



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

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

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

Cited as [2022] 2 F.C.R., {<sup>317-548</sup>  
D-11-D-19

Renvoi [2022] 2 R.C.F., {<sup>317-548</sup>  
F-13-F-23

---

## 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, 2024.

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, 2024.

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

Editor's note .....	I
Judgments .....	317–548
Digests .....	D-11–D-19

### **Kobold v. NCS Multistage Inc. (F.C.) .....** 317

Patents — Infringement — Motion by defendant/plaintiff by counterclaim (defendant) for summary judgment, pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 213 on all claims raised in pleadings of plaintiffs/defendants by counterclaim (plaintiffs) involving patent infringement — Plaintiffs, defendant both in business of providing equipment to oil, gas industry for hydraulic fracturing, known as fracking — In present action, plaintiffs' claiming that defendant infringed, is infringing Canadian Patent No. 2919561 ('561 Patent) with four of its proprietary tools used in fracking — Defendant asked to have action resolved based on its defence of prior use pursuant to *Patent Act*, s. 56 — Litigation concerned bottomhole assembly (BHA), tool used to prepare well for production — Inventive concept of '561 Patent is new way of equalizing pressure in BHA by pulling on sealing element — Defendant building, operating number of BHAs including Mongoose, Innovus — Each of these BHAs uses device named Blue Bullet, which defendant using since 2012 — Mongoose BHA has been in use since 2012 — Plaintiffs admitted that defendant could continue to manufacture, use 2012 Mongoose but stated that what defendant could not do was expand into new commercial products, such as defendant's other three BHAs — Plaintiffs' expert claiming that only Innovus BHA infringing claims 9, 12 of '561 Patent — Issues were: whether matter was appropriate for summary judgment or summary trial; what was proper interpretation of *Patent Act*, s. 56; what was proper construction of claims of '561 Patent; whether defendant's products or activities infringed '561 Patent; whether defendant could rely on *Patent Act*, s. 56 as defence to any infringement — Some but not all aspects of claim, defence were suitable for summary judgment — Proper interpretation of *Patent Act*, s. 56 was issue suitable for summary judgment — Also appropriate to construe claims of '561 Patent on this

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Note de l'arrêttiste .....	I
Jugements .....	317–548
Fiches analytiques .....	F-13–F-23

### **Kobold c. NCS Multistage Inc. (C.F.) .....** 317

Brevets — Contrefaçon — Requête en jugement sommaire de la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) présentée, suivant la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*, à l'égard de l'ensemble des questions soulevées dans les actes de procédure des demanderesse/défenderesses reconventionnelles (les demanderesse) concernant la contrefaçon de brevet — Les demanderesse et la défenderesse exercent des activités commerciales qui consistent à fournir de l'équipement à l'industrie pétrolière et gazière pour la fracturation hydraulique (aussi appelée « *fracking* » en anglais) — Dans la présente action, les demanderesse alléguaient que l'utilisation par la défenderesse de quatre de ses outils exclusifs dans la fracturation hydraulique a contrefait et continue de contrefaire le brevet canadien n° 2919561 (le brevet '561) — La défenderesse a demandé que l'on règle le sort de l'action en faisant droit à sa défense fondée sur une utilisation antérieure visée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets* — Le litige portait sur un assemblage de fond (AF), soit un outil utilisé pour préparer un puits en vue de l'exploitation — L'idée originale visée par le brevet '561 consiste en un nouveau moyen d'équilibrer la pression dans un AF en tirant sur son élément d'étanchéité — La défenderesse fabrique et exploite un certain nombre d'AF, dont « Mongoose » et « Innovus » — Chacun de ces AF compte un dispositif appelé « Blue Bullet », que la défenderesse utilise depuis 2012 — L'AF Mongoose est en usage depuis 2012 — Les demanderesse ont admis que la défenderesse pouvait continuer de fabriquer et d'utiliser le Mongoose de 2012, mais elles affirmaient qu'il n'était pas possible pour la défenderesse de fabriquer et d'utiliser de nouveaux produits commerciaux, comme les trois autres AF — Selon l'expert des demanderesse, seul l'AF Innovus contrefait les revendications 9 et 12 du brevet '561 — Les questions en litige étaient les suivantes : la question de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

summary judgment motion — *Patent Act*, s. 56 coming into effect on December 13, 2018 — Current version thereof to be read as granting more expansive rights than previous version — Granting prior user right to commit “act” that would have otherwise constituted infringement, which is significantly broader, covering wider set of circumstances than sale or use of physical product — New statutory language including use of patented process as prior use — Regarding proper construction of claims of '561 Patent, plaintiffs' submission that expert witness making no error in construction of independent claims of '561 patent correct — Drafter of '561 Patent used consistent terminology throughout independent claims — Defendant's submissions respecting claim differentiation, use of term “secured” in specification flawed — Regarding whether defendant's products or activities infringed '561 patent, there was insufficient evidence to make determination on infringement on motion or on summary trial — Evidence unclear as to whether defendant's BHAs infringing '561 Patent — Given conflicting or insufficient evidence on certain technical issues involving equalization in particular, question of whether defendant's BHAs infringing '561 Patent not appropriate for summary judgment or summary trial — Regarding defendant's reliance on Act, s. 56 as defence to any infringement, defendant could not rely on Act, ss. 56(6), 56(9) — Clear that *Patent Act*, ss. 56(6), 56(9) are intended to benefit third parties who purchase articles or services of others — No evidence defendant was purchasing services from others; no evidence to establish that defendant was purchasing Blue Bullet element from third party — Given lack of evidence provided by defendant to support defences under Act, ss. 56(6), 56(9), it was appropriate to grant summary judgment on issue of whether these subsections applied — These defences were dismissed — Also, given circumstances herein, was necessary to determine which of defendant's acts were alleged to infringe '561 Patent; therefore infringement analysis was necessary to determine which acts had to be compared — Insufficient evidence to determine which of defendant's acts infringed '561 Patent — Therefore, motion failed respecting defendant's reliance on Act, s. 56(1) — This was matter requiring trial — Motion granted in part.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

savoir si l'affaire se prêtait à un jugement sommaire, l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561, la question de savoir si les produits ou activités de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561, et la question de savoir si la défenderesse pouvait invoquer l'article 56 de la *Loi sur les brevets* comme moyen de défense contre toute contrefaçon — Certains aspects de la demande et de la défense en l'espèce, mais pas tous, se prêtaient à un jugement sommaire — L'interprétation qui doit être donnée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets* était une question qui se prêtait à un jugement sommaire — Il était également approprié d'interpréter les revendications du brevet '561 dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire — L'article 56 de la *Loi sur les brevets* est entré en vigueur le 13 décembre 2018 — La version actuelle de celui-ci doit être interprétée de manière à ce que les droits qu'il confère soient plus vastes qu'ils ne l'étaient dans sa version antérieure — Selon la version actuelle, un utilisateur antérieur a le droit de commettre un « acte » qui par ailleurs constituerait une contrefaçon, un droit beaucoup plus vaste qui couvre un ensemble de circonstances plus large que la simple vente ou utilisation d'un produit physique — Selon le nouveau texte législatif, l'utilisation d'un procédé breveté correspond à une utilisation antérieure — Concernant l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561, les demanderesse ont affirmé à juste titre que le témoin expert n'avait commis aucune erreur dans son interprétation des revendications indépendantes du brevet '561 — Le rédacteur du brevet '561 a utilisé une terminologie uniforme dans l'ensemble des revendications indépendantes — Les arguments de la défenderesse sur le principe de la différenciation des revendications et sur le mot [TRADUCTION] « fixé » utilisé dans le mémoire descriptif étaient erronés — Concernant la question de savoir si les produits ou activités de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561, la preuve en l'espèce ne permettait pas qu'on se prononce sur la contrefaçon dans le cadre de la requête ou d'un procès sommaire — La preuve ne permettait pas d'établir clairement si les AF de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561 — La preuve au sujet de questions techniques liées à l'équilibrage en particulier étant contradictoire ou insuffisante, la question de savoir si les AF de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561 ne se prêtait pas à un jugement sommaire ou à un procès sommaire — Concernant le recours, par la défenderesse, au moyen de défense contre toute contrefaçon fondé sur l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, la défenderesse ne pouvait invoquer les paragraphes 56(6) et (9) de cette loi — Il était manifeste que les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets* visent à protéger les tiers qui achètent des articles ou les services d'autres personnes — Rien dans la preuve ne démontrait

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Plaintiffs/defendants by counterclaim (plaintiffs), defendant/plaintiff by counterclaim (defendant) both in business of providing equipment to oil, gas industry for hydraulic fracturing, known as fracking — In present action, plaintiffs claiming that defendant infringed, is infringing Canadian Patent No. 2919561 ('561 Patent) with four of its proprietary tools used in fracking — Whether matter appropriate for summary judgment or summary trial — *Federal Courts Rules*, r. 215 providing Court with clear direction on summary judgment motion — Court must grant summary judgment if it is satisfied that there is no genuine issue for trial — In present case, some aspects of claim, defence suitable for summary judgment — Proper interpretation of *Patent Act*, s. 56 was issue suitable for summary judgment — Also, was appropriate to construe claims of '561 Patent on present summary judgment motion — However, there were areas of claim, defence that could not be determined on evidence; therefore, these had to be determined at trial.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que la défenderesse achetait des services auprès d'autres fournisseurs; rien dans la preuve ne permettait d'établir qu'elle se procurait l'élément Blue Bullet auprès d'un tiers — Vu que la preuve présentée par la défenderesse ne donnait pas ouverture aux moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*, il était approprié de rendre un jugement sommaire sur la question de savoir si ces dispositions s'appliquaient — Ces moyens de défense ont été rejetés — En outre, compte tenu des circonstances de l'espèce, il était nécessaire de décider lesquels des actes de la défenderesse constitueraient une contrefaçon du brevet '561; par conséquent, une analyse de la contrefaçon était nécessaire afin de savoir quels actes devaient faire l'objet d'une comparaison — La preuve ne permettait pas de savoir quels actes commis par la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561 — Par conséquent, la requête a été rejetée en ce qui concerne le recours, par la défenderesse, au moyen de défense fondé sur le paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets* — Ce point devait être examiné dans le cadre de l'instruction de l'action — Requête accueillie en partie.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Les demanderesse/défenderesses reconventionnelles (les demanderesse) et la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) exercent des activités commerciales qui consistent à fournir de l'équipement à l'industrie pétrolière et gazière pour la fracturation hydraulique (aussi appelée « *fracking* » en anglais) — Dans la présente action, les demanderesse ont allégué que l'utilisation par la défenderesse de quatre de ses outils exclusifs dans la fracturation hydraulique avait contrefait et continuait de contrefaire le brevet canadien n° 2919561 (le brevet '561) — Il s'agissait de savoir si la présente affaire se prêtait à un jugement sommaire ou à un procès sommaire — La règle 215 des *Règles des Cours fédérales* donne à la Cour des directives claires en ce qui concerne les requêtes en jugement sommaire — La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse — En l'espèce, certains aspects de la demande et de la défense, mais pas tous, se prêtaient à un jugement sommaire — L'interprétation qui doit être donnée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets* était une question qui se prêtait à un jugement sommaire — En outre, il était approprié d'interpréter les revendications du brevet '561 dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire — Toutefois, certaines parties de la demande et de la défense ne pouvaient être tranchées en fonction de la preuve; par conséquent, elles devaient être tranchées dans le cadre de l'instruction de l'action.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Abu v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) ..... 371**

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion arising from application for judicial review in which applicant seeking order of *mandamus* compelling respondent to make decision on his eligibility for work permit, temporary resident visa (TRV) — Matter was being considered by Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC) officials at Canadian High Commission in Nairobi, Kenya — In response to order under *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, (FCCIRPR), r. 14(2), High Commission provided certified tribunal record (CTR) — Applicant brought present motion submitting that CTR was missing documents that should have been produced in accordance with FCCIRPR, r. 17 — More specifically, applicant submitted that CTR did not contain all papers relevant to matter that were in possession or control of tribunal, as required by r. 17(b) — Applicant asking Court to order respondent to produce missing documents — Respondent contended that, in connection with application for *mandamus*, r. 17(b) should be interpreted in “limited manner”; that, under this interpretation, he was not required to produce missing documents — Applicant, Nigerian, came to Canada with family under Nova Scotia Provincial Nominee Program to set up business — Applicant later returned to Nigeria for family reasons — When trying to return to Canada, applicant denied boarding on two separate occasions — Commenced application for judicial review challenging refusal to permit him to return to Canada — IRCC office subsequently receiving report from Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC) requiring additional security screening — Applicant commencing second application for judicial review seeking order of *mandamus* — Matter ordered to be continued as specially managed proceeding; production of CTR also ordered — Issues: scope of requirements to produce certified tribunal record in connection with application for *mandamus*; whether respondent produced all required documents — Respondent arguing requirement to produce CTR in connection with *mandamus* application arising under Act to be interpreted in limited manner; that documents at issue here falling outside scope of “limited” CTR respondent required to produce — Those arguments rejected — Scope of requirements of FCCIRPR, r. 17 in relation to *mandamus* application settled — FCCIRPR adopting distinct approach to production of CTR that excludes application of *Federal Courts Rules* (Rules), r. 317 — Nothing in wording of r. 17 that precludes application to *mandamus* applications — Mechanisms for obtaining CTR under Rules, r. 317, FCCIRPR, entirely different — Production of CTR under FCCIRPR happening either under r. 14(2) in connection to settlement project or under r. 15 granting application for leave — In present case, order

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Abu c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) ..... 371**

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d’immigration — Requête qui découle d’une demande de contrôle judiciaire dans laquelle le demandeur sollicite une ordonnance de *mandamus* enjoignant au défendeur de prendre une décision concernant son admissibilité à un permis de travail et à un visa de résident temporaire (VRT) — La question était examinée par les fonctionnaires d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) au haut-commissariat du Canada à Nairobi, au Kenya — En réponse à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2) des *Règles des Cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés* (les Règles CIPR), le haut-commissariat a produit un dossier certifié du tribunal (DCT) — Le demandeur a fait valoir dans sa requête qu’il manquait des documents qui auraient dû être produits conformément à la règle 17 des Règles CIPR — Plus précisément, il a soutenu que le DCT ne contenait pas tous les documents pertinents qui étaient en la possession ou sous la garde du tribunal administratif, comme l’exige l’alinéa 17b) des Règles CIPR — Il a demandé à la Cour d’enjoindre au défendeur de produire les documents manquants — Le défendeur a affirmé que, dans le contexte d’une demande de *mandamus*, l’alinéa 17b) devait être interprété « restrictivement »; et que, selon une telle interprétation, il n’était pas tenu de produire les documents manquants — Le demandeur, un Nigérian, est venu au Canada avec sa famille dans le cadre du Programme des candidats de la province de la Nouvelle-Écosse pour établir une entreprise — Il est retourné plus tard au Nigéria pour des raisons familiales — Alors qu’il tentait de revenir au Canada, le demandeur s’est vu refuser deux fois l’embarquement — Il a présenté une demande de contrôle judiciaire visant à contester le refus de le laisser rentrer au Canada — Le bureau d’IRCC a ensuite reçu du Centre d’analyse des opérations et déclarations financières du Canada (le CANAFE) un rapport qui demandait un contrôle de sécurité supplémentaire — Le demandeur a déposé une deuxième demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance de *mandamus* — Il a été ordonné que l’affaire se poursuive à titre d’instance à gestion spéciale; la production du DCT a également été ordonnée — Il s’agissait de savoir : 1) quelle était la portée de l’exigence de produire un dossier certifié du tribunal dans le contexte d’une demande de *mandamus* et 2) si le défendeur avait produit tous les documents qu’il était tenu de produire — Le défendeur a fait valoir que l’exigence de produire un DCT dans le contexte d’une demande de *mandamus* présentée en vertu de la LIPR devait être interprétée restrictivement et, en outre, que les documents en cause en l’espèce étaient exclus du champ d’application du DCT « restreint » qu’il était tenu de produire — Ces arguments ont été rejetés — La portée des exigences de la règle 17 des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

made under r. 14(2) — Regarding respondent’s production of documents, in present case, there were relevant Global Case Management System (GCMS) notes that pre-dated May 10, 2021 (date CTR was produced) that were not included in CTR — Such notes would provide important background, context to question of whether delay in processing application reasonable — Also, original CTR not including any GCMS notes between December 9, 2020, February 18, 2021, whereas processing of application continued after February 18, 2021 — However, no GCMS notes relating to any of this activity were produced — Such notes clearly relevant to underlying application — Finally, respondent also had to produce any FINTRAC reports relating to applicant or his business activities — In *mandamus* application, draft recommendations for decision not required to be produced — No basis for finding that such exception exempted disputed reports from requirements of r. 17 or that production of reports having prejudicial effect that outweighed relevance to issues to be determined — CTR produced on May 10, 2021 not complying with FCCIRPR, r. 17(b) — Respondent required to produce CTR complying with such rule, reasons herein — Motion granted.

