explanation that due to earlier threats against him, applicant decided to stay even though ceasefire was in effect — RAD also not accepting applicant’s argument no safe avenue of escape during his time as informant — Found serious reasons for considering that applicant voluntarily made significant, knowing contributions to commission of crimes against humanity — Applicant relying on *R. v. Ruzic*, 2001 SCC 24, [2001] 1 S.C.R. 687 for proposition that courts must take into consideration the particular circumstances where accused found himself and his ability to perceive reasonable alternative to committing crime, with an awareness of his background, essential characteristics — Submitting RAD erred in failing to come to grips with and deciding this aspect of case, submitting this is a requirement established by Supreme Court — Whether RAD decision reasonable — *Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 SCC 40, [2013] 2 S.C.R. 678 setting out tests for determining complicity in criminal activities of a group — First part of test in *Ezokola* concerning voluntariness, duress — Requirement to consider, assess applicant’s “ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics” applying equally to criminal, immigration proceedings where voluntariness/duress in issue — Not logical to have differing tests on same issue — No principled basis on which to narrow RAD’s scope of inquiry, ignore teachings of Supreme Court in this case — *Ezokola*, *Ruzic* having great focus on defence of duress — Duress key component of voluntariness in immigration context — *Ruzic* may be considered in refugee context as well as criminal law context where duress in issue — RAD should have come to grips with, assessed “the particular circumstances where the accused found himself and his ability to perceive a reasonable alternative to committing a crime, with an awareness of his background and essential characteristics” — Application allowed.

SEYDI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7671-21, 2022 FC 1336, Brown J., reasons for judgment dated September 26, 2022, 15 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

Judicial review of visa officer's decision rejecting the applicants' sponsored application for permanent residence — Applicants family of four from Syria now residing in Lebanon — Facing religious persecution in Syria — Sponsored by Barrhaven United Church — Officer based decision on doubts regarding applicants' credibility — Finding discrepancies or absent documentation detailing applicants' entry into Lebanon — Not satisfied that applicants had been truthful — Applicants arguing officer unreasonably treated their residence in Lebanon as condition precedent to their eligibility for sponsorship under Convention Refugee Abroad Class or Country of Asylum Class — Respondent arguing officer based refusal on overall credibility assessment — Whether officer's decision reasonable — Officer's decision in this case not reasonable, falling short of justification required by *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 — Result herein *justifiable*, but not *justified* — In reviewing application under Convention Refugee Abroad or Country of Residence classes, officer cannot treat residence in country different from place of persecution or risk as an eligibility requirement — Applicant need only be outside of their country of risk at time of interview in order to be “eligible” for consideration under these categories — Where officer's credibility concerns relate to applicant's place of residence, law requires that officer specify how that concern relates to underlying credibility of applicant's narrative about risk — Question in this case whether officer made error of treating applicants' residency as condition for them to be eligible for consideration under relevant classes, or instead whether officer simply found they had not told truth, thus failed to meet essential requirement of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 16 — Officer's decision tending to point in both directions — Structure of officer's decision letter also demonstrating problem — Officer not explaining what is meant by “eligibility”, not discussing how statutory references cited in decision letter applying to applicants' case — Officer required to indicate how credibility findings relating to their place of residence pertinent to decision, show that residence not treated as eligibility requirement — Error in this case was that officer's decision ambiguous about what “eligibility” criterion applicants failed to satisfy— Decision not clear whether applicants failed to demonstrate they lived in Lebanon, or that they failed to satisfy officer they had fled Syria because of religious persecution — Application allowed.

GHOSSN V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5885-21, 2022 FC 1338, Pentney J., reasons for judgment dated September 27, 2022, 12 pp.)

*Permanent Residents*

Spouse or Common-Law Partner in Canada class — Judicial review of decision by immigration officer refusing applicant's application for permanent residence as member of Spouse or Common-Law Partner in Canada (SCLPC) class — Applicant, citizen of Vietnam, entered Canada as student at University of Manitoba, where he met his wife — Applicant's wife permanent resident since 2017 — Application to sponsor the applicant refused pursuant to *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (IRPR), s. 125(1)(d) on grounds that applicant's wife failed to declare applicant as her common-law partner in her prior permanent residence application — Officer observing, *inter alia*, common-law partner defined as individual who is cohabiting with person in conjugal relationship having so cohabited for a year; individual excluded from SCLPC class under s. 125(1)(d) if their sponsor previously made permanent residence application and, at the time of that application, foreign national was non-accompanying family member of sponsor, was not examined — Respondent arguing that phrase “at the time of that application” referring to life of application — Applicant arguing phrase referring just to moment application submitted — Main issue whether Officer erred in his interpretation of phrase “at the time of that application” in s. 125(1)(d) — Officer reasonably interpreted s. 125(1)(d), applied it to facts in this case — Respondent relying on *dela Fuente v. Canada*, 2006 FCA 186, [2007] 1 F.C.R. 387 as authority wherein Federal Court of Appeal interpreted IRPR, s. 117(9)(d), provision similar to s. 125(1)(d) — Federal Court of Appeal found phrase “at the time of that application” to mean life of application — Federal Court of Appeal's holding in *dela Fuente* binding, relevant time for s. 125(1)(d) is continuum, over life of application — Both ss. 117(9)(d), 125(1)(d) similar in structure, purpose, share nearly identical language — Both relate to excluding applicant from inclusion in particular class of permanent residency — Dynamic nature of common-law partnerships not requiring distinct interpretation of s. 125(1)(d) — Officer not breaching procedural fairness — Application dismissed.

DO V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5823-21, 2022 FC 1529, Manson J., reasons for judgment dated November 10, 2022, 11 pp.)



## COMPETITION

Appeal from Competition Tribunal order dated December 31, 2022 (2023 Comp Trib 1) — Appellant initially applied to Competition Tribunal for order blocking merger between respondents, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. — Later, divestiture of Shaw's subsidiary, Freedom Mobile Inc., to Videotron Ltd. became part of overall transaction — To make order blocking overall transaction, Tribunal needed to find that it would be likely to prevent or lessen competition substantially in accordance with *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92 — Competition Tribunal not concluding as such — Considered extensive testimony of lay, expert witnesses, documentary evidence — Preferred testimony of almost all respondents' experts over appellant's — While Competition Tribunal dealing with some relatively uncontroversial issues of law, Competition Tribunal's task largely factual — Whether Competition Tribunal committed reversible error in making order — Overall, Competition Tribunal made two key factually suffused findings of mixed fact, law: transactions would not be likely to prevent or lessen competition substantially; transactions in some key aspects actually promote competition — In competition terms, present matter far from close case — Two key findings amply supported by evidence, were central to outcome of case, were unshakeable in Court — Even if Competition Tribunal erred on narrow legal points appellant was raising, was not established that result could have been different — Thus, would be pointless to send case back to Competition Tribunal for re-decision — This point alone was sufficient to dismiss appellant's appeal but, for completeness, points of law appellant raising addressed — First, appellant submitted that, as matter of law, Competition Tribunal had to consider only merger of respondents Rogers, Shaw, which was original version of transactions, not merger with additional element proposed after Tribunal's proceedings started: divestiture of Freedom Mobile to Videotron — Appellant stated that this mattered in particular since respondents would bear burden of proving that divestiture would ensure that any lessening of competition shown by appellant would no longer be substantial — Argument rejected; burden of proof can matter where there is gap in evidence on key element or where, overall, case is so close that make-weight or tie-breaker is needed — However, this was not a close case — Considering force of evidentiary record before it, Competition Tribunal concluded that result would have been same even if it accepted appellant's view of burden of proof — Reasoned basis for such finding present — Tribunal's many clear, strong findings of fact supporting respondents' positions provided such basis — Burden of proof can also matter where ignoring it or circumstances surrounding it might cause procedural unfairness to party — Here, however, appellant knew about divestiture to Videotron, Competition Tribunal's possible views on burden of proof early enough to react, prosecute its case to fullest — Whether Competition Tribunal could consider actual, real matter (i.e. merger and divestiture rather than just merger) coming down to what Act says — Here, purpose of Act predominated — Act aims to address truth, reality, not fiction, fantasy — Examining merger alone would be foray into fiction, fantasy — Efficiency is another purpose of Act: change in transaction would require entire process under Act to start all over again from beginning — Delay, potentially substantial, could cause a transaction that, in fact, is pro-competitive and in the public interest, to die — Appellant also submitted that Tribunal erred by considering network access agreements, pricing commitments without appellant's consent, contrary to Act, ss. 92(1)(f)(iii)(B) but this was wrong — Tribunal's remedial jurisdiction under s. 92(1)(f) was not engaged because it found no substantial lessening of competition to begin with — Finally, just before hearing of present appeal, appellant brought motion for leave to admit fresh evidence, showing that party applying to Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, raising certain competitive aspects of divestiture of Freedom Mobile — However, test for admission of fresh evidence not met — Motion for fresh evidence, appeal dismissed.

CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) V. ROGERS COMMUNICATIONS INC. (A-286-22, 2023 FCA 16, Stratas J.A., reasons for judgment dated January 24, 2023, 10 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

### PARLIAMENTARY PRIVILEGE

Urgent motion to stay two summonses issued by respondent Commissioner of Public Order Emergency Commission — Commission established to inquire into circumstances that led to declaration of public order emergency between February 14 and 23, 2022, measures taken to deal with emergency — Applicants scheduled to testify before Commission on November 10, 2022 — Applicants challenged summonses on ground that Ontario Legislative Assembly in session, that as elected officials benefitting from parliamentary privilege of testimonial immunity — Respondents stated that application of parliamentary privilege of testimonial immunity to commission of inquiry not established in law — Maintained that privilege not intended to be used to impede course of justice, regularly waived — Whether summonses issued by Commissioner should be stayed pending Court's determination of application to quash summonses for lack of jurisdiction — In order to obtain stay of summonses, applicants having to meet well-established test for interlocutory injunctive relief articulated by Supreme Court of Canada in *RJR-MacDonald Inc v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 — Applicants having to establish existence of serious

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

issue on elevated standard — Only dispute between parties whether parliamentary privilege of testimonial immunity may be invoked to resist summons issued by commission of inquiry, as opposed to one issued by court or other tribunal — Court previously considered application of parliamentary privilege to proceedings of federal commission of inquiry in *Gagliano v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 576, [2005] 3 F.C.R. 555 — In *Gagliano*, Court found it necessary to determine necessity of parliamentary privilege of free expression only because its scope, application to commission of inquiry were uncertain — Same cannot be said of parliamentary privilege of testimonial immunity — Parliamentary privilege of testimonial immunity not limited to safeguarding parliamentarians from vexatious litigation, but extending to civil proceedings generally, criminal, administrative, military matters — If parliamentary privilege determined to exist, it must be extended to every proceeding including commissions of inquiry — Parliamentary privilege of testimonial immunity may be invoked in present circumstances — However, summonses themselves not invalid or issued without jurisdiction, warranting that they be quashed — To accept this assertion would be to turn parliamentary privilege from shield into sword, contrary to parliamentary intent — Commissioner had jurisdiction to issue summonses — Matters in respect of which applicants called to testify within scope of Commissioner’s mandate — However, summonses cannot be enforced so long as applicants continue to resist them by asserting parliamentary privilege — This case falling within rare, narrow second exception recognized in *RJR-MacDonald* that arises when question of constitutionality presents itself as simple question of law alone — Declining to grant interlocutory injunctive relief would cause irreparable harm to parliamentary privilege enjoyed by members of Ontario Legislative Assembly, to rule of law — Permitting summonses to be enforced in the face of valid claim of parliamentary privilege would impair, undermine constitutional separation of powers — Waiver of parliamentary privilege in these circumstances would be product of coercion, would have effect of undermining privilege — Prejudice to applicants resulting from permitting violation of parliamentary privilege outweighing legitimate interest of Commission in receiving their testimony — Conversely, permitting summonses to take effect would cause Commission to breach established parliamentary privilege — Motion granted in part.

ONTARIO (PREMIER) V. CANADA (COMMISSIONER OF THE PUBLIC ORDER EMERGENCY COMMISSION) (T-2218-22, 2022 FC 1513, Fothergill J., reasons for order dated November 7, 2022, 28 pp.)

**FEDERAL COURT JURISDICTION**

*Related Subject: Citizenship and Immigration*

Motion pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 51 seeking appeal from Associate Judge’s order relating to documents respondent required to produce in Certified Tribunal Record (CTR) — Applicant, permanent resident, seeking judicial review of decision of respondent not to select her application to sponsor her parents for processing — Also challenging lottery scheme established through ministerial instructions made under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), s. 87.3 — In May 2021, leave for judicial review granted, respondent ordered to file CTR — Respondent refused to include in CTR all seven categories of documents argued by applicant to be relevant to judicial review — Case Management Judge granted applicant’s motion in part to compel respondent to provide two categories of documents in accordance with *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, r. 17 — Applicant arguing Court herein having jurisdiction to hear appeal of order of associate judge (formerly known as prothonotary) under r. 51 — Issue whether Court having jurisdiction to hear appeal — R. 51 applying to applications for leave, for judicial review — Key issue in dispute whether right in r. 51 to appeal associate judge’s decision to judge of Federal Court inconsistent with IRPA, s. 72(2)(e) which prohibits appealing certain interlocutory decisions — Case Management Judge’s decision is interlocutory — Whether IRPA, s. 72(2)(e) applying to interlocutory decisions made after leave granted — Text of provision, scheme of statute clear: s. 72(2)(e) applying to application for leave stage, is part of s. 72 that deals with applications for leave — Text of s. 72(2)(e) confirming that provision deals with applications for leave — Structure of IRPA also confirming that s. 72(2)(e) dealing with applications for leave — S. 72(2)(e) cannot be read in isolation — Legislation not providing for “in between” stage after leave granted but before judicial review commences — No basis to find that after leave granted, provisions that govern applications for leave in s. 72(2) should continue to apply — Given that leave granted in this case, Court having jurisdiction under r. 51 to decide applicant’s appeal of Case Management Judge’s order — Turning to that appeal, no basis for applicant’s assertion that documents overlooked — No palpable, overriding error in Case Management Judge’s approach — Appeal dismissed.

WONG V. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP) (IMM-319-21, 2022 FC 1515, Sadrehashemi J., reasons for judgment dated November 7, 2022, 29 pp.)

**PENSIONS**

Judicial review of decision of Social Security Tribunal, Appeal Division (2021 SST 75) reversing decision of General Division (2020 SST 821), assigning disabled contributor's child's benefit (benefit) payable under *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 (CPP), s. 44(1)(e) to applicant's former spouse — Benefit at issue herein flat-rate monthly benefit paid to child of person receiving CPP disability benefits — Child in question under 18 years of age at relevant time — Parents physically separated in 2017 — Prior to separation, applicant's spouse disabled contributor, received benefit on child's behalf — CPP, s. 75 providing that in cases where child living apart from disabled contributor, payment shall be made to person having custody, control of child — Question to be determined in this case was which parent should receive benefit on behalf of child, that is, which parent having custody, control of child — Applicant having custody, control of child — Applying for benefit on behalf of child — Granted payment starting in December 2018 — Applicant asked Minister to reconsider decision so that payment of benefit would start retroactively from January 2018, actual period at which time child resided solely with applicant — In reconsidering decision, Minister reversing position, applying August 2018 "Policy Direction for Payment of the *Canada Pension Plan's* Disabled Contributor's Child Benefit" (Policy) — Determining that benefit should be payable to applicant's spouse because she is disabled contributor — Minister's position that, in accordance with Policy, in case of child under 18 years of age, living apart from disabled contributor, benefit should be payable to disabled contributor as long as they had "any relationship with the child, no matter how minimal" — General Division determined it was not bound by Policy, but rather bound by CPP, s. 75 — Awarded payment of benefit to applicant — Appeal Division considered new document, i.e. order from Ontario Superior Court of Justice, Family Court branch, setting out child support, parenting arrangements for child — Finding it could consider order as fresh evidence because it confirmed oral evidence of parties, not in dispute — Also finding that General Division's finding of fact that father had custody, control of child was wrong — Whether Appeal Division came to reasonable decision — Unreasonable for Appeal Division to interfere with General Division's factual findings in this case — When determining whether fresh evidence should be admitted before it, Appeal Division should be guided by principles enumerated in *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22 — Appeal Division not the fact-finder — Order provided to Appeal Division not falling under general background information exception, should not have been admitted as evidence — More than sufficient evidence to rationally support finding before General Division that applicant had custody, control of child effective January 2018 — General Division did not omit or ignore any important evidence — Appeal Division essentially reweighed evidence before General Division, considered new evidence, substituted its view of probative value of evidence for that of General Division — Policy inconsistent with CPP, s. 75 — Decision of General Division left in place — Application allowed.

SIBBALD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-88-21, 2022 FCA 157, Rivoalen J.A., reasons for judgment dated September 16, 2022, 18 pp.)