### **Canada v. BCS Group Business Services Inc.** **(F.C.A.)** ..... 403

Income Tax — Practice — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) order granting respondent leave to be represented by Denis Gagnon, its sole shareholder, director, officer, in this proceeding instituted by respondent under *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)* (GP Rules) — Whether T.C.C. can grant leave to individual who is not a lawyer to represent corporation in appeal subject to General Procedure set out in *Tax Court of Canada Act* (Act), more particularly in Act, s. 17.1 — Appellant arguing corporation cannot appear “in

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Règles CIPR dans le contexte d’une demande de *mandamus* est établie — Les Règles CIPR prévoient une démarche distincte pour la production d’un DCT qui exclut expressément l’application de la règle 317 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) — Rien dans le libellé de la règle 17 n’empêche son application aux demandes de *mandamus* — Les mécanismes d’obtention d’un DCT en vertu de la règle 317, d’une part, et en vertu des Règles CIPR, d’autre part, sont complètement différents — Aux termes des Règles CIPR, la production d’un DCT se fait soit au titre du paragraphe 14(2) des Règles CIPR dans le cadre de discussions de règlement, soit au titre de la règle 15 des Règles CIPR suivant une demande d’autorisation couronnée de succès — En l’espèce, l’ordonnance a été prononcée au titre du paragraphe 14(2) des Règles CIPR — En ce qui concerne la production de documents du défendeur, il existait des notes pertinentes dans le Système mondial de gestion des cas (SMGC) antérieures au 10 mai 2021 (la date de production du DCT) qui n’étaient pas incluses dans le DCT — Ces notes auraient fourni des éléments de contexte importants pour établir si le retard dans le traitement de la demande était raisonnable — En outre, le DCT original ne comprenait aucune note du SMGC datée du 9 décembre 2020 au 18 février 2021, alors que le traitement de la demande a continué après le 18 février 2021 — Toutefois, aucune note du SMGC n’a été produite à cet égard — Ces notes étaient clairement pertinentes quant à la demande sous-jacente — Enfin, le défendeur devait également produire tous les rapports du CANAFE concernant le demandeur ou ses activités commerciales — Dans le cadre d’une demande de *mandamus*, des projets de recommandation de décision n’ont pas à être produits — Rien ne permettait de conclure qu’une telle exception avait pour effet de soustraire les rapports litigieux aux exigences énoncées à la règle 17 ou que la production des rapports aurait un effet préjudiciable qui l’emportait sur leur pertinence à l’égard des questions à trancher — Le DCT produit le 10 mai 2021 n’était pas conforme à l’alinéa 17b) des Règles CIPR — Le défendeur était tenu de produire un DCT conforme à cette disposition et aux présents motifs — Requête accueillie.

### **Canada c. BCS Group Business Services Inc.** **(C.A.F.)** ..... 403

Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d’une ordonnance de la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) autorisant l’intimée à être représentée par Denis Gagnon, son unique actionnaire, administrateur et dirigeant, dans le cadre de l’instance introduite par cette dernière en vertu des *Règles de la Cour canadienne de l’impôt (procédure générale)* (les Règles PG) — Il s’agissait de savoir si la C.C.I. pouvait autoriser une personne qui n’est pas un avocat à représenter une société dans un appel interjeté sous le régime de la procédure générale prévue dans la *Loi sur*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

person”, needs to be represented by physical person, i.e. lawyer — Submitting that interpretation adopted by T.C.C. in this matter rendered words “agent” in Act, s. 18.14 meaningless — Stating that, as matter of statutory interpretation of s. 17.1, Mr. Gagnon, who is not a lawyer, cannot represent respondent — In its order, T.C.C. expressly stated that s. 17.1 enabling corporation as of right to appear “in person” through whoever Court might decide to grant leave to — Issue correct interpretation of s. 17.1, specifically words “in person” in expression “may appear in person” — On proper statutory interpretation of s. 17.1, T.C.C. could not find that Mr. Gagnon personified respondent, that he was exercising respondent’s right to appear “in person” — Mr. Gagnon not a lawyer, could not act as counsel for respondent — Expression “in person” referring to a being physically present — Unlike GP Rules, no explicit distinction in Act, s. 17.1 between individual, corporation as party — If ordinary meaning of “in person” meaning adopted by legislator, a party would refer to physical person throughout, but it would include corporation in respect of right to be represented by counsel — Under s. 17.1, a party who is a corporation must be represented by counsel as defined by s. 17.1(2) — Act containing General Procedure, Informal Procedure — Efficiency in administration of justice in proceedings subject to General Procedure prime objective of legislator — Legislator not intending to take away right of physical persons to present their case through their own mouth — T.C.C., other courts having practice rule describing need to construe their rules, apply them to secure most expeditious, least expensive determination of proceedings on its merits — This not meaning that corporations given automatic right to appear in person, nor allowing T.C.C. to construe Act in accordance with its own policy preference — Nothing to suggest that legislator intended to change common law/civil law concept that only individuals had right to appear “in person” or to adopt definition other than ordinary meaning of these words at s. 17.1 — View that how a corporation can appear in person should be left to be defined in GP Rules cannot be accepted — GP Rules, r. 30(2) cannot be considered definition of words “in person” in s. 17.1 — Hence, how s. 17.1 would apply in any given case not left open — Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*la Cour canadienne de l'impôt (la Loi), et plus précisément à son article 17.1 — L'appelante a soutenu qu'une société ne pouvait pas comparaître « en personne » et devait être représentée par une personne physique, en l'occurrence un avocat — Elle a affirmé que l'interprétation retenue par la C.C.I. en l'espèce avait pour effet de vider de son sens le mot « représentant » figurant à l'article 18.14 de la Loi — L'appelante a affirmé qu'en vertu de l'interprétation législative de l'article 17.1, M. Gagnon, qui n'est pas un avocat, ne pouvait pas représenter l'intimée — Dans son ordonnance, la C.C.I. a expressément déclaré que l'article 17.1 permet à la société de comparaître de plein droit « en personne » par l'entremise de toute personne à qui la Cour accorderait l'autorisation — Il s'agissait de déterminer l'interprétation appropriée de l'article 17.1, et plus précisément des mots « en personne » dans l'expression « peuvent comparaître en personne » — Selon l'interprétation législative appropriée de l'article 17.1, la C.C.I. ne pouvait pas conclure que M. Gagnon personnifiait l'intimée, qu'il exerçait le droit de cette dernière de comparaître « en personne » — M. Gagnon n'étant pas un avocat, il ne pouvait pas agir à titre de procureur pour l'intimée — L'expression « en personne » fait référence au fait d'être physiquement présent — Contrairement aux Règles PG, l'article 17.1 de la Loi ne fait aucune distinction explicite entre une partie qui est une personne physique et celle qui ne l'est pas — Si le sens ordinaire de l'expression « en personne » est celui retenu par le législateur, une partie renverrait à une personne physique dans l'ensemble de la Loi, mais elle engloberait une société en ce qui concerne le droit d'être représenté par un avocat — Aux termes de l'article 17.1, une partie qui est une société doit être représentée par un avocat au sens du paragraphe 17.1(2) — La Loi prévoit une procédure générale et une procédure informelle — L'objectif premier du législateur était l'efficacité de l'administration de la justice dans les instances assujetties à la procédure générale — Le législateur n'avait pas l'intention de retirer le droit reconnu et accordé aux personnes physiques de faire valoir leur cause par leur propre bouche — La C.C.I. et d'autres cours ont une règle de pratique décrivant la nécessité d'interpréter leurs règles et de les appliquer de façon à pouvoir apporter une solution au litige qui soit la plus expéditive et économique possible — Cela ne signifie pas que les sociétés se voient accorder un droit automatique de comparaître en personne ni que cela permet à la C.C.I. d'interpréter la Loi selon ses propres préférences politiques — Rien n'indique que le législateur ait voulu modifier le principe de common law et du droit civil selon lequel seuls les individus avaient le droit de comparaître « en personne », ou d'adopter une définition autre que celle correspondant au sens ordinaire de ces mots à l'article 17.1 — La Cour ne peut accepter le point de vue selon lequel la façon dont une société peut comparaître en personne devrait être définie dans les Règles PG*

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Commissioner of Competition) v. Secure Energy Services Inc. (F.C.A.) . . . . . 430**

Competition — Appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under *Competition Act*, s. 104 — Application under s. 104 (Section 104 Application) was application for interim relief pending hearing of application under Act, s. 92 (Section 92 Application) — Section 92 Application that prompted Section 104 Application, then Application in Issue sought to enjoin proposed transaction through which respondents would merge (Proposed Transaction) — Section 104 Application sought interim order prohibiting proposed merger until Section 92 Application could be heard, decided — Application in Issue sought “interim interim relief” to prevent merger pending hearing of Section 104 Application — Tribunal finding it lacked jurisdiction to grant appellant’s requested relief — In present appeal, appellant seeking reversal of Tribunal’s finding that it lacked jurisdiction ever to grant interim interim relief — Given closing of Proposed Transaction, absence of live controversy on Application in Issue, present appeal moot — Discretion exercised to hear, decide appeal despite mootness — Main issue was whether Tribunal having jurisdiction to grant requested relief — Appellant arguing that Act, s. 104 providing jurisdiction necessary to grant requested relief or that such jurisdiction existing by necessary implication — Text, context, purpose of s. 104 examined — Act, s. 104(1) indicating it applies when application pursuant to s. 92 has been filed, which was case in present appeal — Since s. 104(1) applying in present situation, text not to be read more narrowly than plain textual reading suggested — Reference in s. 104(1) to “any interim order” encompassing both “interlocutory”, “interim” relief as terms used in superior courts — Also, Parliament provided detailed, specific tools to appellant, related powers to Tribunal, to intervene in transactions of concern under Act — Concerning purpose of s. 104, intent of merger review scheme to ensure that proposed mergers could be reviewed, challenged before they close — Nothing in goal of encouraging completion of merger review before closing suggesting narrow interpretation of term “any interim order” — Therefore, Act, s. 104 providing that Tribunal having jurisdiction, in proper circumstances, to grant both interlocutory relief pending decision on application under s. 92, interim relief pending decision on whether to grant interlocutory relief — Accordingly, Tribunal erring in concluding that it lacked jurisdiction necessary to grant relief requested in Application in Issue — Appeal allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

— La disposition au paragraphe 30(2) des Règles PG ne peut être considérée comme une définition des mots « en personne » figurant à l’article 17.1 — Ainsi, la question de savoir comment l’art. 17.1 s’appliquerait dans toute affaire donnée n’a pas été laissée en suspens — Appel accueilli.

### **Canada (Commissaire de la concurrence) c. Secure Energy Services Inc. (C.A.F.) . . . . . 430**

Concurrence — Appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appelant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la *Loi sur la concurrence* — La demande en vertu de l’article 104 de la Loi (demande au titre de l’article 104) était une demande de mesure provisoire dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 92 de la Loi (demande au titre de l’article 92) — La demande au titre de l’article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l’article 104 de la Loi, puis la demande en cause, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée) — La demande au titre de l’article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu’à ce que la demande au titre de l’article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée — La demande en cause visait à obtenir une « mesure provisoire provisoire » afin d’empêcher le fusionnement en attendant l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi — Le Tribunal a conclu qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure demandée par l’appelant — Dans le présent appel, l’appelant demandait l’annulation de la conclusion du Tribunal selon laquelle il n’a jamais eu compétence pour accorder une mesure provisoire provisoire — Compte tenu de la clôture de la transaction proposée, de l’absence de contentieux actuel au sujet de la demande en cause, le présent appel était théorique — Le pouvoir discrétionnaire a été exercé pour entendre et trancher l’appel malgré son caractère théorique — La principale question à trancher était de savoir si le Tribunal avait compétence pour accorder la mesure demandée — L’appelant a soutenu que l’article 104 de la Loi conférait la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée ou que cette compétence existait par déduction nécessaire — Le texte, le contexte, et l’objet de l’art. 104 ont été examinés — Le paragraphe 104(1) de la Loi indique qu’il s’applique lorsque la demande en vertu de l’article 92 a été déposée, ce qui était le cas en l’espèce — Puisque le paragraphe 104(1) s’appliquait en l’espèce, le texte ne devait pas être interprété de façon plus restrictive que le suggérait l’interprétation simple du texte — Le renvoi au paragraphe 104(1) à « toute ordonnance provisoire » englobe à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire » comme termes utilisés dans les cours supérieures —

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Practice — Mootness — Whether appeal should be heard despite its mootness — Question arising in context of appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant's request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under *Competition Act*, s. 104 seeking interim order prohibiting proposed merger — Given closing of proposed transaction (i.e. merger), absence of live controversy on Application in Issue, present appeal moot — Courts having discretion to hear appeal despite its mootness — In deciding whether to exercise such discretion, court should consider factors discussed by Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)* — Factors are (i) whether adversarial context remains; (ii) concern for judicial economy; (iii) respect for proper law-making function of Court — Question in issue in present appeal likely to recur — All three factors listed in *Borowski* favouring hearing appeal — Therefore, discretion exercised to hear, decide present appeal.

Practice — Appeals and New Trials — Whether appellant raised new issue on appeal — Question arising in context of appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant's request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

De plus, le législateur a fourni à l'appelant des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal les pouvoirs connexes d'intervenir dans des transactions préoccupantes aux termes de la Loi — Concernant l'objet de l'article 104, l'intention du régime d'examen des fusionnements est de s'assurer que les fusionnements proposés puissent faire l'objet d'un examen et être contestés, au besoin, avant leur clôture — Rien à propos de l'objectif d'encourager l'achèvement de l'examen d'un fusionnement avant la clôture de celui-ci ne laissait entendre une interprétation restrictive de « toute ordonnance provisoire » — Par conséquent, l'article 104 de la Loi prévoit que le Tribunal ayant compétence, dans les circonstances appropriées, accorde à la fois un redressement interlocutoire en attendant qu'une décision concernant la demande au titre de l'article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire en attendant qu'une décision sur la question d'accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue — Par conséquent, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en cause — Appel accueilli.

Pratique — Caractère théorique — Il s'agissait de savoir si l'appel devait être entendu malgré son caractère théorique — La question a été soulevée dans le contexte de l'appel à l'encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l'appelant (demande en cause) dans l'attente de l'audition de la demande en vertu de l'article 104 de la *Loi sur la concurrence*, demandant une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé — Compte tenu de la clôture de la transaction proposée, de l'absence de contentieux actuel au sujet de la demande en cause, le présent appel était théorique — Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel malgré son caractère théorique — Pour décider s'ils doivent exercer ce pouvoir discrétionnaire, les tribunaux devraient tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)* — Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l'économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit — La question en litige dans le présent appel était susceptible de se répéter — Les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski* militaient en faveur de l'audition du présent appel — Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire d'entendre et de trancher le présent appel a donc été exercé.

Pratique — Appels et nouveaux procès — Il s'agissait de savoir si l'appelant a soulevé une nouvelle question en appel — La question a été soulevée dans le contexte de l'appel à l'encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of application under *Competition Act*, s. 104 — Appeal raising no new issue that should not be considered — While appellant's argument before Tribunal not directed explicitly to interpretation of s. 104, Tribunal clearly considered that section when it concluded that it lacked jurisdiction to grant requested relief — Appellant entitled to appeal its consideration on this point — Thus, appellant made new argument on existing issue but not raising new issue.

### **Dzawada'enuxw First Nation v. Canada (F.C.) . . . . . 462**

Practice — Pleadings — Amendments — Motion seeking order granting leave to plaintiff to file second further amended statement of claim (Proposed Amended Claim) pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 75(1) — Proposed Amended Claim seeking to remove allegations relating to infringement of plaintiff's asserted Aboriginal rights to harvest fish, and manage fisheries (Disputed Amendments) — If amendments allowed, plaintiff would seek declarations concerning existence of Aboriginal rights in respect of eulachon, no longer assert infringement of those rights — Plaintiff submitting amendments would expedite trial — Defendant Her Majesty the Queen (Canada) submitting case law not contemplating bare declarations that address only existence of Aboriginal right under *Constitution Act, 1982*, s. 35 — Defendant Cermaq Canada Ltd. (Cermaq) submitting that Proposed Amended Claim containing pleading posing no reasonable prospect of success; bare declaration of Aboriginal right serving no useful purpose; pleading contrary to interests of justice — Whether Disputed Amendments having reasonable prospect of success — Disputed Amendments not having reasonable prospect of success — Legal test for declaratory relief not met — Threshold requirement on motion to amend pleadings that proposed amendment must have reasonable prospect of success — Question to be asked is whether amendment, if it were already part of proposed pleadings, would be plea capable of being struck out — *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia* (B.C.C.A.) persuasive appellate level authority on this motion — In this case, by not pleading real "dispute" that is "attached to specific facts" as regards its asserted Aboriginal right to fish eulachon, plaintiff failed to demonstrate how its pleadings satisfied all elements of four-part test in *Ewert v. Canada* on when a court may grant declaratory relief — Similar to *Cheslatta*, Proposed Amended Claim not alleging any violation by defendants of plaintiff's asserted Aboriginal fishing

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

concurrency a rejeté la demande de mesure à court terme de l'appelant (demande en cause) dans l'attente de l'audition de la demande en vertu de l'article 104 de la *Loi sur la concurrence* — L'appel ne soulevait aucune nouvelle question qui ne devrait pas être prise en considération — Bien que l'argument de l'appelant devant le Tribunal n'ait pas porté explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée — L'appelant avait le droit d'interjeter appel sur ce point — De sorte que l'appelant a présenté un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne soulevait pas une nouvelle question.