**PRACTICE****CLASS PROCEEDINGS**

Motion to certify underlying action as class action on behalf of estimated 10,000 veterans eligible for Supplementary Retirement Benefit in 2019, who may not have received this benefit or who may have received this benefit in lower amount than plaintiff claims they should have received due to alleged conduct of defendant — Plaintiff proposed representative plaintiff, class member — Medically released from Canadian Armed Forces in 1996 — Alleging systemic negligence (alternatively, negligent misrepresentation), breach of fiduciary duty, unjust enrichment by Canada, more particularly Veterans Affairs Canada (VAC) — Plaintiff, other veterans provided affidavits attesting that, due to their service-related injuries, they struggled to re-establish themselves in civilian life — Affiants described their experience seeking, receiving information from VAC about Earning Loss Benefit (ELB), Supplementary Retirement Benefit (SRB) — Plaintiff alleging, *inter alia*, that veterans have not been sufficiently supported — Claiming VAC consistently wrongly advised proposed class members about their eligibility for benefits, failed to inform proposed class members how SRB calculated or that SRB depended upon ELB eligibility, approval — Arguing that claim of systemic negligence reasonable cause of action — Defendant submitting plaintiff's claim not meeting criteria for certification as class action, that his claims for breach of fiduciary duty, unjust enrichment are untenable — Whether plaintiff has established criteria for certification of action as class action, i.e. (1) whether pleadings disclosing reasonable cause of action; (2) whether some basis in fact established for all other requirements for certification — To determine whether pleadings disclose reasonable cause of action, issue whether plain, obvious that pleadings disclose no reasonable cause of action, i.e. that there is no reasonable prospect of success — Plaintiff's claim for systemic negligence having no reasonable prospect of success, should be struck — Plaintiff not pointing to facts in support of assertion that VAC lacked adequate management or operations procedures — Whether plain, obvious that cause of action in negligent misrepresentation having no reasonable prospect

**PRACTICE—Concluded**

of success — Duty of care found in *Canada (Attorney General) v. Jost*, 2020 FCA 212 not analogous, should not be extended to administrators of other social benefit schemes — Pensioners who have paid into pension plan over many years, but experience delays in its receipt, differ from proposed class members who may or may not be eligible for various benefits depending on specific eligibility criteria — However, not plain, obvious that no duty of care owed by VAC to veterans falling within proposed class — Facts support finding relationship of proximity between proposed class members, all of whom were on ELB, had VAC case manager or other regular contact with VAC representatives — Therefore, claim for negligent misrepresentation is a reasonable cause of action and can proceed — Whether claim for breach of fiduciary duty is reasonable cause of action — Delivery of pension benefits not at issue, claims against VAC not with respect to any role it may have as pension plan administrator, but rather as administrator of various social benefits with specific eligibility criteria — In present case, no undertaking in statute to put interests of proposed class members above those of other veterans — Alleged vulnerability to VAC’s control not sufficient to establish fiduciary duty — Plaintiff’s cause of action for breach of fiduciary duty therefore having no reasonable prospect of success — Plaintiff’s cause of action for unjust enrichment also having no reasonable prospect of success — Plaintiff not pointing to any statutory provision leading to Canada’s alleged unjust enrichment — Whether plaintiff establishing “some basis in fact” for remaining certification requirements — Plaintiff meeting burden of defining proposed class in manner reflecting criteria established in case law — Common questions relating only to cause of action in negligent misrepresentation — Defendant not providing any viable or preferable alternatives to class proceeding — In context of action as whole, in comparison with other suggested alternatives, and in consideration of cost-benefits and practicalities, class action preferable procedure — Plaintiff appropriate representative plaintiff — Meeting criteria set out in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 334.16(1)(e) — Motion granted, action certified as class proceeding.

BRUYEA V. CANADA (T-1106-20, 2022 FC 1409, Kane J., reasons for order dated October 17, 2022, 83 pp.)

**PLEADINGS***Motion to strike**Related Subject: Patents*

Motion by respondent seeking to strike appellant Attorney General of Canada’s appeal — Respondent appealed two decisions from Commissioner of Patents to Federal Court (2022 FC 923) arguing that Commissioner had applied wrong test to question of what constitutes patentable subject matter — Attorney General consented to appeals being granted — Federal Court allowed appeals — Federal Court found that Commissioner had applied wrong legal test — Remitted matter to Commissioner for reconsideration — Tasked only with determining what instructions to provide to Commissioner upon remitting matter — Ultimately adopting Intellectual Property Institute of Canada (IPIC) proposed framework, reproducing framework in paragraph 3 of its judgment along with instruction that Commissioner apply revised test upon reconsideration of respondent’s patent applications — Respondent arguing paragraph 3 of Federal Court’s decision doing nothing more than directing Commissioner to re-examine respondent’s two applications in accordance with Federal Court’s reasons by applying correct legal framework — Commissioner, when re-examining applications, bound to do so whether paragraph 3 present or not — Respondent further arguing that *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (Act), s. 27(1) providing for appeals to this Court against “judgment” of Federal Court, not against its reasons for judgment — Notice of appeal therefore improper because seeking to appeal, not Federal Court judgment itself, but Federal Court’s reasons — Appellant contending that appeal should not be struck as it is in public interest that Court “provide clarity” on correct test for determining patentable subject matter — Whether appellant’s appeal truly relating to Federal Court’s judgment, or to its reasons for that judgment — Certain criteria developed by Court in effort to guide answer to that question — *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, [2017] 3 F.C.R. D-12 holding that *general* references to reasons in formal judgment not forming part of judgment itself so as to give rise to right of appeal based on reasons — No reason why policy rationale articulated in *Yansane* should not apply to appeals in some circumstances — Requirement for precision in drafting of judgments underscored by several considerations — Reasons justifying order, when incorporated within formal judgment, not changing result of order — Notice of appeal having to be read in light of reasons, judgment, with view to determining whether appeal veiled attempt to keep benefit of judgment but realign reasons for judgment — Consistent with case law, specific direction in paragraph 3 forming part of judgment, uniquely binding Commissioner to particular test in way that reasons alone do not — Appeal accordingly within Court’s jurisdiction under Act, s. 27(1) — Motion dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. BENJAMIN MOORE & CO. (A-188-22, 2022 FCA 194, Rennie J.A., reasons for order dated November 10, 2022, 11 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

*Sujets connexes : Protection des renseignements personnels; Pénitenciers*

Contrôle judiciaire, en vertu de l'art. 41(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (LAI), d'une décision par laquelle l'enquêtrice du Commissariat à l'information a conclu que la plainte de la demanderesse concernant une exemption en relation avec une demande d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels (AIPRP) n'était pas fondée — Le Service correctionnel du Canada (SCC) a reçu une demande d'accès à l'information de la demanderesse concernant tous les griefs de détenus déposés à l'échelle locale à l'établissement de Bath, un pénitencier fédéral géré par le SCC, concernant l'omission d'agents correctionnels de porter des masques — Les mesures prises par le gouvernement du Canada en réponse à la COVID-19 incluaient l'éloignement physique, la mise en pratique accrue de pratiques d'hygiène et le port obligatoire du masque et d'un autre équipement de protection individuelle par les agents correctionnels (AC), ainsi que d'autres représentants du SCC, les employés et les prisonniers — Les griefs déposés par les détenus incluent une plainte écrite faite par le prisonnier au destinataire concerné — Le SCC a cerné une douzaine de griefs déposés par six détenus et les répliques du SCC à ceux-ci — Deux griefs étaient dactylographiés et les autres étaient écrits à la main — Les parties manuscrites des huit autres griefs de détenus ont été caviardées après que le SCC eut établi qu'il s'agissait de renseignements personnels au sens de l'art. 19(1) de la LAI — L'enquêtrice du Commissariat à l'information a expliqué que sa conclusion était identique à celle du SCC, c'est-à-dire que les renseignements exclus relèvent du critère objectif de l'art. 19(1), puisqu'ils sont des renseignements personnels au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 — Dans son rapport final, l'enquêtrice du Commissariat à l'information (la décision du commissaire) a conclu que les parties manuscrites concernent un individu identifiable et que les renseignements ne relèvent d'aucune des exceptions à la définition de « renseignements personnels » énoncée dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* — La décision du commissaire est également arrivée à la conclusion que le SCC a fourni des justifications détaillées sur la question de savoir pourquoi les circonstances visées à l'art. 19(2) ne s'appliquaient pas dans la présente affaire pour permettre la communication — Il s'agissait principalement de savoir si les styles d'écriture manuscrite des détenus constituaient une exemption parce qu'ils étaient des « renseignements personnels » au sens de l'art. 19(1) — Le défendeur n'a pas établi que les styles d'écriture manuscrite des détenus étaient des « renseignements personnels » au sens de l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* — Le critère qu'il convient d'appliquer pour établir à quel moment des renseignements concernent un individu identifiable est énoncé dans la décision *Gordon c. Canada (Santé)*, 2008 CF 258, [2008] 3 R.C.F. F-5 : les renseignements seront des renseignements concernant un individu identifiable lorsqu'il y a de fortes possibilités que l'individu puisse être identifié par l'utilisation de ces renseignements, seuls ou en combinaison avec des renseignements d'autres sources — Le désaccord des parties ne concerne pas le critère juridique, mais il naît plutôt de l'application des faits au droit dans la présente affaire — Toute analyse de la question de savoir si l'écriture manuscrite constitue un renseignement personnel est intrinsèquement contextuelle et dépend des faits — L'individu identifiable est une personne dont il est raisonnable de croire qu'elle pourra être identifiée à l'aide des renseignements en cause s'ils sont combinés avec des renseignements d'autres sources — L'identification des détenus à partir des griefs des détenus écrits à la main est principalement conjecturale — L'identification est simplement trop éloignée dans les circonstances et les implications de l'identification ne devraient pas menacer la sécurité personnelle des détenus — Dans la présente affaire, la preuve de la défenderesse provenant de l'analyste de l'AIPRP a simplement démontré que les détenus écrivent des lettres à des êtres chers et à leurs conseillers juridiques — Si elles demeurent possibles, les comparaisons avec les lettres d'amour et les