### **Première Nation des Dzawada'enuxw c. Canada (C.F.) . . . . . 462**

Pratique — Actes de procédure — Modifications — Requête visant à obtenir une ordonnance accordant à la demanderesse l'autorisation de déposer une deuxième déclaration modifiée (la déclaration modifiée proposée) conformément au paragraphe 75(1) des *Règles des Cours fédérales* — La déclaration modifiée proposée visait à supprimer toutes les allégations relatives à la violation des droits ancestraux revendiqués de récolter le poisson et de gérer les pêches (les modifications proposées) — Si les modifications sont acceptées, la demanderesse cherchera à obtenir un jugement déclarant l'existence des droits ancestraux à l'égard de l'eulakane, mais elle ne fera plus valoir la violation de ces droits — La demanderesse a soutenu que les modifications accéléreront le procès — La défenderesse, Sa Majesté la Reine (Canada), a soutenu que la jurisprudence n'envisage pas la possibilité de rendre un jugement déclarant uniquement l'existence d'un droit ancestral au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — La défenderesse, Cermaq Canada Ltd. (Cermaq), a soutenu que la déclaration modifiée proposée contient un acte de procédure qui n'a aucune possibilité raisonnable d'être acceptée; qu'il ne servait à rien de rendre un jugement déclarant l'existence de droits ancestraux; et que l'acte de procédure était contraire à l'intérêt de la justice — Il s'agissait de savoir si les modifications contestées avaient une possibilité raisonnable de succès — Les modifications contestées n'avaient pas une possibilité raisonnable de succès — Le critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires n'a pas été rempli — Il s'agit de savoir si la modification, si elle faisait déjà partie de l'acte de procédure proposé, constituerait un moyen susceptible d'être radié — L'arrêt *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia* (C.A.C.-B.) est une décision à caractère persuasif — En l'espèce, en n'invoquant pas un véritable « litige » qui soit [TRADUCTION] « rattaché à des faits précis » en ce qui concerne le droit ancestral de pêcher l'eulakane qu'elle revendique, la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

rights relating to eulachon — No facts alleged in proposed amendments supporting existence of live controversy between parties on that issue — Absence of “live controversy” on face of pleadings particularly problematic in this case where plaintiff sought free-standing declaration of its Aboriginal right to fish eulachon — Supreme Court of Canada making it clear that Aboriginal rights claims must be adjudicated within concrete factual context — Proposed bare declaration regarding eulachon would not serve useful purpose in terms of establishing extent of harvest, exchange, management of eulachon — Not allowing plaintiff to exercise those rights with less fear of prosecution or interference from governments — Disputed Amendments not simplifying negotiations, analyses of duties to consult, accommodate — Motion dismissed.

Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Plaintiff, in proposed amended statement of claim, seeking declarations concerning existence of Aboriginal rights in respect of eulachon, but no longer asserting infringement of those rights — Amendments seeking bare declarations of Aboriginal rights dismissed, having no reasonable prospect of success — No facts alleged in proposed amendments supporting existence of live controversy between parties on that issue — Supreme Court of Canada making it clear that Aboriginal rights claims must be adjudicated within concrete factual context.

### **Canada (Attorney General) v. Gregorio (F.C.) . . . . 488**

Pensions — Judicial review of Social Security Tribunal Appeal Division decision granting leave to appeal decision of General Division — Respondent filed application for Canada Pension Plan disability benefits, which application came before General Division — General Division found respondent had provided insufficient evidence that she was disabled as of relevant date; had concerns about respondent’s evidence — Respondent appealed General Division Decision to Appeal Division — Appeal Division granted leave to appeal (Leave Decision) — Subsequently, applicant applied for judicial review of Leave

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

demanderesse n’a pas démontré comment ses actes de procédure satisfont à tous les éléments du critère à quatre volets de l’arrêt *Ewert c. Canada*, lequel a été élaboré pour déterminer quand un tribunal peut prononcer un jugement déclaratoire — À l’instar de l’arrêt *Cheslatta*, la déclaration modifiée proposée ne contenait aucune allégation selon laquelle les défendeurs auraient violé les droits de pêche ancestraux relatifs à l’eulakane revendiqués par la demanderesse — Il n’y a pas de faits allégués dans les modifications proposées qui confirment l’existence d’un litige réel entre les parties sur cette question — L’absence de « litige réel » à la lecture des actes de procédures était particulièrement problématique du fait que la demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire distinct sur son droit ancestral de pêcher l’eulakane — La Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les revendications autochtones doivent être examinées dans un contexte factuel concret — Le simple jugement déclaratoire proposé au sujet de l’eulakane ne permettra pas d’établir la mesure dans laquelle la demanderesse peut pêcher, échanger et gérer l’eulakane — Le jugement déclaratoire proposé ne permettra pas non plus à la demanderesse d’exercer ces droits avec moins de crainte de poursuites ou d’autres ingérences de la part des gouvernements — Les modifications contestées ne permettront pas de simplifier les négociations ni les analyses des obligations de consultation et d’accommodement — Requête rejetée.

Droit constitutionnel — Droits ancestraux et droits issus de traités — La demanderesse, dans sa déclaration modifiée proposée, sollicitait un jugement déclarant l’existence des droits ancestraux à l’égard de l’eulakane, mais n’alléguait plus que ces droits ont été violés — Les modifications visant à obtenir un simple jugement déclaratoire au sujet des droits ancestraux ont été rejetées puisqu’elles n’avaient aucune possibilité raisonnable de succès — Les faits allégués dans les modifications proposées n’appuyaient pas l’existence d’un litige réel entre les parties sur cette question — La Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les revendications autochtones devaient être examinées dans un contexte factuel concret.

### **Canada (Procureur général) c. Gregorio (C.F.) . . . . 488**

Pensions — Contrôle judiciaire d’une décision par laquelle la division d’appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d’en appeler d’une décision de la division générale — La défenderesse avait déposé une demande de prestations d’invalidité du Régime de pensions du Canada, demande qui a été examinée par la division générale du Tribunal de la sécurité sociale — La division générale a conclu que la défenderesse n’avait pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu’elle était invalide à la date pertinente; elle avait des réserves à propos de la preuve de la défenderesse — La défenderesse a

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Decision — Neither applicant nor Minister of Employment and Social Development (Minister) sought stay of Leave Decision from Federal Court or suspension of proceedings from Tribunal — After Appeal Division hearing on appeal, Minister requested that appeal be suspended pending judicial review application — Later, Appeal Division rendering decision on merits of appeal; denying Minister's request to suspend proceedings; finding that Minister failed to request suspension until after hearing had occurred; finding that General Division crossed line into error when it assessed respondent's overall credibility — As well, Appeal Division found that there was enough evidence on record to decide case on its merits; found that respondent was disabled, entitled to benefits retroactive to April 2015 — Whether application for judicial review was premature; whether Appeal Division's decision granting leave was reasonable; whether equitable remedy should be ordered — Only grounds of appeal of General Division Decision are outlined in *Department of Employment and Social Development Act*, s. 58(1) — Act, s. 68, which provides that decision of Social Security Tribunal on any application is final, is but privative or preclusive clause — Such clauses are commonplace in statutes establishing administrative tribunals — Their intent is to signal that decisions of tribunal are entitled to deference — They do not oust judicial review of their decisions — Positive leave decision not properly characterized as final decision — Refusing to hear judicial review of positive leave decision not necessarily running contrary to principles of efficiency, judicial economy, as full hearing of merits of appeal may not be avoided — Where decision before Federal Court is not final decision of administrative tribunal on merits, Federal Court should only intervene in such decision in exceptional circumstances and where there would be no opportunity for concerns with decision to be addressed — This was approach taken in this matter — Whether there was error in General Division Decision falling within Act, s. 58 was issue applicant could raise on appeal on merits — Applicant's view could hardly be said to rise to height of exceptional circumstances — Therefore, application for judicial review premature — Even if application not premature, Leave Decision was reasonable — Appeal Division found that there was arguable case that General Division had made flawed credibility assessment — In present case, Appeal Division found that General Division made adverse credibility finding against respondent — This was reasonable since General Division Decision heavily implied that respondent attempted to deceive it — Even if Federal Court were to have found that Leave Decision was unreasonable, no equitable remedy would have been awarded — In seeking to set Leave Decision aside, applicant was seeking to do indirectly what he chose not to do directly — Such conduct did not sit well with court of equity, such as Federal Court — Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

interjeté appel de la décision de la division générale devant la division d'appel — La division d'appel a accordé la permission d'interjeter appel (décision accordant la permission d'en appeler) — Le demandeur a par la suite sollicité le contrôle judiciaire de la décision accordant la permission d'en appeler — Ni le demandeur ni le ministre de l'Emploi et du Développement social (ministre) n'a demandé à la Cour fédérale un sursis à l'exécution de la décision accordant la permission d'en appeler ou la suspension de l'instance devant le Tribunal — Après l'audience de la division d'appel, le ministre a demandé que l'appel soit suspendu le temps que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée — Plus tard, la division d'appel a rendu sa décision sur le fond de l'appel; elle a rejeté la demande du ministre visant la suspension de l'instance; elle a conclu que le ministre n'avait pas demandé de suspension avant que l'audience soit tenue et a conclu que la division générale avait dépassé les bornes et commis une erreur lorsqu'elle avait évalué la crédibilité globale de la défenderesse — La division d'appel a également jugé que la preuve au dossier était suffisante pour que l'affaire soit tranchée sur le fond et a conclu que la défenderesse était invalide et qu'elle avait droit à des prestations rétroactives à avril 2015 — Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était prématurée; si la décision de la division d'appel accordant la permission d'en appeler était raisonnable; et si une réparation en equity devrait être ordonnée — Les seuls moyens d'appel d'une décision de la division générale sont énoncés au paragraphe 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social* — L'article 68 de la Loi, suivant lequel une décision du Tribunal de la sécurité sociale à l'égard d'une demande est définitive et sans appel, n'est qu'une clause privative ou limitative — De telles dispositions sont courantes dans les lois qui créent des tribunaux administratifs — Elles ont pour objet de signaler que les décisions administratives commandent la déférence — Elles n'excluent pas le contrôle judiciaire de ces décisions — Il est inapproprié de qualifier de définitive et sans appel une décision accordant la permission d'en appeler — Le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler ne va pas nécessairement à l'encontre des principes de l'efficacité et de l'économie des ressources judiciaires, car une audience complète sur le fond de l'appel pourrait ne pas être évitée — Lorsque la décision dont elle est saisie n'est pas la décision définitive que le tribunal administratif a rendue sur le fond, la Cour fédérale ne devrait intervenir à l'égard d'une telle décision que dans des circonstances exceptionnelles et lorsque rien ne pourrait donner lieu à des réserves qui devront être traitées — Telle a été la démarche adoptée en l'espèce — La question de savoir si la décision de la division générale comportait une erreur au regard de l'article 58, le demandeur pouvait la soulever dans le cadre de l'appel sur le fond — On pouvait difficilement considérer

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law — Judicial Review — Respondent filed application for Canada Pension Plan disability benefits — General Division of Social Security Tribunal, which heard application, found that respondent had provided insufficient evidence that she was disabled as of relevant date; had concerns about respondent's evidence — Respondent appealed General Division Decision to Appeal Division — Appeal Division of Social Security Tribunal granting leave to appeal (Leave Decision) — Subsequently, applicant applied for judicial review of Leave Decision — Whether application for judicial review premature — Absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed or until available, effective remedies are exhausted — *Department of Employment and Social Development Act*, s. 68, which provides that decision of Social Security Tribunal on any application is final is but privative or preclusive clause — Such clauses are commonplace in statutes establishing administrative tribunals — Their intent is to signal that tribunal's decisions are entitled to deference — They do not oust judicial review of their decisions — Refusing to hear judicial review of positive leave decision not running contrary to principles of efficiency, judicial economy, as full hearing of merits of appeal may not be avoided — Where decision before Federal Court is not final decision of administrative tribunal on merits, Federal Court should only intervene in such decision in exceptional circumstances and where there would be no opportunity for concerns with decision to be addressed — This was approach taken in this matter — Whether there was error in General Division Decision falling within Act, s. 58 was issue

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

que la position du demandeur était une circonstance exceptionnelle — Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire était prématurée — Même si la demande n'était pas prématurée, la décision accordant la permission d'en appeler était raisonnable — La division d'appel a conclu qu'il existait une cause défendable selon laquelle l'appréciation de la crédibilité qu'avait effectuée la division générale était viciée — Dans la présente affaire, la division d'appel a conclu que la division générale avait tiré une conclusion défavorable en matière de crédibilité à l'encontre de la défenderesse — Il était raisonnable de le conclure, car la division générale suggérait fortement dans sa décision que la défenderesse avait tenté de la tromper — Même si la Cour fédérale avait jugé la décision accordant la permission d'en appeler déraisonnable, elle n'aurait accordé aucune réparation en equity — En tentant de faire annuler la décision accordant la permission d'en appeler, le demandeur cherchait à faire indirectement ce qu'il a choisi de ne pas faire directement — La Cour fédérale, à titre de tribunal d'equity, ne pouvait que voir d'un mauvais œil l'adoption d'une telle conduite — Demande rejetée.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — La défenderesse avait déposé une demande de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada — La division générale du Tribunal de la sécurité sociale, qui a entendu la demande, a conclu que la défenderesse n'avait pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu'elle était invalide à la date pertinente; elle avait des réserves à propos de la preuve de la défenderesse — La défenderesse a interjeté appel de la décision de la division générale devant la division d'appel — La division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d'interjeter appel (décision accordant la permission d'en appeler) — Le demandeur a par la suite sollicité le contrôle judiciaire de la décision accordant la permission d'en appeler — Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était prématurée — À défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés — L'article 68 de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, suivant lequel une décision du Tribunal de la sécurité sociale à l'égard d'une demande est définitive et sans appel, n'est qu'une clause privative ou limitative — De telles dispositions sont courantes dans les lois qui créent des tribunaux administratifs — Elles ont pour objet de signaler que les décisions administratives commandent la déférence — Toutefois, elles n'excluent pas le contrôle judiciaire de ces décisions — Le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler ne va pas à l'encontre des principes de l'efficacité et de l'économie des ressources judiciaires, car une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

applicant could raise on appeal on merits — Applicant’s view on Leave Decision not considered to rise to height of exceptional circumstances — Therefore application for judicial review premature.

### Duval v. Seapace (Ship) (F.C.) ..... 513

Maritime Law — Practice — Motion, by defendants, for summary judgment pursuant to *Federal Courts Rules*, rr. 213–215 with respect to plaintiff’s action for personal injury caused by ship — Plaintiff is stevedore — His claim stemmed from injuries suffered due to shipping accident involving defendants’ vessel, Seapace, at Port of Bécancour in August 2014 — As result of his injuries, plaintiff on medical leave but then progressively returned to work — Plaintiff receiving workers’ compensation from Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — In present action, he sought compensation for alleged losses in excess of amounts of compensation he received from CNESST — Plaintiff invoking Federal Court’s maritime law jurisdiction — Opposing defendant’s motion, submitting in particular that common law theories of issue estoppel, abuse of process not applicable in present case on basis of Supreme Court’s judgment in *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc. (Wärtsilä)* — Pleaded that civil law concept of *chose jugée (res judicata)* as codified in art. 2848 of *Civil Code of Quebec* applying by virtue of Supreme Court’s decision in *Wärtsilä*; that, neither criteria of art. 2848 of Civil Code nor common law principles met in this case — Component of claim at issue in present motion was plaintiff’s claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards — Defendants pleaded that CNESST Review Decision was final, binding decision on issue of lost revenue, diminished future earning potential after July 5, 2017; that plaintiff estopped from re-litigating this issue (issue estoppel); alternatively, that re-litigating this issue in light of CNESST Review Decision was abuse of process — What was applicable law in present case?; should motion for summary judgment be granted? — Plaintiff’s claim was based on Canadian maritime law — Parties disagreed as to law applicable to issue of impact, if any, of CNESST Review Decision on claim for lost revenue from July 5, 2017 onwards — Plaintiff submitted that following *Wärtsilä*, in absence of enacted federal law or regulation

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

audience complète sur le fond de l’appel pourrait ne pas être évitée — Lorsque la décision dont elle est saisie n’est pas la décision définitive que le tribunal administratif a rendue sur le fond, la Cour fédérale ne devrait intervenir à l’égard d’une telle décision que dans des circonstances exceptionnelles et lorsque rien ne pourrait donner lieu à des réserves qui devront être traitées — Telle a été la démarche adoptée en l’espèce — La question de savoir si la décision de la division générale comportait une erreur au regard de l’article 58, le demandeur pouvait la soulever dans le cadre de l’appel sur le fond — On ne pouvait considérer que la position du demandeur était une circonstance exceptionnelle — Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire était prématurée.

### Duval c. Seapace (Navire) (C.F.) ..... 513

Droit maritime — Pratique — Requête des défendeurs visant l’obtention d’un jugement sommaire en vertu des règles 213 à 215 des *Règles des Cours fédérales* à l’égard de l’action du demandeur pour blessures corporelles causées par un navire — Le demandeur est docker — Sa demande découlait des blessures subies à la suite d’un accident maritime impliquant le navire des défendeurs, le Seapace (le navire), au port de Bécancour en août 2014 — En raison de ses blessures, le demandeur a été en congé de maladie, après quoi il est progressivement retourné au travail — Le demandeur a reçu des indemnités d’accident du travail de la Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — Dans la présente action, le demandeur a demandé une indemnisation pour les pertes alléguées en sus des montants d’indemnisation qu’il a reçus de la CNESST — Le demandeur a invoqué la compétence en droit maritime de la Cour fédérale — Il s’est opposé à la requête des défendeurs au motif que la doctrine de common law de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et celle de l’abus de procédure n’étaient pas applicables en l’espèce compte tenu de l’arrêt *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc. (Wärtsilä)* de la Cour suprême — Il a soutenu que le concept de droit civil de la chose jugée, codifié à l’article 2848 du Code civil du Québec, s’appliquait en vertu de l’arrêt de la Cour suprême dans l’affaire *Wärtsilä* et que ni les critères de l’article 2848 du Code civil ni les principes de common law n’avaient été respectés en l’espèce — L’élément qui était en cause dans la présente requête était la demande du demandeur pour la perte de revenus à partir du 5 juillet 2017 — Les défendeurs ont fait valoir que la décision de révision de la CNESST était définitive et exécutoire sur la question de la perte de revenus et de la diminution de la capacité de gain future à partir du 5 juillet 2017; que le demandeur était empêché par une fin de non-recevoir de demander le réexamen de cette question (préclusion découlant d’une question déjà tranchée); subsidiairement, que le réexamen de la question, compte tenu

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

that regulates aspect of claim under Canadian maritime law, provisions of Civil Code or any other provincial legislation would apply — Landscape of constitutional analysis in terms of Canadian maritime law may have shifted somewhat following *Wärtsilä* but not to extent that plaintiff claimed — Canadian maritime law is broad, comprehensive body of federal law — In present matter, not only did issues of maritime negligence fall within core of navigation, shipping but plaintiff, defendants had no such contractual relationship that would have opened door to possibility of another body of law being applicable — Although much of Canadian maritime law is non-statutory law, it cannot be said that maritime matters now to be governed by provincial statutory law — Therefore, Supreme Court's decision in *Wärtsilä* not having effect of making *res judicata*, abuse of process, as codified in Civil Code, *Code of Civil Procedure*, applicable to component of plaintiff's maritime negligence claim at issue in present motion — Applicable law was that of issue estoppel, abuse of process — Motion for summary judgment should not be granted here — Compensation provided by CNESST impacted plaintiff's action against defendants, was factor that had to be taken into account — Component of claim at issue in present motion not so clearly without foundation that it did not deserve consideration by trier of fact at trial — Rules, r. 214 requiring that responding party, plaintiff, set out specific facts, adduce evidence showing there is genuine issue for trial — Plaintiff's position not so devoid of merit that it did not deserve consideration at trial — Defendants not meeting their burden of demonstrating that there was no genuine issue for trial within meaning of Rules, r. 215(1) with respect to plaintiff's claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards — Accordingly, whether plaintiff suffered loss of income, decreased earning potential as result of defendant's alleged negligence after July 4, 2017, was issue that would move on to trial — Motion dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

de la décision de révision de la CNESST, constituait un abus de procédure — Quel était le droit applicable en l'espèce? La requête en jugement sommaire devait-elle être accueillie? — La demande du demandeur était fondée sur le droit maritime canadien — Les parties étaient en désaccord quant au droit applicable à la question de l'incidence, le cas échéant, de la décision de révision de la CNESST concernant la demande pour perte de revenus à partir du 5 juillet 2017 — Le demandeur a soutenu que selon l'arrêt *Wärtsilä*, en l'absence d'une loi ou d'un règlement fédéral en vigueur qui réglerait l'aspect de la demande fondée sur le droit maritime canadien, ce sont les dispositions du Code civil ou de toute autre loi provinciale qui s'appliqueraient — Le paysage de l'analyse constitutionnelle en ce qui concerne le droit maritime canadien a peut-être quelque peu changé à la suite de l'arrêt *Wärtsilä*, mais pas dans la mesure où le demandeur le prétendait — Le droit maritime canadien est un ensemble vaste et complet de règles de droit fédérales — En l'espèce, non seulement s'agissait-il de questions de négligence en matière maritime qui touchaient au contenu essentiel du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, mais le demandeur et les défendeurs n'avaient pas de relation contractuelle qui aurait ouvert la porte à la possibilité qu'un autre corps de règles soit applicable — Bien qu'une grande partie du droit maritime canadien soit non statutaire, on ne pouvait pas dire que les questions maritimes devaient maintenant être régies par le droit statutaire provincial — Par conséquent, la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Wärtsilä* n'a pas pour effet de rendre les doctrines de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure, codifiées dans le Code civil et le *Code de procédure civile*, applicables à l'élément de la demande du demandeur pour négligence en matière maritime, qui est en cause dans la présente requête — Les règles de droit applicables trouvent leurs origines dans le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et dans celui de l'abus de procédure — La requête en jugement sommaire ne devait pas être accueillie en l'espèce — L'indemnisation accordée par la CNESST avait eu une incidence sur l'action du demandeur contre les défendeurs et était un facteur dont il fallait tenir compte — L'élément de la demande en cause dans la présente requête n'était pas si manifestement sans fondement ou son succès tellement douteux qu'il ne méritait pas d'être examiné par le juge des faits lors du procès — La règle 214 exige que la partie qui répond à une requête, en l'occurrence le demandeur, expose des faits précis et produise des éléments de preuve démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse — La position du demandeur n'était pas dénuée de fondement au point de ne pas mériter d'être examinée lors du procès — Les défendeurs n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau de démontrer l'absence de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 215(1) des

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Motion, by defendants, for summary judgment pursuant to *Federal Courts Rules*, rr. 213–215 with respect to plaintiff’s action for personal injury caused by ship — Plaintiff’s claim stemming from injuries suffered due to shipping accident involving defendant’s vessel, *Seapace (Vessel)*, at Port of Bécancour — As result of his injuries, plaintiff on medical leave but eventually returning to work — Plaintiff receiving workers’ compensation from Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — In present action, plaintiff sought compensation for alleged losses in excess of amounts of compensation he received from CNESST — What was test for motion for summary judgment?; was motion for summary judgment appropriate herein? — Purpose of summary judgment to allow Court to summarily dispense with cases that should not proceed to trial because there is no genuine issue for trial; thereby conserving judicial resources, improving access to justice — Rules, r. 215(1) providing that Court shall grant summary judgment where Court is satisfied that “there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence” — Test on motion for summary judgment is not whether party cannot succeed at trial but rather whether case is clearly without foundation — Onus is on party seeking summary judgment to establish absence of genuine issue for trial — In present case, timing of motion not inappropriate — No doubt that timing of defendants’ motion for summary judgment was in conformity with Rules, r. 213, which provides that such motion may be brought at any time after defence has been filed but before time, place for trial have been fixed — While defendants not succeeding in their motion, it did not follow that motion was inappropriate — Also, no indication on record that motion was used inappropriately to cause delay or disproportionately increase costs — Motion also not abuse of process.

## SOMMAIRE (Fin)

Règles en ce qui concerne la demande du demandeur pour la perte de revenus subie à partir du 5 juillet 2017 — Par conséquent, la question de savoir si le demandeur avait subi une perte de revenu et une diminution de sa capacité de gain après le 4 juillet 2017 en raison de la négligence alléguée des défendeurs devait être examinée au procès — Requête rejetée.

Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Requête des défendeurs visant l’obtention d’un jugement sommaire en vertu des règles 213 à 215 des *Règles des Cours fédérales* à l’égard de l’action du demandeur pour blessures corporelles causées par un navire — La demande du demandeur découlait des blessures subies à la suite d’un accident maritime impliquant le navire des défendeurs, le *Seapace* (le navire), au port de Bécancour — En raison de ses blessures, le demandeur a été en congé de maladie, après quoi il est retourné au travail — Le demandeur a reçu des indemnités d’accident du travail de la Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — Dans la présente action, il a demandé une indemnisation pour les pertes alléguées en sus des montants d’indemnisation qu’il a reçus de la CNESST — Quel était le critère applicable en matière de requête en jugement sommaire? La requête en jugement sommaire était-elle appropriée en l’espèce? — Le jugement sommaire a pour objet de permettre à la Cour de disposer sommairement d’affaires qui ne devraient pas se rendre à procès en raison du fait qu’elles ne soulèvent aucune véritable question litigieuse, et d’épargner ainsi les ressources judiciaires et améliorer l’accès à la justice — Le paragraphe 215(1) des Règles exige que la Cour rende un jugement sommaire si elle est convaincue qu’il « n’existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense » — Le critère à appliquer pour une requête en jugement sommaire ne consiste pas à savoir si une partie a des chances d’obtenir gain de cause au procès, mais plutôt à déterminer « si l’affaire est clairement sans fondement » — Il incombe à la partie requérante de démontrer qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse — En l’espèce, le moment choisi pour présenter la requête n’était pas inapproprié — Il ne faisait aucun doute que le moment choisi par les défendeurs pour présenter leur requête en jugement sommaire était conforme à la règle 213, qui prévoit qu’une telle requête peut être présentée à tout moment après le dépôt de la défense, et avant que les heure, date et lieu de l’instruction soient fixés — Les défendeurs n’ont pas obtenu gain de cause, ce qui ne signifiait pas nécessairement que la requête était inappropriée — En outre, rien dans le dossier n’indiquait que la requête avait été déposée de manière inappropriée pour augmenter de façon démesurée la durée et le coût des instances — La requête ne constituait pas plus un abus de procédure.

## EDITOR'S NOTE

On December 11, 2023, a correction was made by the Court to the reasons for judgment in *Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355. At paragraph 37, line 1, replace “La conclusion de la juge voulant” with “La juge était fondée de conclure”. The electronic version of that judgment, which includes the correction, is available on the Internet at the following Web sites:

<http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

<http://publications.gc.ca/site/eng/369902/publication.html>

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

Le 11 décembre 2023, une correction fut apportée par la Cour aux motifs du jugement dans l'arrêt *Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355. Au paragraphe 37, première ligne, remplacer « La conclusion de la juge voulant » par « La juge était fondée de conclure ». La version électronique de ce jugement comprend la correction et est disponible sur Internet aux sites suivants :

<http://recueil.cmf-fja.gc.ca/fra/>

<http://publications.gc.ca/site/fra/369902/publication.html>



**Federal Courts  
Reports**

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

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

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



T-451-20  
2021 FC 1437

T-451-20  
2021 CF 1437

**Kobold Corporation, Kobold Completions Inc., and 2039974 Alberta Ltd.** (*Plaintiffs/Defendants by Counterclaim*)

**Kobold Corporation, Kobold Completions Inc., et 2039974 Alberta Ltd.** (*demanderesse/défenderesse reconventionnelles*)

v.

c.

**NCS Multistage Inc.** (*Defendant/Plaintiff by Counterclaim*)

**NCS Multistage Inc.** (*défenderesse/demanderesse reconventionnelle*)

**INDEXED AS: KOBOLD v. NCS MULTISTAGE INC.**

**RÉPERTORIÉ : KOBOLD c. NCS MULTISTAGE INC.**

Federal Court, Zinn J.—By videoconference, September 29, 2021; Ottawa, December 17, 2021 and January 7, 2022.

Cour fédérale, juge Zinn—Par vidéoconférence, 29 septembre 2021; Ottawa, 17 décembre 2021 et 7 janvier 2022.

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

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

*Patents — Infringement — Motion by defendant/plaintiff by counterclaim (defendant) for summary judgment, pursuant to Federal Courts Rules, r. 213 on all claims raised in pleadings of plaintiffs/defendants by counterclaim (plaintiffs) involving patent infringement — Plaintiffs, defendant both in business of providing equipment to oil, gas industry for hydraulic fracturing, known as fracking — In present action, plaintiffs' claiming that defendant infringed, is infringing Canadian Patent No. 2919561 ('561 Patent) with four of its proprietary tools used in fracking — Defendant asked to have action resolved based on its defence of prior use pursuant to Patent Act, s. 56 — Litigation concerned bottomhole assembly (BHA), tool used to prepare well for production — Inventive concept of '561 Patent is new way of equalizing pressure in BHA by pulling on sealing element — Defendant building, operating number of BHAs including Mongoose, Innovus — Each of these BHAs uses device named Blue Bullet, which defendant using since 2012 — Mongoose BHA has been in use since 2012 — Plaintiffs admitted that defendant could continue to manufacture, use 2012 Mongoose but stated that what defendant could not do was expand into new commercial products, such as defendant's other three BHAs — Plaintiffs' expert claiming that only Innovus BHA infringing claims 9, 12 of '561 Patent — Issues were: whether matter was appropriate for summary judgment or summary trial; what was proper interpretation of Patent Act, s. 56; what was proper construction of claims of '561 Patent; whether defendant's products or activities infringed '561 Patent; whether defendant could rely on Patent Act, s. 56 as defence to any infringement — Some*

*Brevets — Contrefaçon — Requête en jugement sommaire de la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) présentée, suivant la règle 213 des Règles des Cours fédérales, à l'égard de l'ensemble des questions soulevées dans les actes de procédure des demanderesse/défenderesse reconventionnelles (les demanderesse) concernant la contrefaçon de brevet — Les demanderesse et la défenderesse exercent des activités commerciales qui consistent à fournir de l'équipement à l'industrie pétrolière et gazière pour la fracturation hydraulique (aussi appelée « fracking » en anglais) — Dans la présente action, les demanderesse alléguaient que l'utilisation par la défenderesse de quatre de ses outils exclusifs dans la fracturation hydraulique a contrefait et continue de contrefaire le brevet canadien n° 2919561 (le brevet '561) — La défenderesse a demandé que l'on règle le sort de l'action en faisant droit à sa défense fondée sur une utilisation antérieure visée à l'article 56 de la Loi sur les brevets — Le litige portait sur un assemblage de fond (AF), soit un outil utilisé pour préparer un puits en vue de l'exploitation — L'idée originale visée par le brevet '561 consiste en un nouveau moyen d'équilibrer la pression dans un AF en tirant sur son élément d'étanchéité — La défenderesse fabrique et exploite un certain nombre d'AF, dont « Mongoose » et « Innovus » — Chacun de ces AF compte un dispositif appelé « Blue Bullet », que la défenderesse utilise depuis 2012 — L'AF Mongoose est en usage depuis 2012 — Les demanderesse ont admis que la défenderesse pouvait continuer de fabriquer et d'utiliser le Mongoose de 2012, mais elles affirmaient qu'il n'était pas possible pour la défenderesse de fabriquer et d'utiliser de nouveaux produits commerciaux, comme les trois autres*

*but not all aspects of claim, defence were suitable for summary judgment — Proper interpretation of Patent Act, s. 56 was issue suitable for summary judgment — Also appropriate to construe claims of '561 Patent on this summary judgment motion — Patent Act, s. 56 coming into effect on December 13, 2018 — Current version thereof to be read as granting more expansive rights than previous version — Granting prior user right to commit “act” that would have otherwise constituted infringement, which is significantly broader, covering wider set of circumstances than sale or use of physical product — New statutory language including use of patented process as prior use — Regarding proper construction of claims of '561 Patent, plaintiffs' submission that expert witness making no error in construction of independent claims of '561 patent correct — Drafter of '561 Patent used consistent terminology throughout independent claims — Defendant's submissions respecting claim differentiation, use of term “secured” in specification flawed — Regarding whether defendant's products or activities infringed '561 patent, there was insufficient evidence to make determination on infringement on motion or on summary trial — Evidence unclear as to whether defendant's BHAs infringing '561 Patent — Given conflicting or insufficient evidence on certain technical issues involving equalization in particular, question of whether defendant's BHAs infringing '561 Patent not appropriate for summary judgment or summary trial — Regarding defendant's reliance on Act, s. 56 as defence to any infringement, defendant could not rely on Act, ss. 56(6), 56(9) — Clear that Patent Act, ss. 56(6), 56(9) are intended to benefit third parties who purchase articles or services of others — No evidence defendant was purchasing services from others; no evidence to establish that defendant was purchasing Blue Bullet element from third party — Given lack of evidence provided by defendant to support defences under Act, ss. 56(6), 56(9), it was appropriate to grant summary judgment on issue of whether these subsections applied — These defences were dismissed — Also, given circumstances herein, was necessary to determine which of defendant's acts were alleged to infringe '561 Patent; therefore infringement analysis was necessary to determine which acts had to be compared — Insufficient evidence to determine which of defendant's acts infringed '561 Patent — Therefore, motion failed respecting defendant's reliance on Act, s. 56(1) — This was matter requiring trial — Motion granted in part.*