**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

dossiers des tribunaux en possession de tierces parties sont tout au plus une simple possibilité et non une possibilité sérieuse — Il n'y a aucune preuve qu'il est plus que simplement possible que la divulgation de l'écriture manuscrite des détenus mène à l'identification de ces derniers — La Directive du commissaire 081 intitulée « Processus de règlement des plaintes et griefs des délinquants » assure la confidentialité du processus — La Directive ne protège pas par présomption tous les griefs écrits à la main contre toute divulgation — La rédaction en bloc de plaintes écrites à la main au motif que le SCC qualifie l'écriture manuscrite de renseignement personnel est inappropriée dans les circonstances de la présente affaire — Étant donné que les renseignements en question n'étaient pas des renseignements personnels, l'art. 19(2) ne s'appliquait pas — Il a été ordonné au SCC de passer en revue les renseignements manuscrits pour s'assurer du caviardage avant leur divulgation des portions appropriées contenant des renseignements personnels, comme les noms, les numéros de série des empreintes digitales et les dates de naissance — L'affaire a été renvoyée au SCC pour qu'il rende une nouvelle décision — Demande accueillie.

SOCIÉTÉ JOHN HOWARD DU CANADA C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE) (T-148-22, 2022 CF 1459, juge McVeigh, motifs du jugement modifiés en date du 13 mars 2023, 24 p. + 3 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION**

Requête par laquelle le requérant demande une ordonnance interlocutoire afin d'accélérer l'audition de sa demande d'autorisation de contrôle judiciaire (demande d'autorisation) en application du paragraphe 8(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles) — Le requérant demande que toutes les étapes qui restent à franchir dans le cadre de la demande d'autorisation soient terminées au plus tard le 10 novembre 2022, trois semaines avant l'audience — Le 23 février 2022 ou vers cette date, le requérant a demandé, à partir de l'extérieur du Canada, un permis d'études afin de fréquenter le Canadian Aviation College (Collège canadien de l'aviation) — Cette demande a été refusée — Le requérant a présenté une demande d'autorisation le 10 mai 2022 — À cette étape-ci de l'instance, tous les documents relatifs à l'étape de l'autorisation ont été déposés, et la décision visée à l'art. 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi) n'a pas encore été rendue — Il s'agissait de savoir si la requête devrait être accueillie — La requête ne peut être accueillie, puisque la Cour ne peut accorder la mesure de réparation demandée en application du paragraphe 8(1) des Règles, étant donné que la décision sur l'autorisation n'a pas encore été rendue — Même si l'autorisation avait été accordée, la requête présente plusieurs problèmes fondamentaux — Le paragraphe 8(1) ne peut contraindre la Cour à rendre une décision relative à l'autorisation dans un délai donné étant donné qu'aucun délai n'est fixé par les Règles ou les *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (Règles en matière d'immigration) pour ce qui est de rendre une décision relative à l'autorisation — Les Règles en matière d'immigration prescrivent un délai strict après que l'autorisation est accordée afin que la Cour et les parties respectent le délai de 90 jours imposé par l'art. 72 de la Loi — Toutefois, étant donné que la Cour n'a pas encore rendu la décision relative à l'autorisation, le délai requis pour rendre une décision sur l'autorisation demeure une prérogative de la Cour — En conséquence, le paragraphe 8(1) des Règles ne peut être invoquée pour exiger une ordonnance de la Cour accordant ou refusant l'autorisation — La situation du requérant ne satisfait pas au critère du caractère exceptionnel requis pour que la Cour accueille une demande fondée sur le paragraphe 8(1) et déroge aux délais fixés par la Loi, les Règles et les Règles en matière d'immigration — Le requérant n'a pas prouvé de façon claire et convaincante pourquoi l'affaire devrait être entendue rapidement — Accélérer le déroulement de l'affaire compromettrait la capacité de la partie intimée de préparer sa réponse — Il n'y a aucune preuve qui montre que l'affaire ou l'admission sous-jacente au Collège canadien de l'aviation deviendront théoriques si la demande d'autorisation n'est pas entendue rapidement — Accélérer le déroulement de cette affaire portera préjudice aux autres justiciables qui attendent patiemment leur tour devant la Cour — Requête rejetée.

EZIMOKHAI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4390-22, 2022 CF 1452, juge Diner, motifs de l'ordonnance en date du 24 octobre 2022, 9 p.)

**STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas de rejeter la demande parrainée de résidence permanente des demandeurs — Les demandeurs forment une famille de quatre personnes originaires de la Syrie qui résident actuellement au Liban — Ils doivent faire face à une persécution religieuse en Syrie — Leur demande a été parrainée par l'Église unie de Barrhaven

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

— L'agent a fondé sa décision sur les doutes qu'il avait concernant la crédibilité des demandeurs — Il a conclu à l'existence de divergences ou à l'absence d'une documentation expliquant en détail l'arrivée des demandeurs au Liban — Il n'était pas convaincu que les demandeurs ont dit la vérité — Les demandeurs ont fait valoir que l'agent a traité de manière déraisonnable leur résidence au Liban comme étant une condition préalable à leur admissibilité au parrainage dans la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières ou la catégorie de personnes de pays d'accueil — Le défendeur a fait valoir que l'agent a fondé son refus sur son évaluation globale de la crédibilité — Il s'agissait de savoir si la décision de l'agent était raisonnable — La décision de l'agent dans la présente affaire n'était pas raisonnable, puisqu'elle ne peut être justifiée comme le requiert l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 — Le résultat dans la présente affaire est *justifiable*, mais il *ne se justifie pas* — Lorsqu'il examine une demande faite dans la catégorie des réfugiés au sens de la Convention outre-frontières ou de la catégorie de personnes de pays d'accueil, l'agent ne peut traiter la résidence dans un pays autre que le lieu de la persécution ou du risque comme étant une condition d'admissibilité — Il suffit que le demandeur soit à l'extérieur du pays qui présente un risque pour lui au moment de l'entrevue pour être « admissible » à un examen de sa demande sous ces catégories — Si ses préoccupations en matière de crédibilité se rapportent au lieu de résidence du demandeur, l'agent est tenu en droit de préciser comment ces préoccupations se rapportent à la crédibilité sous-jacente de l'exposé du demandeur au sujet du risque — Il s'agissait de savoir dans la présente affaire si l'agent a commis une erreur en traitant la résidence des demandeurs comme étant une condition pour qu'ils soient admissibles à un examen de leur demande dans les catégories pertinentes ou encore si l'agent a simplement conclu qu'ils n'avaient pas dit la vérité et n'avaient donc pas satisfait à la condition essentielle de l'art. 16 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — La décision de l'agent tend à aller dans les deux sens — La structure de la lettre de décision de l'agent fait ressortir elle aussi le problème — L'agent n'a pas expliqué ce que signifie « admissibilité » ni n'a précisé comment les renvois à la loi dans la lettre de décision s'appliquaient à la situation des demandeurs — L'agent devait préciser comment les conclusions relatives à la crédibilité se rapportant à leur lieu de résidence étaient pertinentes pour sa décision et il devait montrer que la résidence n'était pas traitée comme une condition d'admissibilité — L'erreur dans la présente affaire tient au fait que la décision de l'agent était ambiguë en ce qui concerne le critère d'« admissibilité » auquel les demandeurs n'ont pas satisfait — Dans sa décision, l'agent n'a pas dit en des termes clairs si les demandeurs n'ont pas démontré qu'ils vivaient au Liban ou s'ils n'ont pas convaincu l'agent qu'ils avaient fui la Syrie en raison d'une persécution religieuse — Demande accueillie.

GHOSSN C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5885-21, 2022 CF 1338, juge Pentney, motifs du jugement en date du 27 septembre 2022, 12 p.)

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a confirmé la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR), qui a conclu que le demandeur n'avait pas droit à la protection accordée aux réfugiés en vertu de l'art. 1Fa) de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* — Le demandeur était un citoyen du Sénégal et ancien membre du groupe rebelle séparatiste *Mouvement des forces démocratiques de la Casamance* (MFDC) — Il a allégué avoir été contraint de se joindre au MFDC lorsqu'il était adolescent — Il a par la suite convenu de travailler pour le MFDC comme informateur — Il a trahi le MFDC en faveur de l'armée sénégalaise — Le demandeur a plus tard été battu par des agents du MFDC — Il a demandé l'asile au Canada — La SPR a dit ne pas croire que le demandeur avait agi sous la contrainte lorsqu'il a maintenu son adhésion au MFDC — La SAR a écarté l'explication du demandeur selon laquelle, en raison des menaces proférées contre lui précédemment, il avait décidé de rester même si le cessez-le-feu était en vigueur — La SAR n'a pas accepté non plus l'argument du demandeur selon lequel il ne pouvait se soustraire sans danger à la menace lorsqu'il était un informateur — Elle a relevé d'importantes raisons de considérer que le demandeur avait volontairement contribué de manière significative et consciente à la perpétration de crimes contre l'humanité — Le demandeur a invoqué l'arrêt *R. c. Ruzic*, 2001 CSC 24, [2001] 1 R.C.S. 687, pour soutenir que les tribunaux doivent prendre en considération la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles — Il a fait valoir que la SAR a commis une erreur lorsqu'elle a omis d'aborder cet aspect de l'affaire et de rendre une décision à cet égard, et qu'il s'agit d'une obligation établie par la Cour suprême — Il s'agissait de savoir si la décision de la SAR était raisonnable — Le critère pour établir la complicité dans les activités criminelles d'un groupe est énoncé dans l'arrêt *Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CSC 40, [2013] 2 R.C.S. 678 — Le premier volet du critère énoncé dans l'arrêt *Ezokola* concerne la participation volontaire et la contrainte — L'obligation de prendre en considération et d'évaluer la « capacité [du demandeur] de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles », s'applique également aux instances criminelles et en matière d'immigration lorsque la participation volontaire et la contrainte sont en cause — Il ne serait pas logique d'appliquer des critères différents à l'égard d'une même question — Il n'y a aucune raison, fondée sur des principes, de restreindre la portée de l'enquête de la SAR

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

et de ne pas tenir compte des enseignements de la Cour suprême dans la présente affaire — Les arrêts *Ezokola* et *Ruzic* ont porté surtout sur le moyen de défense de la contrainte — La contrainte est un élément essentiel de la participation volontaire dans le contexte de l'immigration — L'arrêt *Ruzic* peut être considéré dans le contexte de la protection des réfugiés et dans le contexte du droit criminel lorsqu'il est question de contrainte — La SAR aurait dû aborder et évaluer « la situation particulière dans laquelle se trouvait le prévenu et la capacité de celui-ci de discerner une solution raisonnable autre que celle de commettre un crime, compte tenu de ses antécédents et de ses caractéristiques essentielles » — Demande accueillie.

SEYDI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-7671-21, 2022 CF 1336, juge Brown, motifs du jugement en date du 26 septembre 2022, 15 p.)

*Résidents permanents*

Catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada — Contrôle judiciaire de la décision de l'agent d'immigration de rejeter la demande de résidence permanente du demandeur au titre de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada — Le demandeur, un citoyen du Vietnam, est entré au Canada à titre d'étudiant à l'Université du Manitoba, où il a rencontré son épouse — L'épouse du demandeur est résidente permanente depuis 2017 — La demande de parrainage du demandeur a été refusée sur le fondement de l'art. 125(1)d du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (RIPR), au motif que l'épouse du demandeur a omis de déclarer le demandeur comme étant son conjoint de fait dans sa demande de résidence permanente antérieure — L'agent a fait remarquer notamment qu'un conjoint de fait est défini comme étant un individu qui vit avec une personne dans une relation conjugale depuis au moins un an; un tel individu est exclu de la catégorie des époux ou conjoints de fait au Canada en application de l'art. 125(1)d si son répondant a déjà présenté une demande de résidence permanente et que, à l'époque où cette demande a été faite, l'étranger était un membre de la famille du répondant n'accompagnant pas ce dernier et il n'a pas fait l'objet d'un contrôle — Le défendeur a fait valoir que l'expression « à l'époque où cette demande a été faite » faisait référence à la durée de vie de la demande — Le demandeur a soutenu que l'expression faisait référence uniquement à l'époque où la demande a été faite — Il s'agissait principalement de savoir si l'agent a commis une erreur dans son interprétation de l'expression « à l'époque où cette demande a été faite » à l'art. 125(1)d — L'agent a raisonnablement interprété l'art. 125(1)d et l'a appliqué aux faits en l'espèce — Le demandeur s'est appuyé sur l'arrêt *delà Fuente c. Canada*, 2006 CAF 186, [2007] 1 R.C.F. 387, une décision dans laquelle la Cour d'appel fédérale a interprété l'art. 117(9)d du RIPR, une disposition semblable à l'art. 125(1)d — La Cour d'appel fédérale a conclu que l'expression « à l'époque où cette demande a été faite » signifiait la durée de vie de la demande — La décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *delà Fuente* était exécutoire et la période pertinente pour l'art. 125(1)d est un continuum qui s'étale sur la durée de vie de la demande — Les art. 117(9)d et 125(1)d sont tous deux semblables sur le plan de la structure et de l'objet et partagent un libellé presque identique — Les deux dispositions concernent l'exclusion d'un demandeur d'une catégorie particulière de la résidence permanente — La nature dynamique des unions de fait n'exige pas une interprétation distincte de l'art. 125(1)d — L'agent n'a pas manqué à l'équité procédurale — Demande rejetée.

DO C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5823-21, 2022 CF 1529, juge Manson, motifs du jugement en date du 10 novembre 2022, 11 p.)

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE***Sujet connexe : Citoyenneté et Immigration*

Requête fondée sur la règle 51 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, visant à interjeter appel de l'ordonnance d'un juge adjoint concernant des documents que le défendeur doit produire dans le dossier certifié du tribunal (DCT) — La demanderesse, une résidente permanente, a demandé le contrôle judiciaire de la décision du défendeur de ne pas choisir sa demande de parrainage de ses parents aux fins de traitement — Elle a également contesté la loterie établie au moyen d'instructions ministérielles données en vertu de l'art. 87.3 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR) — En mai 2021, l'autorisation de contrôle judiciaire a été accordée et le défendeur s'est fait ordonner de déposer un DCT — Le défendeur a refusé d'inclure dans le DCT les sept catégories de documents dont la demanderesse a dit être pertinents pour le contrôle judiciaire — Le juge chargé de la gestion de l'instance a accueilli la requête de la demanderesse en partie pour obliger le défendeur à fournir deux catégories de documents conformément à la règle 17 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 — La demanderesse a fait valoir que la Cour avait compétence pour instruire l'appel de l'ordonnance d'un juge adjoint (précédemment appelé protonotaire) en vertu de la règle 51 — Il

**COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin**

s'agissait de savoir si la Cour avait compétence pour instruire l'appel — La règle 51 s'applique aux demandes d'autorisation et de contrôle judiciaire — La principale question en litige était de savoir si, à la règle 51, le droit d'interjeter appel de la décision d'un juge adjoint à un juge de la Cour fédérale était incompatible avec l'art. 72(2)e) de la LIPR, qui interdit l'appel de certaines décisions interlocutoires — La décision du juge chargé de la gestion de l'instance est interlocutoire — Il s'agissait de savoir si l'art. 72(2)e) de la LIPR s'applique aux décisions interlocutoires rendues après l'octroi de l'autorisation — Le texte de la disposition et le régime de la loi sont clairs : l'art. 72(2)e) s'applique à l'étape de la demande d'autorisation et fait partie de l'art. 72, qui traite des demandes d'autorisation — Le texte de l'art. 72(2)e) confirme que la disposition porte sur les demandes d'autorisation — La structure de la LIPR confirme également que l'art. 72(2)e) porte sur les demandes d'autorisation — L'art. 72(2)e) ne peut être interprété isolément — La loi ne prévoit pas une étape « intermédiaire » qui suit l'octroi de l'autorisation, mais qui précède le début du contrôle judiciaire — Il n'y avait aucune raison de conclure qu'après l'octroi de l'autorisation, les dispositions qui régissent les demandes d'autorisation à l'art. 72(2) devraient continuer de s'appliquer — Étant donné que l'autorisation a été accordée en l'espèce, la Cour était compétente en vertu de la règle 51 pour trancher l'appel de la demanderesse à l'encontre de l'ordonnance du juge chargé de la gestion de l'instance — En ce qui concerne cet appel, l'affirmation de la demanderesse selon laquelle des documents n'avaient pas été pris en compte n'avait aucun fondement — Il n'y a pas eu d'erreur manifeste et dominante dans l'approche adoptée par le juge chargé de la gestion de l'instance — Appel rejeté.

WONG C. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ) (IMM-319-21, 2022 CF 1515, juge Sadrehashemi, motifs du jugement en date du 7 novembre 2022, 29 p.)

**CONCURRENCE**

Appel d'une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence le 31 décembre 2022 (2023 Trib. conc. 1) — Dans un premier temps, l'appelant a sollicité auprès du Tribunal de la concurrence une ordonnance visant à interdire le fusionnement des intimées Rogers Communications Inc. et Shaw Communications Inc. — Par la suite, le dessaisissement de Freedom Mobile Inc., une filiale de Shaw, en faveur de Vidéotron Ltée a été envisagé dans le cadre de l'opération — Pour rendre l'ordonnance interdisant l'opération dans son ensemble, le Tribunal devait conclure qu'elle aurait vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au sens de l'art. 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 — Le Tribunal de la concurrence n'est pas arrivé à une telle conclusion — Il a tenu compte des nombreux témoignages, notamment de témoins experts, ainsi que d'une preuve documentaire — Il a préféré le témoignage de presque tous les experts des intimées à celui des experts de l'appelant — Certes, le Tribunal de la concurrence a traité certains points de droit, dont des questions relativement non litigieuses, mais il était surtout saisi de questions de fait — Il s'agissait de savoir si le Tribunal de la concurrence a commis une erreur susceptible de révision en rendant l'ordonnance en cause — Dans l'ensemble, le Tribunal de la concurrence a tiré deux principales conclusions mixtes de fait et de droit : les opérations n'auraient vraisemblablement pas pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence; les opérations à certains égards favorisaient en fait la concurrence — L'affaire, sur le plan de la concurrence, était loin de reposer sur des subtilités — Ces deux principales conclusions étaient amplement étayées par la preuve, avaient une importance cruciale pour l'issue de l'affaire et étaient inébranlables devant la Cour — Même si le Tribunal de la concurrence avait fait erreur sur les points de droit étroits soulevés par l'appelant, il n'a pas été établi que cette erreur aurait eu une incidence sur l'issue de l'affaire — Partant, il serait inutile de renvoyer l'affaire au Tribunal de la concurrence pour qu'il se prononce à nouveau — Cela suffisait à la Cour pour rejeter l'appel de l'appelant mais, par souci d'exhaustivité, les points de droit que l'appelant a soulevés ont été examinés — En premier lieu, l'appelant a affirmé qu'en droit, le Tribunal de la concurrence était limité à l'examen du scénario initial, à savoir le fusionnement de Rogers et Shaw, et qu'il ne devait pas examiner le fusionnement assorti d'un autre élément proposé après le début de l'instance devant le Tribunal, soit le dessaisissement de Freedom Mobile Inc. en faveur de Vidéotron — L'appelant a déclaré que la distinction importait, puisqu'il incomberait alors aux intimées de démontrer que le dessaisissement n'aurait pas pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, dès lors qu'une telle diminution aurait été établie par l'appelant — L'argument a été rejeté; le fardeau de preuve peut importer si la preuve est lacunaire à l'égard d'un élément important ou dans les cas où les plateaux de la balance sont pour ainsi dire à égalité et qu'un poids doit y être jeté — Ce n'était toutefois pas le cas en l'espèce — À la lumière du dossier de preuve dont il était saisi, le Tribunal de la concurrence a conclu que l'issue serait inchangée même s'il acceptait la thèse de l'appelant sur le fardeau de la preuve — Cette conclusion était étayée par un raisonnement — Le Tribunal a tiré de nombreuses constatations de fait, claires et solides, en faveur de la thèse des intimées; il s'agissait là du fondement de son raisonnement — Le fardeau de la preuve peut aussi importer dans les cas où en faire fi – ou faire fi des circonstances – risquerait d'entraîner un manquement à l'équité procédurale à l'égard d'une partie — Cependant, en l'espèce, l'appelant était au courant du dessaisissement en faveur de Vidéotron et de l'avis possible du Tribunal de la concurrence sur la question du fardeau de la preuve assez tôt pour être en mesure d'ajuster le tir et de plaider pleinement sa cause — La question de savoir si le Tribunal de la concurrence pouvait connaître du véritable

**CONCURRENCE—Fin**

litige (le fusionnement et le dessaisissement plutôt que le fusionnement seul) était déterminée par le libellé de la Loi — En l'espèce, l'objet de la Loi prédominait — La Loi s'applique sur le plan de la vérité et de la réalité, et non sur celui de la fiction et de la fantaisie — Examiner le fusionnement seul constituerait une incursion dans la fiction et la fantaisie — L'efficacité est un autre objet de la Loi : une modification visant l'opération en cause nécessiterait la reprise de la procédure depuis le début — Retarder ainsi les choses, parfois longuement, risquerait de mener à l'abandon d'un projet somme toute favorable à la concurrence et qui était dans l'intérêt public — L'appelant a également fait valoir que le Tribunal a examiné à tort les ententes d'accès au réseau et les engagements relatifs aux prix sans le consentement de l'appelant, en contravention à l'art. 92(1)f(iii)(B) de la Loi, mais il a eu tort — Le pouvoir de rendre une ordonnance que l'art. 92(1)f) confère au Tribunal n'intervenait pas, ce dernier n'ayant pas conclu à une diminution sensible de la concurrence — Enfin, peu de temps avant la tenue de l'audience dans l'appel, l'appelant a présenté une requête en vue de faire admettre de nouveaux éléments de preuve, suivant lesquels une partie a présenté au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes une demande soulevant certains aspects relatifs à la concurrence du dessaisissement visant Freedom Mobile — Toutefois, il n'a pas été satisfait au critère relatif à l'admission de nouveaux éléments de preuve — Requête en présentation de nouveaux éléments de preuve et appel rejetés.

CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) C. ROGERS COMMUNICATIONS INC. (A-286-22, 2023 CAF 16, juge Stratas, J.C.A., motifs du jugement en date du 24 janvier 2023, 10 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL****PRIVILÈGE PARLEMENTAIRE**