*AF — Selon l'expert des demanderesse, seul l'AF Innovus contrefait les revendications 9 et 12 du brevet '561 — Les questions en litige étaient les suivantes : la question de savoir si l'affaire se prêtait à un jugement sommaire, l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 56 de la Loi sur les brevets, l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561, la question de savoir si les produits ou activités de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561, et la question de savoir si la défenderesse pouvait invoquer l'article 56 de la Loi sur les brevets comme moyen de défense contre toute contrefaçon — Certains aspects de la demande et de la défense en l'espèce, mais pas tous, se prêtaient à un jugement sommaire — L'interprétation qui doit être donnée à l'article 56 de la Loi sur les brevets était une question qui se prêtait à un jugement sommaire — Il était également approprié d'interpréter les revendications du brevet '561 dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire — L'article 56 de la Loi sur les brevets est entré en vigueur le 13 décembre 2018 — La version actuelle de celui-ci doit être interprétée de manière à ce que les droits qu'il confère soient plus vastes qu'ils ne l'étaient dans sa version antérieure — Selon la version actuelle, un utilisateur antérieur a le droit de commettre un « acte » qui par ailleurs constituerait une contrefaçon, un droit beaucoup plus vaste qui couvre un ensemble de circonstances plus large que la simple vente ou utilisation d'un produit physique — Selon le nouveau texte législatif, l'utilisation d'un procédé breveté correspond à une utilisation antérieure — Concernant l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561, les demanderesse ont affirmé à juste titre que le témoin expert n'avait commis aucune erreur dans son interprétation des revendications indépendantes du brevet '561 — Le rédacteur du brevet '561 a utilisé une terminologie uniforme dans l'ensemble des revendications indépendantes — Les arguments de la défenderesse sur le principe de la différenciation des revendications et sur le mot [TRADUCTION] « fixé » utilisé dans le mémoire descriptif étaient erronés — Concernant la question de savoir si les produits ou activités de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561, la preuve en l'espèce ne permettait pas qu'on se prononce sur la contrefaçon dans le cadre de la requête ou d'un procès sommaire — La preuve ne permettait pas d'établir clairement si les AF de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561 — La preuve au sujet de questions techniques liées à l'équilibrage en particulier étant contradictoire ou insuffisante, la question de savoir si les AF de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561 ne se prêtait pas à un jugement sommaire ou à un procès sommaire — Concernant le recours, par la défenderesse, au moyen de défense contre toute contrefaçon fondé sur l'article 56 de la Loi sur les brevets, la défenderesse ne pouvait invoquer les paragraphes 56(6) et (9) de cette loi — Il était manifeste que les paragraphes 56(6) et (9) de la Loi sur les brevets visent à protéger les tiers qui achètent des articles ou les services d'autres personnes — Rien dans la preuve ne démontrait que la défenderesse achetait des services auprès d'autres fournisseurs;*

*rien dans la preuve ne permettait d'établir qu'elle se procurait l'élément Blue Bullet auprès d'un tiers — Vu que la preuve présentée par la défenderesse ne donnait pas ouverture aux moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la Loi sur les brevets, il était approprié de rendre un jugement sommaire sur la question de savoir si ces dispositions s'appliquaient — Ces moyens de défense ont été rejetés — En outre, compte tenu des circonstances de l'espèce, il était nécessaire de décider lesquels des actes de la défenderesse constitueraient une contrefaçon du brevet '561; par conséquent, une analyse de la contrefaçon était nécessaire afin de savoir quels actes devaient faire l'objet d'une comparaison — La preuve ne permettait pas de savoir quels actes commis par la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561 — Par conséquent, la requête a été rejetée en ce qui concerne le recours, par la défenderesse, au moyen de défense fondé sur le paragraphe 56(1) de la Loi sur les brevets — Ce point devait être examiné dans le cadre de l'instruction de l'action — Requête accueillie en partie.*

*Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Plaintiffs/defendants by counterclaim (plaintiffs), defendant/plaintiff by counterclaim (defendant) both in business of providing equipment to oil, gas industry for hydraulic fracturing, known as fracking — In present action, plaintiffs claiming that defendant infringed, is infringing Canadian Patent No. 2919561 ('561 Patent) with four of its proprietary tools used in fracking — Whether matter appropriate for summary judgment or summary trial — Federal Courts Rules, r. 215 providing Court with clear direction on summary judgment motion — Court must grant summary judgment if it is satisfied that there is no genuine issue for trial — In present case, some aspects of claim, defence suitable for summary judgment — Proper interpretation of Patent Act, s. 56 was issue suitable for summary judgment — Also, was appropriate to construe claims of '561 Patent on present summary judgment motion — However, there were areas of claim, defence that could not be determined on evidence; therefore, these had to be determined at trial.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Les demanderesse/défenderesses reconventionnelles (les demanderesse) et la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la défenderesse) exercent des activités commerciales qui consistent à fournir de l'équipement à l'industrie pétrolière et gazière pour la fracturation hydraulique (aussi appelée « fracking » en anglais) — Dans la présente action, les demanderesse ont allégué que l'utilisation par la défenderesse de quatre de ses outils exclusifs dans la fracturation hydraulique avait contrefait et continuait de contrefaire le brevet canadien n° 2919561 (le brevet '561) — Il s'agissait de savoir si la présente affaire se prêtait à un jugement sommaire ou à un procès sommaire — La règle 215 des Règles des Cours fédérales donne à la Cour des directives claires en ce qui concerne les requêtes en jugement sommaire — La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse — En l'espèce, certains aspects de la demande et de la défense, mais pas tous, se prêtaient à un jugement sommaire — L'interprétation qui doit être donnée à l'article 56 de la Loi sur les brevets était une question qui se prêtait à un jugement sommaire — En outre, il était approprié d'interpréter les revendications du brevet '561 dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire — Toutefois, certaines parties de la demande et de la défense ne pouvaient être tranchées en fonction de la preuve; par conséquent, elles devaient être tranchées dans le cadre de l'instruction de l'action.*

This was a motion for summary judgment by the defendant/plaintiff by counterclaim (defendant), pursuant to rule 213 of the *Federal Courts Rules*, on all of the claims raised in the pleadings of the plaintiffs/defendants by counterclaim (plaintiffs) involving patent infringement. The plaintiffs and the defendant are both in the business of providing equipment to the oil and gas industry for hydraulic fracturing, commonly known as fracking. In this action, the plaintiffs claim that

Il s'agissait d'une requête en jugement sommaire présentée par la défenderesse/demanderesse reconventionnelle (la défenderesse), suivant la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*, à l'égard de l'ensemble des questions soulevées dans les actes de procédure des demanderesse/défenderesses reconventionnelles (les demanderesse) concernant la contrefaçon de brevet. Les demanderesse et la défenderesse exercent des activités commerciales qui consistent à fournir de l'équipement



the defendant infringed and is infringing Canadian Patent No. 2919561 ('561 Patent) with four of its proprietary tools used in fracking. The defendant asked to have the action resolved based on its defence of prior use pursuant to section 56 of the *Patent Act*. If successful, it stated it would drop its counterclaim.

Fracking is a method of extracting oil and natural gas. The litigation concerned the bottomhole assembly (BHA), a tool used to prepare a well for production. The inventive concept of the '561 Patent is a new way of equalizing pressure in the BHA by pulling on the sealing element. In so doing, the sealing element can be disengaged from the wall of the well, creating an annular passageway on the outside of the sealing element for fluid to flow through. The defendant builds and operates a number of BHAs. The four BHAs at issue in this litigation are known as the Mongoose, Shift Frac Close (SFC), Shift Frac Close 2 (SFC 2), and Innovus. The evidence was that each of these BHAs uses as part of its packer assembly a device named the Blue Bullet. Each is used in conjunction with an equalization valve that releases the fluid pressure and unsets the packer. Apparently, the defendant has been using the Blue Bullet packer element in its BHAs since 2012. While the Blue Bullet element has been used in the defendant's BHAs since 2012, variants of this device have been developed over time. The Mongoose BHA has been in use since 2012. The evidence of the dates of first use of the other BHAs was unclear but appeared to have been subsequent to the Mongoose. At the hearing, the plaintiffs admitted that the defendant could continue to manufacture and use the 2012 Mongoose (presumably because of section 56 of the *Patent Act*) but stated that what the defendant could not do was expand into new commercial products, such as the other three BHAs.

In the opinion of the plaintiffs' expert in this proceeding, all four of the defendant's BHAs fell under claims 1 and 15 of the '561 Patent. However, only the Innovus BHA infringed claims 9 and 12. This is because all of the defendant's BHAs operate by way of co-operating shoulders and therefore the sealing element is not "secured" to the mandrel. However, in the case of the Innovus, there is a set screw running from the sealing ring to the mandrel, which secures them, despite the co-operating shoulders.

à l'industrie pétrolière et gazière pour la fracturation hydraulique (aussi appelée « *fracking* » en anglais). Dans la présente action, les demanderesse allèguent que l'utilisation par la défenderesse de quatre de ses outils exclusifs dans la fracturation hydraulique a contrefait et continue de contrefaire le brevet canadien n° 2919561 (le brevet '561). La défenderesse a demandé qu'on règle le sort de l'action en faisant droit à sa défense fondée sur une utilisation antérieure visée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets*. Elle a dit que si elle avait gain de cause, elle se désisterait de sa demande reconventionnelle.

La fracturation hydraulique consiste en une méthode d'extraction de pétrole et de gaz naturel. Le présent litige portait sur un assemblage de fond (AF), un outil utilisé pour préparer un puits en vue de l'exploitation. L'idée originale visée par le brevet '561 consiste en un nouveau moyen d'équilibrer la pression dans un AF en tirant sur son élément d'étanchéité, afin que cet élément se sépare de la paroi d'un puits, produise un passage annulaire entre sa partie extérieure et la paroi et qu'un fluide puisse y passer. La défenderesse fabrique et exploite un certain nombre d'AF. Les quatre AF visés par le présent litige sont appelés « Mongoose », « Shift Frac Close » (SFC), « Shift Frac Close 2 » (SFC 2) et « Innovus ». Selon la preuve, chacun de ces AF compte une garniture d'étanchéité partiellement constituée d'un dispositif appelé « Blue Bullet », et chacun d'eux doit être utilisé d'après une valeur d'égalisation qui cause un relâchement de la pression de fluide et un dégagement de leur garniture d'étanchéité. Il semblerait que la garniture d'étanchéité des AF de la défenderesse comporterait un élément Blue Bullet depuis 2012. Les AF de la défenderesse comprennent un élément Blue Bullet depuis 2012, mais d'autres versions de ce dispositif ont été conçues au fil du temps. L'AF Mongoose est en usage depuis 2012. La preuve concernant les dates de la première utilisation des autres AF était imprécise, mais il semblait qu'ils aient été utilisés après le Mongoose. À l'audience, les demanderesse ont admis que la défenderesse pouvait continuer de fabriquer et d'utiliser le Mongoose de 2012 (vraisemblablement en raison de l'article 56 de la *Loi sur les brevets*), mais elles ont affirmé qu'il n'était pas possible pour la défenderesse de fabriquer et d'utiliser de nouveaux produits commerciaux, comme les trois autres AF.

Selon l'expert des demanderesse dans la présente instance, les quatre AF de la défenderesse sont visés par les revendications 1 et 15 du brevet '561, mais seul l'AF Innovus contrefait les revendications 9 et 12, car tous les AF de la défenderesse sont utilisés grâce à des épaulements qui fonctionnent conjointement, si bien que leur élément d'étanchéité n'est pas fixé au mandrin. Il a cependant affirmé que, dans le cas de l'AF Innovus, malgré la présence d'épaulements qui fonctionnent conjointement, une vis de pression figure entre l'anneau d'étanchéité et le mandrin, afin de les fixer l'un à l'autre.

This was the first judicial interpretation of section 56 of the *Patent Act* and the first occasion it was considered as a defence to a patent infringement action. The issues were whether the matter was appropriate for summary judgment or summary trial; what was the proper interpretation of section 56 of the *Patent Act*; what was the proper construction of the claims of the '561 Patent; whether the defendant's products or activities infringed the '561 Patent; and whether the defendant could rely on section 56 of the *Patent Act* as a defence to any infringement.

*Held*, the motion should be granted in part.

Rule 215 of the *Federal Courts Rules* provides the Court with clear direction on a summary judgment motion. The Court must grant summary judgment if it is satisfied that there is no genuine issue for trial (subsection 215(1)). Where the only genuine issue for trial is a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly (paragraph 215(2)(b)). If the Court is satisfied that there is a genuine issue for trial, it may still determine that issue by way of summary trial or dismiss the motion in whole or in part; it can order that the action or the issues in the action not disposed of by summary judgment proceed to trial or that the action be conducted as a specially managed proceeding (subsection 215(3)). The burden of establishing that there is no genuine issue for trial is heavy and summary judgment should be granted only in the clearest of cases. In this case, some but not all aspects of the claim and defence were suitable for summary judgment. The proper interpretation of section 56 of the *Patent Act* was a discrete question of law that could be resolved without reference to any of the factual issues at play. It was an issue suitable for summary judgment. Furthermore, it was appropriate to construe the claims of the '561 Patent on this summary judgment motion. There were areas of the claim and defence that could not be determined on the evidence before the Court and therefore had to be determined at a trial.

Section 56 of the *Patent Act*, as it currently reads, came into effect on December 13, 2018. This provision applies only in respect of an action or proceeding in respect of a patent issued on the basis of an application whose filing date is on or after October 1, 1989, and that is commenced on or after October 29, 2018. Subsections (1), (6) and (9) of section 56 of the *Patent Act* were at play in this litigation. The current version of section 56 is to be read as granting more expansive rights than the previous version. In particular, it grants a prior user the right to commit an "act" that would have otherwise

Les tribunaux n'avaient pas encore eu l'occasion d'interpréter l'article 56 de la *Loi sur les brevets* : la question de savoir si cette disposition constitue un moyen de défense opposable dans une action en contrefaçon de brevet a été examinée pour la première fois. Les questions en litige étaient les suivantes : la question de savoir si l'affaire se prêtait à un jugement sommaire, l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561, la question de savoir si les produits ou activités de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561, et la question de savoir si la défenderesse pouvait invoquer l'article 56 de la *Loi sur les brevets* comme moyen de défense contre toute contrefaçon.

*Jugement* : la requête doit être accueillie en partie.

La règle 215 des *Règles des Cours fédérales* donne à la Cour des directives claires en ce qui concerne les requêtes en jugement sommaire. La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse (paragraphe 215(1)). Lorsque la seule véritable question litigieuse est un point de droit, la Cour peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence (alinéa 215(2)(b)). Lorsque la Cour est convaincue qu'il existe une véritable question litigieuse, elle peut tout de même trancher cette question par voie de procès sommaire, ou rejeter la requête en tout ou en partie; elle peut ordonner que l'action ou toute question litigieuse non tranchée par jugement sommaire soit instruite, ou que l'action se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale (paragraphe 215(3)). Le fardeau d'établir l'inexistence d'une véritable question litigieuse est lourd et un jugement sommaire ne devrait être rendu que dans les cas les plus évidents. En l'espèce, certains aspects de la demande et de la défense, mais pas tous, se prêtaient à un jugement sommaire. L'interprétation qui doit être donnée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets* était une question de droit distincte qui pouvait être tranchée sans tenir compte des questions factuelles en cause : il s'agissait d'une question qui se prêtait à un jugement sommaire. En outre, il était approprié d'interpréter les revendications du brevet '561 dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire. Certaines parties de la demande et de la défense ne pouvaient être tranchées en fonction de la preuve dont la Cour disposait et, par conséquent, elles devaient être tranchées dans le cadre de l'instruction de l'action.

L'article 56 de la *Loi sur les brevets*, dans son libellé actuel, est entré en vigueur le 13 décembre 2018. Cette disposition ne s'applique que lorsque l'action ou la procédure relative à un brevet délivré à la suite d'une demande dont la date de dépôt est le 1<sup>er</sup> octobre 1989, ou après cette date, est intentée le 29 octobre 2018, ou après cette date. Les paragraphes 56(1), (6) et (9) de la *Loi sur les brevets* étaient en cause dans le présent litige. La version actuelle de l'article 56 doit être interprétée de manière à ce que les droits qu'il confère soient plus vastes qu'ils ne l'étaient dans sa version antérieure. En

constituted infringement. This is significantly broader and covers a wider set of circumstances than simply the sale or use of a physical product. The new statutory language includes the use of a patented process as a prior use. The word “act” in subsection 56(1) should be read in light of section 42 of the *Patent Act*, which speaks to a patent granting exclusive rights to “making, constructing and using the invention and selling it to others to be used.” These are the acts protected by subsection 56(1). Second, the previous English version of subsection 56(1) limited the protection to the sale or use of the “specific” physical manifestation of the invention. The current version of subsection 56(1), in both languages, instead protects the commission of “the same act” (*le même acte*) that would have constituted infringement. Finally, the current version of subsection 56(1) grants protection not only to persons who committed an infringing act prior to the claim date but also to those who “made serious and effective preparations to commit such an act.” Subsections 56(6) and 56(9) deal with the use of a purchased article or service. They appear designed to extend prior user rights to third parties. There are no corresponding provisions in the previous version of the *Patent Act*. Under subsection 56(1), while the prior user may add to or alter the invention in other respects that do not further infringe the patent, the prior user cannot change or alter the relevant (i.e. relating to the inventive concept) part of the invention, even if those modifications infringe the inventive concept in the same manner. In considering a defence under subsection 56(1), first, one must determine whether the acts being performed before and after the claim date are identical (other than wholly non-functional changes, such as colour). If they are, then there is no need to consider infringement given that subsection 56(1) would always provide a defence to any potential infringement. Second, if the acts are not identical, one must determine whether the acts infringe the patent, and if they do, which claims. If the post-claim acts do not infringe the patent, then there is no “otherwise infringing acts” and therefore no need to rely on subsection 56(1). If the pre-claim acts do not infringe the patent, subsection 56(1) cannot apply. If the post-claim date acts infringe a particular claim of the patent that the pre-claim date acts do not, subsection 56(1) cannot apply. Finally, if the pre – and post-claim date acts are not identical but only infringe the same claims, then one must determine whether the changes relate to the inventive concept of the patent. If they do not, then subsection 56(1) will provide a defence. Only in the clearest of cases, where the acts before the claim date are identical to those after the claim date, is there no need to construe the claims of the patent or conduct an infringement analysis. Such cases would be particularly well suited for summary judgment.

particulier, il confère à un utilisateur antérieur le droit de commettre un « acte » qui par ailleurs constituerait une contrefaçon. Ce droit est beaucoup plus vaste et couvre un ensemble de circonstances plus large que la simple vente ou utilisation d’un produit physique. Selon le nouveau texte législatif, l’utilisation d’un procédé breveté correspond à une utilisation antérieure. Le mot « acte » utilisé au paragraphe 56(1) devrait être interprété à la lumière de l’article 42 de la *Loi sur les brevets*, selon lequel tout brevet accorde au breveté le droit exclusif « de fabriquer, construire, exploiter et vendre [l’objet de l’invention] à d’autres, pour qu’ils l’exploitent ». Ces actes sont ceux que protège le paragraphe 56(1). Deuxièmement, selon la version anglaise antérieure du paragraphe 56(1), la protection était limitée à la vente ou à l’utilisation d’une manifestation physique [TRADUCTION] « en particulier » (*specific*) de l’invention. La version actuelle du paragraphe 56(1) protège plutôt, dans les deux langues, le fait pour une personne de commettre « le même acte » (*the same act*) qui par ailleurs constituerait une contrefaçon. Enfin, la version actuelle du paragraphe 56(1) accorde une protection non seulement aux personnes qui ont commis un acte de contrefaçon avant la date de revendication, mais aussi aux personnes qui « [ont] fait [...] des préparatifs effectifs et sérieux en vue de commettre un tel acte ». Les paragraphes 56(6) et (9) traitent de l’utilisation d’un article ou d’un service acheté. Ils semblent conçus pour accorder à des tiers les droits d’un utilisateur antérieur. La version antérieure de la *Loi sur les brevets* ne comprenait aucune disposition équivalente. Suivant le paragraphe 56(1), bien que l’utilisateur antérieur puisse, relativement à d’autres aspects qui ne constituent pas une contrefaçon supplémentaire du brevet, ajouter des éléments à l’invention ou l’altérer, il ne peut modifier ou altérer la partie pertinente de l’invention (c.-à-d. liée à l’idée originale), et ce, même si ces modifications constituent, de la même manière, une contrefaçon quant à l’idée originale. Dans le cadre de l’examen d’un moyen de défense fondé sur le paragraphe 56(1), il faut premièrement chercher à savoir si les actes commis avant et après la date de revendication sont identiques (mis à part les modifications entièrement non fonctionnelles, comme la couleur). Dans l’affirmative, il n’est pas nécessaire d’examiner s’il y a une contrefaçon, car le paragraphe 56(1) fournit dans tous les cas un moyen de défense contre toute contrefaçon éventuelle. Deuxièmement, si les actes ne sont pas identiques, il faut chercher à savoir s’ils constituent une contrefaçon du brevet et, le cas échéant, quelles revendications sont visées. Si les actes postérieurs à la date de revendication ne constituent pas une contrefaçon du brevet, aucun « acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon » n’est commis et, par conséquent, il n’est pas nécessaire d’invoquer le paragraphe 56(1). Si les actes antérieurs à la date de revendication ne constituent pas une contrefaçon du brevet, le paragraphe 56(1) ne peut s’appliquer. Si les actes commis après la date de revendication constituent une contrefaçon d’une revendication particulière du brevet et que ce n’est pas le cas pour les actes commis avant cette date, le paragraphe 56(1) ne peut s’appliquer. Enfin, lorsque les actes

With respect to the proper construction of the claims of the '561 Patent, the defendant submitted in particular that the plaintiffs' expert witness erred in construing the phrase "secured thereto" in claims 9 and 12 of the '561 Patent, which he alleged the Innovus packer was infringing, while the other packers do not. The plaintiffs' submission that the expert witness made no error in his construction of the independent claims of the '561 patent was correct. The principles of claim construction and the specification of the '561 Patent supported the expert witness' distinction between the words "secured" and "connected." The drafter of the '561 Patent used consistent terminology throughout the independent claims. Where the drafter deviated in the language used, it should be presumed that a different meaning was intended. The defendant's submissions respecting claim differentiation and the use of the term "secured" in the specification were flawed.

Regarding whether the defendant's products or activities infringed the '561 patent, there was insufficient evidence to make a determination on infringement on the motion or on a summary trial. The evidence was unclear as to whether the defendant's BHAs were infringing the '561 Patent. According to the claims of the '561 Patent, pulling on the sealing element creates an annular passageway that allows fluid to flow through, equalizing pressure. Therefore, even if the defendant's operations cause the sealing element to be pulled on, there is only infringement if this pulling creates an annular passageway that equalizes pressure. Given that the defendant's BHAs feature equalization valves, if the equalization valves equalize pressure before the annular passageway is formed, then the annular passageway does not equalize pressure and there is no infringement. The specification of the '561 Patent is clear that an annular passageway is not formed immediately after the sealing element is pulled. The process of forming an annular passageway takes time. It is entirely possible that in a device that features an equalization valve, equalization will already be complete by the time that the annular passageway is formed. There was conflicting evidence as to how long it takes

antérieurs et postérieurs à la date de revendication ne sont pas identiques mais qu'ils contrefont uniquement les mêmes revendications, il faut chercher à savoir si les modifications se rapportent à l'idée originale du brevet. Si ce n'est pas le cas, le paragraphe 56(1) constitue un moyen de défense. Ce n'est que dans les cas les plus clairs, lorsque les actes commis avant la date de revendication sont identiques à ceux commis après cette date, qu'il est inutile d'interpréter les revendications du brevet ou d'effectuer une analyse de la contrefaçon. De tels cas se prêteraient particulièrement bien à un jugement sommaire.

En ce qui concerne l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561, la défenderesse a notamment soutenu que le témoin expert des demanderesse avait donné une interprétation erronée du terme [TRADUCTION] « fixé » employé dans les revendications 9 et 12 du brevet '561, lesquelles étaient à son avis contrefaites par la garniture d'étanchéité de l'Innovus, mais pas par les autres garnitures d'étanchéité. Les demanderesse ont affirmé à juste titre que le témoin expert n'avait commis aucune erreur dans son interprétation des revendications indépendantes du brevet '561. Les principes qui s'appliquent à l'interprétation des revendications et le mémoire descriptif du brevet '561 appuyaient la distinction que le témoin expert a faite entre les mots [TRADUCTION] « fixé » et [TRADUCTION] « connecté ». Le rédacteur du brevet '561 a utilisé une terminologie uniforme dans l'ensemble des revendications indépendantes. Il y avait donc lieu de présumer que lorsqu'il ne l'a pas fait, il voulait que les termes aient un sens différent. Les arguments de la défenderesse sur le principe de la différenciation des revendications et sur le mot [TRADUCTION] « fixé » utilisé dans le mémoire descriptif étaient erronés.

Concernant la question de savoir si les produits ou activités de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561, la preuve en l'espèce ne permettait pas qu'on se prononce sur la contrefaçon dans le cadre de la requête ou d'un procès sommaire. La preuve ne permettait pas d'établir clairement si les AF de la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561. Le texte des revendications de ce brevet indique qu'une traction exercée sur l'élément d'étanchéité produit un passage annulaire à travers lequel un fluide peut circuler, afin d'égaliser la pression. Par conséquent, il y a contrefaçon uniquement lorsque la traction crée un passage annulaire qui entraîne une égalisation de pression, et ce, même si les procédures de la défenderesse entraînent une traction de l'élément d'étanchéité. Étant donné que les AF de la défenderesse comportent des soupapes d'égalisation, le passage annulaire ne provoque aucune égalisation de pression si les soupapes égalisent la pression avant la formation du passage et il n'y a aucune contrefaçon. Le mémoire descriptif du brevet '561 montre clairement qu'un passage annulaire n'est pas produit immédiatement après la traction de l'élément d'étanchéité. Le processus de création d'un passage annulaire dure

for equalization to occur. There was insufficient evidence on the motion as to how long it takes to equalize pressure using an equalization valve. Combined with the uncertainty of how long it takes for an annular passageway to form by pulling on the sealing element, it was unclear whether equalization would already be complete prior to the annular passageway being formed. Therefore, the question of whether the defendant's BHAs infringe the '561 Patent was not appropriate for summary judgment or summary trial.

As to whether the defendant could rely on section 56 of the Act as a defence to any infringement, the defendant could not rely on subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act*. It was clear that subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act* are intended to benefit third parties who purchase articles or the services of others. With respect to subsection 56(9), there was no evidence the defendant was purchasing services from others; the evidence showed that the defendant itself was performing the services. While its customers may be able to rely on subsection 56(9), the defendant could not. With respect to subsection 56(6), there was no evidence to establish that the defendant was purchasing the Blue Bullet element from a third party. It did not identify this party. There was no reason why a party should benefit from the more generous rights under subsection 56(6) merely because it chooses to outsource production of devices which it designed. In this case, given that no evidence of the third-party manufacturer was provided, it could be inferred that this party did not exist. Moreover, subsection 56(6) did not apply because the use of the Blue Bullet element was not the potentially infringing act. Given the lack of evidence provided by the defendant to support the defences under subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act*, it was appropriate to grant summary judgment on the issue of whether these subsections applied. These defences were dismissed. Unless the defendant's acts prior to the claim date of the '561 Patent were identical to those after the claim date, then it was necessary to determine which of its acts were alleged to infringe the '561 Patent. This was not a case in which no changes in the defendant's actions were made and therefore an infringement analysis was necessary to determine which acts had to be compared. There was insufficient evidence to determine which acts of the defendant infringed the '561 Patent. There was also a requirement in subsection 56(1) that the acts be related to the inventive concept of the patent. It was clear that the inventive concept of the '561 Patent is the connecting of the sealing element to the mandrel so that when the mandrel is pulled the sealing element is also pulled, thus forming an annular passageway that equalizes pressure. The defendant's

un certain temps. Il est tout à fait possible que dans un dispositif doté d'une soupape d'égalisation, l'équilibrage s'opère avant la formation d'un passage annulaire. La preuve au sujet du temps requis pour que l'équilibrage s'effectue était contradictoire. La preuve présentée dans le cadre de la requête ne permettait pas de savoir combien de temps est nécessaire pour équilibrer la pression au moyen d'une soupape d'égalisation. Vu qu'on ne savait pas avec certitude combien de temps est nécessaire pour qu'un passage annulaire se forme au moyen d'une traction exercée sur l'élément d'étanchéité, il était difficile de dire si l'équilibrage se serait déjà achevé avant la formation du passage annulaire. Par conséquent, la question de savoir si les AF de la défenderesse constituent une contrefaçon du brevet '561 ne se prêtait pas à un jugement sommaire ou à un procès sommaire.

Quant à la question de savoir si la défenderesse pouvait invoquer l'article 56 de la *Loi sur les brevets* comme moyen de défense contre toute contrefaçon, elle ne pouvait invoquer les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*. Il était manifeste que les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets* visent à protéger les tiers qui achètent des articles ou les services d'autres personnes. S'agissant du paragraphe 56(9), rien dans la preuve ne démontrait que la défenderesse avait acheté des services auprès d'autres fournisseurs : selon la preuve, la défenderesse exploitait elle-même les services. Les clients de la défenderesse peuvent certes invoquer le paragraphe 56(9), mais la défenderesse ne le peut pas. S'agissant du paragraphe 56(6), rien dans la preuve ne permettait d'établir que la défenderesse se procurait l'élément Blue Bullet auprès d'un tiers. Elle n'a pas identifié un tel tiers. Rien ne justifiait qu'une partie puisse tirer du paragraphe 56(6) des droits plus généreux simplement parce qu'elle avait choisi d'externaliser la production de dispositifs qu'elle a conçus. En l'espèce, étant donné qu'aucun élément de preuve concernant le fabricant tiers n'avait été produit, il ne pouvait être inféré que ce tiers n'existait pas. En outre, le paragraphe 56(6) ne s'appliquait pas parce que l'exploitation de l'élément Blue Bullet ne correspondait pas à l'acte susceptible de constituer une contrefaçon. Vu que la preuve présentée par la défenderesse ne donnait pas ouverture aux moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*, il était approprié de rendre un jugement sommaire sur la question de savoir si ces dispositions s'appliquaient. Ces moyens de défense ont été rejetés. Il était nécessaire de décider dans le cas où les actes commis par la défenderesse avant la date de revendication du brevet '561 n'étaient pas identiques à ceux commis après cette date, lesquels constitueraient une contrefaçon du brevet '561. Il ne s'agissait pas d'une affaire où aucune modification n'avait été apportée aux actes commis par la défenderesse : il était donc nécessaire d'effectuer une analyse de la contrefaçon afin de savoir quels actes devaient faire l'objet d'une comparaison. La preuve ne permettait pas de savoir quels actes commis par la défenderesse constituaient une contrefaçon du brevet '561. Il

additional set screw on the Innovus BHA and the addition of a split ring on the SFC 2 BHA both related to the connection between the mandrel and the sealing element, which was part of the inventive concept of the '561 Patent. There was no compelling reason to ignore the expert's evidence that the set screw secures the sealing element to the mandrel of the Innovus BHA. Therefore, the motion failed with respect to the defendant's reliance on subsection 56(1) of the *Patent Act*. This was a matter requiring a trial.

In conclusion, summary judgment was granted with respect to the interpretation of section 56 of the *Patent Act*, the construction of the '561 Patent, and the non-availability of the defences under subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act*. In light of the admission by the plaintiff that the defendant could continue manufacturing and using the Mongoose, the claim as it related to that device, was dismissed. Summary judgment was not granted with respect to issues of infringement and the application of subsection 56(1) of the *Patent Act* to the facts of this matter.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27, Summary.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 213, 215.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 42, 56.  
*Patents Act 1977* (U.K.), 1977, c. 37, s. 64(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Premakumaran v. Canada*, 2006 FCA 213, [2007] 2 F.C.R. 191; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242.

##### CONSIDERED:

*Louis Vuitton Malletier S.A. v. Singga Enterprises (Canada) Inc.*, 2011 FC 776, [2013] 1 F.C.R. 413; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588; *Lubrizol Corporation v. Esso Petroleum Co. Ltd.*, [1997] R.P.C. 195 (Eng. C.A.); *Forticrete Ltd. v. Lafarge Roofing Ltd.*, [2005] EWHC 3024 (Ch.).

était aussi nécessaire, selon le paragraphe 56(1), que les actes soient liés à l'idée originale du brevet. Il était manifeste que l'idée originale du brevet '561 est la connexion entre l'élément d'étanchéité et le mandrin, de sorte que, lorsqu'on exerce une traction sur le mandrin, une traction est également exercée sur l'élément d'étanchéité, formant ainsi un passage annulaire qui égalise la pression. La vis de pression supplémentaire de la défenderesse dans l'AF Innovus et l'ajout d'un anneau fendu à l'AF SFC 2 se rapportaient tous deux à la connexion entre le mandrin et l'élément d'étanchéité, qui fait partie de l'idée originale du brevet '561. Il n'y avait aucune raison impérieuse de ne pas tenir compte du témoignage de l'expert selon lequel la vis de pression fixe l'élément d'étanchéité au mandrin de l'AF Innovus. Par conséquent, la requête a été rejetée en ce qui concerne le recours, par la défenderesse, au moyen de défense fondé sur le paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets*. Ce point devait être examiné dans le cadre de l'instruction de l'action.