Requête urgente visant à surseoir à deux sommations délivrées par l'un des défendeurs, le commissaire de la Commission sur l'état d'urgence — La Commission a été créée en vue d'enquêter sur les circonstances ayant mené à la déclaration d'état d'urgence entre le 14 et le 23 février 2022 et sur les mesures prises pour faire face à la crise — Les demandeurs devaient témoigner devant la Commission le 10 novembre 2022 — Les demandeurs ont contesté les sommations au motif que l'Assemblée législative de l'Ontario siégeait alors et que, comme ils étaient des représentants élus, ils jouissaient du privilège parlementaire qui les exonérait de l'obligation de témoigner — Les défendeurs ont affirmé que l'application du privilège parlementaire de l'immunité contre l'obligation de témoigner devant une commission d'enquête n'a pas été établie en droit — Ils ont soutenu que l'on ne devrait pas faire valoir ce privilège dans le but d'empêcher la justice de suivre son cours et que l'on y renonce régulièrement — Il s'agissait de savoir si les sommations délivrées par le commissaire devaient être suspendues jusqu'à ce que la Cour rende une décision sur la demande d'annulation des sommations pour défaut de compétence — Pour obtenir la suspension des sommations, les demandeurs devaient satisfaire au critère bien établi pour une injonction interlocutoire défini par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 — Les demandeurs devaient établir l'existence d'une question sérieuse selon une norme élevée — Le seul différend entre les parties était celui de savoir s'il est possible de faire valoir le privilège parlementaire de l'immunité contre l'obligation de témoigner pour s'opposer à des sommations délivrées par une commission d'enquête, par opposition à une assignation délivrée par un tribunal judiciaire ou administratif — La Cour a examiné par le passé l'application du privilège parlementaire aux audiences des commissions d'enquête fédérales dans *Gagliano c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 576, [2005] 3 R.C.F. 555 — Dans la décision *Gagliano*, la Cour a conclu qu'il faut établir la nécessité du privilège parlementaire de la liberté de parole uniquement en raison de l'incertitude quant à sa portée et à son application à une commission d'enquête — On ne peut en dire autant du privilège parlementaire de l'immunité contre l'obligation de témoigner — Le privilège parlementaire de l'immunité contre l'obligation de témoigner ne se limite pas à protéger les parlementaires contre les litiges vexatoires, mais s'étend aux procédures civiles en général, ainsi qu'aux affaires pénales, administratives et militaires — S'il est établi qu'un privilège parlementaire existe, il doit être étendu à toute procédure, incluant les audiences des commissions d'enquête — L'on pouvait faire valoir le privilège parlementaire de l'immunité contre l'obligation de témoigner en l'espèce — Cependant, les sommations elles-mêmes n'étaient pas invalides ni n'avaient été délivrées sans compétence et elles ne devaient donc pas être annulées — Soutenir cette affirmation reviendrait à transformer le privilège parlementaire, un bouclier, en une épée, contrairement à l'intention du législateur — Le commissaire avait compétence pour délivrer les sommations — Les questions sur lesquelles les demandeurs ont été appelés à témoigner relevaient du mandat du commissaire — Cependant, les sommations ne pouvaient être exécutées tant que les demandeurs continuaient de s'y opposer en faisant valoir le privilège parlementaire — La présente affaire relève de la deuxième exception, rare et étroite, reconnue dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, qui s'applique lorsque la question de constitutionnalité se présente uniquement sous la forme d'une pure question de droit — Refuser d'accorder une injonction interlocutoire causerait



**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

un préjudice irréparable au privilège parlementaire dont jouissent les députés de l'Assemblée législative de l'Ontario et à la primauté du droit — Permettre que les sommations soient exécutées en cas de revendication valable du privilège parlementaire affaiblirait et compromettrait la séparation constitutionnelle des pouvoirs — La levée du privilège parlementaire dans ces circonstances serait le produit de la coercition et aurait pour effet de compromettre le privilège — Le préjudice que les demandeurs subiraient si la violation du privilège parlementaire était permise l'emporte sur l'intérêt légitime de la Commission à recevoir leur témoignage — À l'inverse, le fait de permettre que les sommations soient exécutoires entraînerait la Commission à violer un privilège parlementaire établi — Requête accueillie en partie.

ONTARIO (PREMIER MINISTRE) C. CANADA (COMMISSAIRE DE LA COMMISSION SUR L'ÉTAT D'URGENCE) (T-2218-22, 2022 CF 1513, juge Fothergill, motifs de l'ordonnance en date du 7 novembre 2022, 28 p.)

**PENSIONS**

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (2021 TSS 75) a infirmé la décision de la division générale (2020 TSS 821), accordant une prestation d'enfant de cotisant invalide (prestation) payable en application de l'art. 44(1)e) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 (RPC), à l'ex-conjointe du demandeur — La prestation en cause dans la présente affaire est une prestation mensuelle à taux uniforme versée à l'enfant d'une personne qui touche des prestations d'invalidité en application du RPC — L'enfant en question était âgé de moins de 18 ans à l'époque pertinente — Les parents se sont séparés physiquement en 2017 — Avant cette séparation, la conjointe du demandeur était la cotisante invalide et touchait la prestation au nom de l'enfant — L'art. 75 du RPC prescrit que, lorsque l'enfant vit séparé du cotisant invalide, le paiement est effectué en faveur de la personne qui a la garde et la surveillance de l'enfant — Il s'agissait de savoir dans la présente affaire quel parent devrait toucher la prestation au nom de l'enfant, autrement dit, quel parent avait la garde et la surveillance de l'enfant — Le demandeur avait la garde et la surveillance de l'enfant — Il a demandé la prestation au nom de l'enfant — On lui a accordé le paiement à compter de décembre 2018 — Le demandeur a demandé à la ministre de réviser sa décision afin que le paiement de la prestation commence rétroactivement au mois de janvier 2018, la période au cours de laquelle l'enfant vivait exclusivement avec lui — À l'issue de la révision de sa décision, la ministre a changé d'idée et a appliqué l'orientation stratégique du mois d'août 2018 sur le paiement de la prestation d'enfant de cotisant invalide en application du *Régime de pensions du Canada* (Politique) — Elle a conclu que la prestation devrait être versée à la conjointe du demandeur parce qu'elle était la cotisante invalide — La ministre était d'avis que, conformément à la Politique, dans le cas d'un enfant âgé de moins de 18 ans vivant séparé du cotisant invalide, la prestation devait être versée au cotisant invalide lorsqu'il avait « un lien quelconque avec l'enfant, même minime » — La division générale a affirmé qu'elle était liée non pas par la Politique, mais par l'art. 75 du RPC — Elle a accordé le paiement de la prestation au demandeur — La division d'appel a pris en considération un nouveau document; il s'agissait d'une ordonnance rendue par la Cour de la famille de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui fixait la pension alimentaire pour enfants et les arrangements parentaux pour l'enfant — Elle a conclu qu'elle pouvait prendre l'ordonnance en considération en tant que nouvelle preuve parce qu'elle confirmait la preuve orale des parties et parce qu'elle n'était pas contestée — Elle a conclu en outre que la conclusion de fait de la division générale selon laquelle le père avait la garde et la surveillance de l'enfant était erronée — Il s'agissait de savoir si la division d'appel a rendu une décision raisonnable — La division d'appel a agi de manière déraisonnable lorsqu'elle a modifié les conclusions factuelles de la division générale dans la présente affaire — Pour déterminer si une nouvelle preuve doit être admise, la division d'appel devrait être guidée par les principes formulés dans l'arrêt *Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 — La division d'appel n'est pas le juge des faits — L'ordonnance fournie à la division d'appel ne relève pas de l'exception relative aux renseignements généraux et n'aurait pas dû être admise en preuve — Il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour soutenir rationnellement une conclusion devant la division générale que le demandeur avait la garde et la surveillance de l'enfant à compter du mois de janvier 2018 — La division générale n'a omis ou négligé aucun élément de preuve important — La division d'appel a essentiellement soupesé à nouveau les éléments de preuve soumis à la division générale, a pris en considération une nouvelle preuve, et a remplacé l'opinion de la division générale sur la valeur probante de la preuve par la sienne — La Politique n'est pas conforme à l'art. 75 du RPC — La décision de la division générale a été laissée intacte — Demande accueillie.

SIBBALD C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (A-88-21, 2022 CAF 157, juge Rivoalen, J.C.A., motifs du jugement en date du 16 septembre 2022, 18 p.)