En conclusion, un jugement sommaire a été rendu sur les points suivants : l'interprétation de l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, l'interprétation du brevet '561 et l'impossibilité d'invoquer les moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*. Vu que la demanderesse a admis que la défenderesse pouvait continuer de fabriquer et d'utiliser le Mongoose, la demande a été rejetée quant à ce dispositif. Un jugement sommaire n'a pas été rendu sur les questions liées à la contrefaçon et à l'application du paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets* aux faits de l'espèce.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, ch. 27, sommaire.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 42, 56.  
*Patents Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 37, art. 64(1).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 213, 215.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Premakumaran c. Canada*, 2006 CAF 213, [2007] 2 R.C.F. 191; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Louis Vuitton Malletier S.A. c. Singga Enterprises (Canada) Inc.*, 2011 CF 776, [2013] 1 R.C.F. 413; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588; *Lubrizol Corporation v. Esso Petroleum Co. Ltd.*, [1997] R.P.C. 195 (C.A. Ang.); *Forticrete Ltd. v. Lafarge Roofing Ltd.*, [2005] EWHC 3024 (Ch.).

## REFERRED TO:

*Kobold Corporation v. NCS Multistage Inc.*, 2021 FC 742; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799; *Watson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2017 FC 321; *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570; *Halford v. Seed Hawk Inc.*, 2001 FCT 1154, 16 C.P.R. (4th) 189; *GlaxoSmithKline Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2011 FC 239, 91 C.P.R. (4th) 189; *Kirkbi Ag v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 150 F.T.R. 205 (F.C.T.D.).

## AUTHORS CITED

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, “same”.  
Robert, Paul, *Le Petit Robert* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Alain Rey and Josette Rey-Debove, eds, Paris: Le Robert, 2022, “même”.

MOTION by defendant/plaintiff by counterclaim for summary judgment, pursuant to rule 213 of the *Federal Courts Rules*, on all of the claims raised in the pleadings of the plaintiffs/defendants by counterclaim involving patent infringement of their fracking tool patent. Motion granted in part.

## APPEARANCES

*William D. Regan, Christopher J. Kvas, Evan Reinblatt and Rachel Meland* for plaintiffs/defendants by counterclaim.  
*Patrick Smith, Sharn Mashiana and Mike Myschyshyn* for defendant/plaintiff by counterclaim.

## SOLICITORS OF RECORD

*Piasetzki Nenniger Kvas LLP*, Toronto, for plaintiffs/defendants by counterclaim.  
*Seastone IP LLP*, Calgary, for defendant/plaintiff by counterclaim.

**(Confidential Judgment and Reasons were issued December 17, 2021)**

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Kobold Corporation v. NCS Multistage Inc.*, 2021 FC 742; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799; *Watson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2017 CF 321; *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570; *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2001 CFPI 1154; *GlaxoSmithKline Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2011 CF 239; *Kirkbi Ag c. Gestion Ritvik Inc.*, [1998] A.C.F. n° 912 (QL) (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE CITÉE

*Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « same ».  
Robert, Paul, *Le Petit Robert* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Alain Rey et Josette Rey-Debove, dir., Paris: Le Robert, 2022, « même ».

REQUÊTE en jugement sommaire présentée par la défenderesse/demanderesse reconventionnelle, suivant la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*, à l’égard de l’ensemble des questions soulevées dans les actes de procédure des demanderesses/défenderesses reconventionnelles concernant la contrefaçon de brevet portant sur des outils de fracturation hydraulique. Requête accueillie en partie.

## ONT COMPARU :

*William D. Regan, Christopher J. Kvas, Evan Reinblatt et Rachel Meland* pour les demanderesses/défenderesses reconventionnelles.  
*Patrick Smith, Sharn Mashiana et Mike Myschyshyn* pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Piasetzki Nenniger Kvas LLP*, Toronto, pour les demanderesses/défenderesses reconventionnelles.  
*Seastone IP LLP*, Calgary, pour la défenderesse/demanderesse reconventionnelle.

**(Jugement et motifs confidentiels rendus le 17 décembre 2021)**

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

ZINN J.:

## I. Introduction

[1] The plaintiffs (Kobold) and the defendant (NCS) are both in the business of providing equipment to the oil and gas industry for hydraulic fracturing, commonly known as fracking. In this action, Kobold claim that NCS has infringed and is infringing Canadian Patent No. 2919561 (the '561 Patent) with four of its proprietary tools used in fracking.

[2] NCS moves for summary judgment on all of the claims raised in the pleadings pursuant to rule 213 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [Rules]. NCS asks to have the action resolved based on its defence of prior use pursuant to section 56 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 [the Act]. If successful, it says it will drop its counterclaim.

[3] In these reasons I shall first describe (1) the fracking process, (2) the '561 Patent, (3) the NCS tools or devices at issue, and (4) the evidence of Kobold's expert witness, Dr. Fleckenstein. After that, I shall analyze and discuss the issues involved in the matter, being (1) whether the matter is appropriate for summary judgment, (2) the proper interpretation of section 56 of the *Patent Act*, (3) the construction of the '561 Patent, (4) whether the NCS products or activities infringe the '561 Patent, and (5) whether NCS can rely on section 56 of the *Patent Act* as a defence to the action.

## II. Facts

### A. *Fracking*

[4] Fracking is a method of extracting oil and natural gas. It was explained in some detail at paragraphs 27 to

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

LE JUGE ZINN :

## I. Introduction

[1] Les demanderesse (Kobold) et la défenderesse (NCS) exercent toutes deux des activités commerciales qui consistent à fournir de l'équipement à l'industrie pétrolière et gazière pour la fracturation hydraulique (aussi appelée « *fracking* » en anglais). Dans la présente action, Kobold allègue que l'utilisation par NCS de quatre de ses outils exclusifs dans la fracturation hydraulique a contrefait et continue de contrefaire le brevet canadien n° 2919561 (le brevet '561).

[2] NCS présente une requête en jugement sommaire à l'égard de l'ensemble des questions soulevées dans les actes de procédure, suivant la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles). NCS demande à la Cour de régler le sort de l'action en faisant droit à sa défense fondée sur une utilisation antérieure visée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4. Elle dit que si elle a gain de cause, elle se désistara de sa demande reconventionnelle.

[3] Dans les présents motifs, j'examine d'abord 1) le procédé de fracturation hydraulique, 2) le brevet '561, 3) les outils ou dispositifs de NCS qui sont en cause, et 4) le témoignage de l'expert de Kobold, M. Fleckenstein, Ph. D. J'analyse ensuite les questions en litige que soulève la présente affaire : 1) la question de savoir si l'affaire se prête à un jugement sommaire, 2) l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, 3) l'interprétation du brevet '561, 4) la question de savoir si les produits ou activités de NCS constituent une contrefaçon du brevet '561, et 5) la question de savoir si NCS peut invoquer l'article 56 de la *Loi sur les brevets* comme moyen de défense dans la présente action.

## II. Les faits

### A. *La fracturation hydraulique*

[4] La fracturation hydraulique consiste en une méthode d'extraction de pétrole et de gaz naturel. Aux



37 of the affidavit of the plaintiff's expert, Dr. William W. Fleckenstein. This explanation is not challenged and indeed accords with the description offered by counsel for NCS. I will summarize it.

[5] Hydrocarbons such as oil and natural gas are contained in formations below the earth's surface. In order to access these hydrocarbons and bring them to the surface, a well is drilled. The formation may require additional treatment, such as hydraulic fracturing, in order to stimulate the extraction of the hydrocarbons. This typically involves pumping large volumes of fluid at high pressure into the well.

[6] After drilling vertically, horizontal drilling may be required to allow the formation to be stimulated in multiple stages, typically starting from the toe of the horizontal lateral, the point furthest from the vertical portion of the well, and working back to the heel.

[7] This litigation concerns the bottomhole assembly (BHA), a tool used to prepare a well for production. The BHA is run down the well until it reaches a zone of interest (i.e. the area underneath a formation from which the operator wishes to extract oil or gas). An element of the BHA known as a packer is used to seal the well so that fluid cannot pass beyond it.

[8] The packer has anchors that it uses to attach itself to the wall of the well. The packers at issue in this litigation also have an element made of an elastomeric material. An elastomeric material is one that can be stretched. The elastomeric element is squeezed until it expands outward enough to seal the well, preventing fluids from flowing beyond the zone of interest. This squeezing is done by anchoring the packer and then continuing to push the BHA further into the hole. The anchor keeps some elements of the packer in place while others continue to move. Those moving elements push the elastomeric element into the non-moving elements, compressing it.

[9] Once the packer is set, sealing the well, the fracking fluid is injected into the well. The high pressure of

paragraphes 27 à 37 de l'affidavit de l'expert du demandeur, M. William W. Fleckenstein, figure une description assez détaillée de cette technique, description qui n'est pas remise en question et qui concorde avec celle que les avocats de NCS ont présentée. En voici un résumé.

[5] Des hydrocarbures (pétrole, gaz naturel, etc.) reposent dans des formations, sous la surface de la Terre. Pour extraire ces ressources, il faut forer des puits et, parfois, pour en faciliter l'extraction, il faut recourir à des traitements supplémentaires, comme la fracturation, laquelle implique généralement le pompage sous haute pression d'importantes quantités de fluide dans les puits.

[6] Après un forage vertical, on peut devoir forer horizontalement pour stimuler une formation en de multiples étapes, habituellement depuis l'avant d'une latérale horizontale, soit le point le plus éloigné de la verticale d'un puits, vers sa partie arrière.

[7] Le présent litige porte sur un assemblage de fond (AF), soit un outil qu'on enfonce dans un puits jusqu'à une zone d'intérêt (soit une zone sous une formation, depuis laquelle un exploitant souhaite extraire du pétrole ou du gaz), afin d'en préparer l'exploitation. L'un des composants d'un AF consiste en sa garniture d'étanchéité, laquelle sert à sceller un puits, afin qu'aucun fluide ne s'échappe.

[8] La garniture d'étanchéité comporte des ancrages conçus pour la fixer à la paroi du puits. Celle visée par le présent litige est également munie d'un élément élastomère élastique qui, lorsqu'il est comprimé, prend suffisamment d'expansion vers l'extérieur pour rendre le puits étanche et empêcher tout fluide de s'écouler hors de la zone d'intérêt. Pour comprimer l'élément élastomère, on ancre la garniture et continue d'enfoncer l'AF dans le puits. Grâce à l'ancrage, certains éléments de la garniture sont maintenus en place, tandis que d'autres peuvent se déplacer, poussant ainsi l'élément élastomère dans ceux qui sont immobilisés, afin de le comprimer.

[9] Une fois la garniture d'étanchéité en place et le puits étanche, un fluide de fracturation est injecté sous

the fluid further compresses the elastomeric element and assists in blocking off the downhole portion of the well.

[10] There are various ways for the fluid to enter the formation. In some cases, the pressure of the fluid is used to cut through the wall of the well at the zone of interest, creating permanent holes in the well lining. In other cases, ports are installed in the well casing. The BHA opens these ports to allow fluid to pass through. In some cases, the ports can be closed when the packer is unset.

[11] After the injection is complete, the packer must be unset by contracting the elastomeric element and disengaging the anchors. However, after injecting the fluid, there is a large difference in the pressures above and below the packer. These pressures need to be equalized before unsetting the BHA. The most common ways to do this in the prior art are by placing a valve, called an equalization valve, on the sealing element, or by having a passageway through the centre of the tool that allows fluid to pass through, equalizing pressure. The '561 Patent discloses a new method of equalizing pressure by pulling on the sealing element.

[12] Once the packer is unset, the BHA can be moved to the next zone of interest. In cases where permanent holes are created or where the ports cannot be closed, the completion must take place starting from the toe end of the well and moving towards the heel. Otherwise, the fluid would exit through the previously opened holes, causing a loss of pressure. If the ports can be closed, this is not a concern. Therefore, an advantage of closable ports is the ability to frack zones of interest in any order and to re-frack previously fracked zones.

#### B. *The '561 Patent*

[13] The inventive concept of the '561 Patent is a new way of equalizing pressure in the BHA by pulling on the sealing element. In so doing, the sealing element can be disengaged from the wall of the well, creating an annular

haute pression dans le puits, afin de comprimer davantage l'élément élastomère et d'accroître l'étanchéité de fond du forage.

[10] Un fluide de fracturation peut s'infiltrer de diverses manières dans une formation. Dans certains cas, la pression du fluide sert à traverser la paroi d'un puits jusqu'à une zone d'intérêt, afin de produire des orifices permanents dans le tubage, et dans d'autres, des orifices sont mis en place dans le tubage. Avec un AF, on peut ouvrir des orifices pour laisser le fluide traverser la paroi. Parfois, des orifices peuvent être fermés lorsque la garniture d'étanchéité s'est déplacée.

[11] Après l'injection d'un fluide, la garniture d'étanchéité doit être dégagée en comprimant son élément élastomère et en dégageant ses ancrages. Cependant, il faut préalablement équilibrer les pressions exercées au-dessus et en dessous de celle-ci, car elles diffèrent sensiblement. Pour ce faire, les documents de l'art antérieur prévoient habituellement l'installation d'une soupape d'égalisation sur l'élément élastomère ou la création d'un passage au milieu de l'outil, afin que le fluide y circule et équilibre les pressions. Le brevet '561 porte sur une nouvelle méthode d'égalisation de pression qui consiste à exercer une traction sur l'élément d'étanchéité.

[12] Une fois la garniture d'étanchéité dégagée, l'AF peut être déplacé jusqu'à la zone d'intérêt suivante. Lorsque des orifices permanents ont été créés ou ne peuvent être fermés, l'achèvement doit commencer par l'avant du puits et se poursuivre jusqu'à sa partie arrière, afin qu'aucun fluide ne s'échappe par des orifices précédemment ouverts et n'entraîne ainsi une perte de pression. Lorsque les orifices peuvent être fermés, le problème ne se pose pas. Les orifices refermables constituent donc un atout étant donné qu'ils permettent la fracturation d'une zone d'intérêt dans n'importe quel ordre et une nouvelle fracturation de zones précédemment traitées.

#### B. *Le brevet '561*

[13] L'idée originale visée par le brevet '561 consiste en un nouveau moyen d'équilibrer la pression dans un AF en tirant sur son élément d'étanchéité, afin que cet élément se sépare de la paroi d'un puits, produise un passage

(i.e. ring shaped) passageway on the outside of the sealing element for fluid to flow through.

annulaire (en forme d'anneau) entre sa partie extérieure et la paroi et qu'un fluide puisse y passer.

[14] Independent claim 1 of the '561 Patent reads as follows:

[14] La revendication indépendante 1 du brevet '561 est libellée comme suit :

[TRADUCTION]

1. A method for completing a wellbore comprising:

1. Méthode d'achèvement de puits de forage qui comprend :

running a completion tool, having a resealable packer therein, into the wellbore, the resealable packer having

l'insertion dans un puits d'un outil d'achèvement doté d'une garniture d'étanchéité qui peut être scellée à nouveau et qui comporte :

an annular elastomeric sealing element;

un élément d'étanchéité élastomère annulaire;

an anchor for anchoring the sealing element into the wellbore; and

un ancrage conçu pour fixer l'élément d'étanchéité dans le puits;

a mandrel and a housing, the mandrel being axially and telescopically moveable within the housing, the elastomeric sealing element being positioned circumferentially about the mandrel and connected at least a pull end thereof;

un mandrin autour duquel l'élément d'étanchéité élastomère est installé et au moins connecté par une extrémité de traction, ainsi qu'un logement dans lequel le mandrin est déplaçable de manière axiale et télescopique;

locating the sealing element below a zone of interest in the wellbore;

la disposition de l'élément d'étanchéité sous une zone d'intérêt, dans le puits;

axially compressing the elastomeric sealing element into sealing engagement with the wellbore and actuating the anchor by moving the mandrel axially toward the housing;

la compression axiale de l'élément d'étanchéité élastomère, afin de créer un engagement d'étanchéité avec le puits, de même que l'actionnement de l'ancrage grâce au déplacement axial du mandrin vers le logement;

treating the zone of interest above the compressed elastomeric sealing element, creating a pressure differential across the sealing element, and thereafter;

le traitement de la zone d'intérêt au-dessus de l'élément d'étanchéité élastomère comprimé, afin d'exercer une pression différentielle transversale sur cet élément et après celui-ci;

applying axial tension to the pull end of the elastomeric sealing element for radially retracting at least the pull end thereof by moving the mandrel axially away from the housing for forming an annular passageway between the elastomeric sealing element and wellbore, allowing pressure thereabove to equalize with pressure therebelow, for releasing the packer from sealing engagement with the wellbore.

l'application d'une tension axiale sur l'extrémité de traction de l'élément d'étanchéité élastomère pour au moins retirer cette extrémité en éloignant le mandrin du logement de façon axiale, pour créer un passage annulaire entre l'élément d'étanchéité élastomère et le puits, pour équilibrer la pression exercée au-dessus de l'élément d'après celle produite en dessous de celui-ci, ainsi que pour éliminer l'engagement d'étanchéité rattachant la garniture d'étanchéité au puits.