## PRATIQUE

## ACTES DE PROCÉDURE

*Requête en radiation**Sujet connexe : Brevets*

Requête de l'intimée visant à faire rejeter l'appel interjeté par l'appelant, le procureur général du Canada — L'intimée a interjeté appel auprès de la Cour fédérale (2022 CF 923) de deux décisions de la commissaire aux brevets, en soutenant que la commissaire a appliqué le mauvais critère à la question de savoir ce qui constitue un objet brevetable — Le procureur général a consenti à l'accueil des appels — La Cour fédérale a accueilli les appels — Elle a conclu que la commissaire avait appliqué le mauvais critère juridique — L'affaire a été renvoyée à la commissaire pour nouvel examen — L'unique tâche de la Cour fédérale était de décider quelles instructions donner à la commissaire en lui renvoyant l'affaire — La Cour fédérale a finalement adopté le cadre proposé par l'Institut de la propriété intellectuelle du Canada (IPIC) et l'a reproduit au paragraphe 3 de son jugement, accompagné de l'instruction à la commissaire lui demandant d'appliquer le critère révisé lors de son nouvel examen des demandes de brevet de l'intimée — L'intimée a fait valoir que le paragraphe 3 du jugement de la Cour fédérale n'a eu pour seul effet que d'ordonner à la commissaire de réexaminer les deux demandes de l'intimée conformément aux motifs de la Cour fédérale, c'est-à-dire en appliquant le bon cadre juridique — La commissaire, au moment de son nouvel examen, était liée par ce cadre, que le paragraphe 3 du jugement existe ou non — L'intimée a fait valoir également que l'art. 27(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la Loi) dispose que les appels sont interjetés à la Cour à l'encontre d'un « jugement » de la Cour fédérale, et non à l'encontre des motifs du jugement — L'avis d'appel était donc inapproprié, puisqu'il portait sur une demande d'interjeter appel non pas du jugement de la Cour fédérale, mais bien des motifs de la Cour fédérale — L'appelant a soutenu que son appel ne devrait pas être rejeté, puisqu'il est dans l'intérêt public que la Cour « clarifie » le critère adéquat pour déterminer un objet brevetable — Il s'agissait de savoir si l'appel de l'appelant renvoyait réellement au jugement de la Cour fédérale, ou plutôt aux motifs de ce jugement — La Cour a défini certains critères afin de tenter de répondre à cette question — Suivant l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48, [2017] 3 R.C.F. F-12, les renvois généraux aux motifs dans un jugement formel ne font pas partie du jugement en lui-même, et de ce fait ne donnent pas un droit d'appel fondé sur ces motifs — Il n'y a pas de raison pour laquelle le raisonnement en matière de politique exprimé dans l'arrêt *Yansane* ne pourrait pas s'appliquer aux appels dans certaines circonstances — Plusieurs facteurs expliquent cette exigence de rédiger les jugements avec précision — L'ajout au jugement formel des motifs au soutien de l'ordonnance n'a pas pour effet de modifier le résultat de l'ordonnance — L'avis d'appel doit être lu en tenant compte des motifs et du jugement, en vue de déterminer si l'appel constitue une tentative voilée de conserver les avantages du jugement tout en réformant les motifs du jugement — Conformément à la jurisprudence, la directive particulière du paragraphe 3 faisait partie du jugement et liait de façon unique la commissaire à l'application d'un critère particulier, d'une façon que les motifs seuls ne peuvent le faire — L'appel s'inscrivait par conséquent dans la compétence de la Cour en application de l'art. 27(1) de la Loi — Requête rejetée.

CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL) C. BENJAMIN MOORE & CO. (A-188-22, 2022 CAF 194, juge Rennie, J.C.A., motifs de l'ordonnance en date du 10 novembre 2022, 11 p.)

## RECOURS COLLECTIFS

Requête visant à faire autoriser une action sous-jacente comme étant un recours collectif pour le compte d'environ 10 000 anciens combattants admissibles à une prestation de retraite supplémentaire en 2019, qui pourraient ne pas avoir reçu cette prestation ou qui pourraient avoir reçu à ce titre un montant moins élevé que, de l'avis du demandeur, ils auraient dû toucher en raison de la conduite alléguée du défendeur — Le demandeur était le représentant demandeur proposé et membre du groupe — Il a été libéré des Forces armées canadiennes pour des raisons médicales en 1996 — Il a allégué une négligence systémique (subsidièrement, de fausses déclarations négligentes), le manquement à une obligation fiduciaire et un enrichissement sans cause par le Canada, plus particulièrement par Anciens Combattants Canada (ACC) — Le demandeur et d'autres anciens combattants ont fourni des affidavits par lesquels ils ont attesté qu'en raison de blessures associées au service, ils ont eu de la difficulté à réintégrer la vie civile — Les déposants ont décrit les expériences vécues lorsqu'ils ont demandé des renseignements au sujet de l'allocation pour perte de revenus (APR) et de la prestation de retraite supplémentaire (PRS) et obtenu ceux-ci d'ACC — Le demandeur a allégué notamment que les anciens combattants ne sont pas suffisamment soutenus — Il a fait valoir qu'ACC a systématiquement mal conseillé les membres du groupe proposé au sujet de leur admissibilité aux prestations, n'a pas informé les membres du groupe proposé de la manière dont la PRS serait calculée ou du fait que la PRS dépendait de l'admissibilité à l'APR

**PRATIQUE—Fin**

et de l'approbation de celle-ci — Il a soutenu que l'allégation de négligence systémique était une cause d'action raisonnable — Le défendeur a fait valoir que les allégations du demandeur ne satisfaisaient pas au critère applicable pour autoriser un recours collectif et que ses allégations de manquement à une obligation fiduciaire et d'enrichissement sans cause ne peuvent être retenues — Il s'agissait de savoir si le demandeur a établi les éléments du critère applicable pour autoriser une action comme étant un recours collectif, autrement dit 1) si les actes de procédure révélaient une cause d'action raisonnable, et 2) si un certain fondement factuel a été établi pour toutes les autres conditions préalables à l'autorisation d'un recours collectif — Pour déterminer si un acte de procédure révèle une cause d'action raisonnable, il faut savoir s'il est évident et manifeste que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action raisonnable, autrement dit qu'il n'y a aucune chance raisonnable de succès — L'allégation de négligence systémique du demandeur n'avait aucune chance raisonnable d'être retenue et devrait être radiée — Le demandeur n'a invoqué aucun fait à l'appui de l'affirmation selon laquelle AAC n'avait pas de procédures de gestion ou opérationnelles adéquates — Concernant la question de savoir s'il était évident et manifeste que la cause d'action liée aux fausses déclarations négligentes n'avait aucune chance raisonnable de succès, l'obligation de diligence dont il était question dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Jost*, 2020 CAF 212, n'est pas analogue et ne devrait pas être élargie pour s'appliquer à l'égard des administrateurs d'autres régimes d'avantages sociaux — Les pensionnés qui ont contribué à un régime de pension au cours de nombreuses années, qui subissent toutefois des retards avant de toucher cette pension, sont différents des membres du groupe proposé qui pourraient être ou non admissibles à diverses prestations selon des critères d'admissibilité déterminés — Il n'est cependant pas évident et manifeste qu'ACC n'a aucune obligation de diligence envers les anciens combattants qui relèvent du groupe proposé — Les faits permettent de conclure à l'existence d'un lien de proximité entre les membres du groupe proposé, qui tous touchaient une APR et disposaient des services d'un gestionnaire de dossier d'ACC ou avaient des contacts périodiques avec des représentants d'ACC — Par conséquent, l'allégation de fausses déclarations négligentes est une cause d'action raisonnable et peut aller de l'avant — Concernant la question de savoir si l'allégation de manquement à une obligation fiduciaire est une cause d'action raisonnable, le versement de prestations de pension n'est pas en cause et les allégations faites contre ACC ne concernent pas un rôle qu'il pourrait jouer en tant qu'administrateur du régime de pension, mais plutôt en tant qu'administrateur de diverses prestations sociales assorties de critères d'admissibilité déterminés — Dans la présente affaire, il n'y a dans la loi aucun engagement de faire passer les intérêts des membres du groupe proposé avant ceux d'autres anciens combattants — La vulnérabilité alléguée du fait du contrôle d'ACC n'est pas suffisante pour établir l'existence d'une obligation fiduciaire — La cause d'action du demandeur pour manquement à une obligation fiduciaire n'avait aucune chance raisonnable de succès — La cause d'action du demandeur pour enrichissement sans cause n'avait elle non plus aucune chance raisonnable de succès — Le demandeur n'a invoqué aucune disposition législative ayant mené à l'enrichissement sans cause allégué du Canada — Concernant la question de savoir si le demandeur a prouvé l'existence d'un « certain fondement factuel » en ce qui concerne le reste des conditions préalables à une autorisation, le demandeur a satisfait au fardeau de définir le groupe proposé de manière qu'il reprenne les critères établis dans la jurisprudence — Les questions courantes se rapportent uniquement à la cause d'action en ce qui concerne les fausses déclarations négligentes — Le défendeur n'a offert aucune solution de rechange viable à un recours collectif — Dans le contexte de l'action dans son ensemble, comparativement aux autres solutions de rechange suggérées et compte tenu des coûts-avantages et des aspects pratiques, le recours collectif est la procédure préférable — Le demandeur est un représentant demandeur approprié — Il satisfait aux critères prescrits par l'alinéa 334.16(1)e) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Requête accueillie, action autorisée comme recours collectif.

BRUYEA C. CANADA (T-1106-20, 2022 CF 1409, juge Kane, motifs de l'ordonnance en date du 17 octobre 2022, 83 p.)

If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8<sup>e</sup> étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3