[15] Much of the method described in this claim is a recitation of the known prior art, which has been discussed

[15] Une grande partie de la méthode décrite dans cette revendication reprend l'art antérieur connu susmentionné;

above. The novel aspects involve pulling on the sealing element to create an annular passageway.

[16] The method of claim 1 makes use of a resealable packer (i.e. a packer that can be used multiple times). The packer has an elastomeric sealing element, an anchor, and a mandrel and housing. A mandrel is a slightly tapered cylinder. In the packer in claim 1, the mandrel is contained within a housing. The mandrel can move telescopically within the housing, that is to say, it can move back and forth along the axis of the housing like a telescope being opened or closed.

[17] The elastomeric sealing element is connected to the mandrel. This connection exists at least at the “pull end” of the sealing element. This is defined in the specification as the end at which the sealing element is eventually pulled to decompress it.

[18] The packer is positioned near a zone of interest. The mandrel is then pushed into the housing which engages the anchor and compresses the sealing element, sealing the well. Fracking fluid is injected and a pressure differential forms.

[19] After injecting the fluid, the mandrel is pulled away from the housing. Because the mandrel is connected to the sealing element, it pulls on it, which causes it to decompress, forming an annular passageway for fluid to flow through and allowing the pressure to equalize.

[20] Independent claim 9 is similar to claim 1. It claims a method of equalizing pressure above and below a sealing element of a packer. In effect, it describes the final step in claim 1. However, unlike in claim 1, the pull end of the sealing element is described as being “secured” to the mandrel rather than being “connected” to it.

[21] Independent claim 12 is virtually identical to claim 9. However, rather than being a method for

ses aspects nouveaux concernent le fait de tirer sur l'élément d'étanchéité pour créer un passage annulaire.

[16] La méthode visée dans la revendication 1 repose sur l'usage d'une garniture d'étanchéité refermable (réutilisable à de multiples reprises) dotée d'un élément d'étanchéité élastomère, d'un ancrage, de même que d'un mandrin et d'un logement. Le mandrin consiste en un cylindre légèrement profilé qui, dans la garniture d'étanchéité visée par la revendication 1, se trouve dans un logement et peut être déplacé de manière télescopique (va-et-vient) dans le logement, dans l'axe de ce logement, comme un télescope qu'on déploie ou escamote.

[17] L'élément d'étanchéité élastomère est connecté au mandrin, et ce, au moins à son [TRADUCTION] « extrémité de traction », soit l'extrémité depuis laquelle, selon le mémoire descriptif, l'élément d'étanchéité est tiré aux fins de décompression.

[18] La garniture d'étanchéité est mise en place près d'une zone d'intérêt, le mandrin est poussé dans son logement, afin d'engager l'ancrage, de comprimer l'élément d'étanchéité et de sceller le puits, et, enfin, un fluide de fracturation est injecté, pour exercer une pression différentielle.

[19] Une fois le fluide injecté, le mandrin est retiré de son logement afin qu'il tire sur l'élément d'étanchéité, auquel il est connecté, ce qui permet de décompresser cet élément, de former un passage annulaire à travers lequel le fluide peut s'écouler, puis d'équilibrer la pression.

[20] La revendication indépendante 9, laquelle est semblable à la revendication 1, se rapporte à une méthode d'égalisation des pressions respectivement exercées au-dessus et en dessous de l'élément d'étanchéité d'une garniture d'étanchéité. On y décrit la dernière étape figurant dans la revendication 1, mais, contrairement à cette dernière étape, la revendication 9 indique que l'extrémité de traction de l'élément d'étanchéité est [TRADUCTION] « fixée » au mandrin plutôt que [TRADUCTION] « connectée » à celui-ci.

[21] La revendication indépendante 12 est presque identique à la revendication 9. Toutefois, plutôt que de

equalizing pressure, it is a method for protecting the sealing element. The specification of the '561 Patent indicates that debris can build up in the wellbore during fracking. The '561 Patent claims that creating an annular passage-way around the sealing element can reduce the risk of this debris damaging the sealing element. As with claim 9, the pull end of the sealing element in claim 12 is described as being “secured” to the mandrel.

[22] Independent claim 15 is for a pressure equalization tool. It is largely equivalent to claim 9, the pressure equalization method. However, in claim 15, as in claim 1, the mandrel and the pull end of the sealing element are described as being “connected” to each other rather than “secured.”

[23] Most of the dependent claims are not relevant for this matter. However, four dependent claims are of interest: claims 8, 11, 14, and 29 are dependent on claims 1, 9, 12, and 15, respectively. In claims 8 and 29, there is a ring “secured” to the uphole end of the sealing element (i.e. the end closest to the entrance of the well). This ring is attached to the mandrel by threads. In the case of claim 8, the ring is described as being “connected” to the mandrel by threads, while claim 29 it is described as being “operatively connected.” In claims 11 and 14 the pull end of the sealing element is described as being “secured” to the mandrel by threads.

[24] Most of the figures in the '561 Patent show embodiments in which the sealing element is attached to a ring, with the ring being attached to the mandrel by threads. However, in addition to examples in which the mandrel is attached to the ring by threads, there is also an example that operates by way of “co-operating shoulders” on the mandrel and the ring. These shoulders can be seen in Figure 8 of the '561 Patent (elements 86 and 88).

renvoyer à une méthode d'égalisation de la pression, elle vise une technique de protection de l'élément d'étanchéité. Le mémoire descriptif du brevet '561 indique que des débris peuvent s'accumuler dans un puits de forage après des travaux de fracturation. Selon le brevet '561, la formation d'un passage annulaire autour d'un élément d'étanchéité peut réduire les risques que des débris ne l'endommagent. Comme dans la revendication 9, on indique dans la revendication 12 que l'extrémité de traction de l'élément d'étanchéité est [TRADUCTION] « fixée » au mandrin.

[22] La revendication indépendante 15, laquelle renvoie à un outil d'égalisation de pression, est en grande partie identique à la revendication 9 (méthode d'égalisation de pression), mais, comme dans le cas de la revendication 1, on y décrit un mandrin et une extrémité de traction d'élément d'étanchéité qui sont [TRADUCTION] « connectés », plutôt que [TRADUCTION] « fixés » l'un à l'autre.

[23] Bien que la plupart des revendications dépendantes ne soient pas pertinentes en l'espèce, quatre d'entre elles suscitent un intérêt : les revendications 8, 11, 14 et 29 sont dépendantes des revendications 1, 9, 12 et 15, respectivement. Dans les revendications 8 et 29, on traite d'un anneau qui est [TRADUCTION] « fixé » à l'extrémité supérieure d'un élément d'étanchéité (soit l'extrémité la plus rapprochée de l'entrée d'un puits) et rattaché à un mandrin par un filetage. Dans la revendication 8, on dit que l'anneau est [TRADUCTION] « connecté » à un mandrin par un filetage, tandis que dans la revendication 29, on dit que cet anneau est [TRADUCTION] « connecté de manière fonctionnelle ». Dans les revendications 11 et 14, on décrit une extrémité de traction d'élément d'étanchéité qui est [TRADUCTION] « fixée » à un mandrin par un filetage.

[24] La plupart des figures illustrées dans le brevet '561 montrent des réalisations d'après lesquelles un élément d'étanchéité est rattaché à un anneau qui est lui-même rattaché à un mandrin par un filetage. Cependant, outre les exemples de mandrin rattaché à un anneau par un filetage, il existe un exemple d'utilisation fondée sur des [TRADUCTION] « épaulements qui fonctionnent conjointement » sur un mandrin et un anneau, épaulements qui sont illustrés à la figure 8 du brevet '561 (éléments 86 et 88).

[25] When the mandrel is pushed telescopically into the housing, the space between the shoulders increases. When the mandrel is pulled back out, the mandrel is able to move for some distance without the ring moving. Eventually however, the shoulders push against each other and pulling the mandrel further will also cause the ring to move in the same direction. The effect of this is that there is some distance for which the mandrel can move without the ring also moving. In the case of a threaded connection, the mandrel and the ring always move together.

### C. NCS's Devices

[26] NCS builds and operates a number of BHAs. The four BHAs at issue in this litigation are known as the Mongoose, Shift Frac Close (SFC), Shift Frac Close 2 (SFC 2), and Innovus. The Innovus BHA is also referred to as the Shift Frac Close 3 in some of the materials.

[27] The evidence is that each of these BHAs uses as part of its packer assembly a device named the Blue Bullet. Each is used in conjunction with an equalization value which releases the fluid pressure and unsets the packer.

[28] According to Ryan Redecopp, an employee of NCS, NCS has been using the Blue Bullet packer element in its BHAs since 2012. Mr. Redecopp says that the Blue Bullet element was tested in the field in 2012 and since then has been used in all of the NCS's BHAs that require the use of a compression set packer.

[29] While the Blue Bullet element has been used in NCS's BHAs since 2012, variants of this device have been developed over time, including a "scaloped" Blue Bullet element.

[30] The Mongoose BHA has been in use since 2012. The evidence of the dates of first use of the other BHAs is unclear, but appear to have been subsequent to the Mongoose.

[25] La poussée télescopique d'un mandrin dans un logement accroît l'espace entre les épaulements connexes et permet de le retirer sur une certaine distance sans que l'anneau correspondant ne bouge; toutefois, si l'on en poursuit le retrait, l'anneau se déplace ultimement dans la même direction. Dans le cas d'un mandrin et d'un anneau connectés par filetage, les deux éléments se déplacent toujours ensemble.

### C. Les dispositifs de NCS

[26] NCS fabrique et exploite un certain nombre d'AF. Les quatre AF visés par le présent litige sont appelés « Mongoose », « Shift Frac Close » (SFC), « Shift Frac Close 2 » (SFC 2) et « Innovus », ce dernier étant aussi appelé « Shift Frac Close 3 » dans certains documents.

[27] Selon la preuve, chacun de ces AF compte une garniture d'étanchéité partiellement constituée d'un dispositif appelé « Blue Bullet », et chacun d'eux doit être utilisé d'après une valeur d'égalisation qui cause un relâchement de la pression de fluide et un dégagelement de leur garniture d'étanchéité.

[28] D'après Ryan Redecopp, un employé de NCS, la garniture d'étanchéité des AF de NCS comporte un élément Blue Bullet depuis 2012. M. Redecopp affirme que cet élément a été mis à l'essai sur le terrain en 2012 et que depuis, il fait partie de tous les AF de NCS qui exigent l'usage d'une garniture d'étanchéité mise en place par compression.

[29] Les AF de NCS comprennent un élément Blue Bullet depuis 2012, mais d'autres versions de ce dispositif ont été conçues au fil du temps, dont celui [TRADUCTION] « de type festonné ».

[30] L'AF Mongoose est en usage depuis 2012. La preuve concernant les dates de la première utilisation des autres AF est imprécise, mais il semble qu'ils aient été utilisés après le Mongoose.

[31] At the hearing, Kobold admitted that NCS can continue to manufacture and use the 2012 Mongoose (presumably because of section 56 of the *Patent Act*), but says that what NCS cannot do is expand into new commercial products, such as the other three BHAs.

#### D. *The Fleckenstein Affidavit*

[32] As noted, Kobold filed the affidavit of Dr. William Fleckenstein, their expert in this proceeding. A motion by NCS to file a reply expert affidavit was dismissed: see *Kobold Corporation v. NCS Multistage Inc.*, 2021 FC 742. Dr. Fleckenstein is a registered engineer in the state of California and a professor at the Colorado School of Mines in Petroleum Engineering. He is also a principal at a petroleum engineering consulting firm.

[33] In his affidavit, Dr. Fleckenstein construes the claims of the '561 Patent, discusses the differences in structure and function of the various BHAs of NCS, and determines whether any of the four packer assemblies that he reviewed, or their use in a completion tool, fall within the scope of the independent claims of the '561 Patent.

[34] Dr. Fleckenstein's construction of the '561 Patent's claims is largely uncontroversial except on a single point. Much of his construction has already been summarized above. The major point of contention regarding Dr. Fleckenstein's construction is with respect to the terms "secured" and "connected."

[35] At paragraphs 52 to 65 of his affidavit, Dr. Fleckenstein defines several terms in the '561 Patent as, in his opinion, they would be understood by the person ordinarily skilled in the art. "Connected" and "secured" are defined by Dr. Fleckenstein as follows:

[0055] **Connected** – two or more elements that are in some way linked together. This is a broad term that does

[31] À l'audience, Kobold a admis que NCS pouvait continuer de fabriquer et d'utiliser le Mongoose de 2012 (vraisemblablement en raison de l'article 56 de la *Loi sur les brevets*), mais elle affirme qu'il n'est pas possible pour NCS de fabriquer et d'utiliser de nouveaux produits commerciaux, comme les trois autres AF.

#### D. *L'affidavit de M. Fleckenstein*

[32] Comme je l'ai déjà dit, Kobold a déposé l'affidavit de M. William Fleckenstein, son expert dans la présente instance. La Cour a rejeté la requête de NCS visant à produire l'affidavit d'un expert en réponse (voir *Kobold Corporation v. NCS Multistage Inc.*, 2021 FC 742). M. Fleckenstein est un ingénieur agréé dans l'État de la Californie, en plus d'être professeur à la Colorado School of Mines in Petroleum Engineering. En outre, il occupe un poste de directeur au sein d'une société d'experts-conseils en génie pétrolier.

[33] Dans son affidavit, M. Fleckenstein interprète les revendications du brevet '561, examine les différences en ce qui a trait à la structure et à la fonction des différents AF de NCS, et il répond à la question de savoir si l'une ou l'autre des quatre garnitures d'étanchéité qu'il a examinées, ou leur utilisation dans un outil d'achèvement, est visée par les revendications indépendantes du brevet '561.

[34] L'interprétation que fait M. Fleckenstein du brevet '561 est essentiellement incontestée, sauf sur un point. Une part importante de son interprétation a déjà été résumée ci-dessus. Le principal point litigieux en ce qui concerne l'interprétation de M. Fleckenstein concerne les termes [TRADUCTION] « fixés » et [TRADUCTION] « connectés ».

[35] Aux paragraphes 52 à 65, M. Fleckenstein définit plusieurs termes contenus dans le brevet '561 de la façon dont les comprendrait, selon lui, la personne versée dans l'art. Voici les définitions qu'il donne pour les termes [TRADUCTION] « connectés » et [TRADUCTION] « fixés » :

[TRADUCTION]

[0055] **Connectés** – S'entend d'au moins deux éléments liés d'une certaine manière; terme général qui ne fournit

not specify or limit the type of connection between the elements.

...

[0057] **Secured** – two elements that are attached together to allow a force to be transmitted from one structure to the next, and to allow co-movement of the two elements.

[36] As an example of elements that may be connected but not secured, one can imagine two objects joined by a loose rope. While they are connected, moving one object will not necessarily move the other, unless the movement is so great as to cause the rope to become fully extended. This is in contrast with two objects connected by a rigid metal bar. Any movement of one object will always cause the other object to move with it. Dr. Fleckenstein would describe the objects connected by a rigid bar as secured to one another.

[37] The distinction between “connected” and “secured” is relevant, as claims 1 and 15 describe the mandrel and the sealing element as being “connected” to each other, while claims 9 and 12 describe the sealing element being “secured” to the mandrel.

[38] In Dr. Fleckenstein’s opinion, devices in which the sealing element is connected to the mandrel by threading (as in Figures 1–7 of the '561 Patent) are both connected and secured. However, devices which operate by way of co-operating shoulders are connected but not secured, as the mandrel can be moved, at least for some distance, without moving the sealing ring.

[39] Dr. Fleckenstein notes in his claim construction that the claims of the '561 Patent make no mention of an equalization valve. In his opinion, the presence of an equalization valve is not mutually exclusive with the claims of the '561 Patent. A device falling under the claims of the '561 Patent could include an equalization valve to further increase the speed at which equalization occurs. Dr. Fleckenstein notes that a major drawback of equalization valves is that they have limited cross-sectional area, which affects equalization time.

aucune précision ou aucune limite quant au type de connexion des éléments.

[...]

[0057] **Fixés** – S’entend de deux éléments dont le rattachement en permet une transmission de force et un déplacement conjoint.

[36] Par exemple, on pourrait dire de deux objets liés par une corde lâche qu’ils sont connectés, mais pas fixés l’un à l’autre, car le déplacement de l’un d’eux n’entraîne pas nécessairement celui de l’autre, sauf si le mouvement provoque une tension complète de la corde. Par contre, si ces deux objets étaient liés par une tige métallique rigide, M. Fleckenstein dirait d’eux qu’ils sont fixés l’un à l’autre, car tout déplacement de l’un d’eux causerait inévitablement celui de l’autre.

[37] Il est important de distinguer les termes [TRADUCTION] « connecté » et [TRADUCTION] « fixé », car dans les revendications 1 et 15, le mandrin et l’élément d’étanchéité sont décrits comme étant [TRADUCTION] « connectés » l’un à l’autre, alors que dans les revendications 9 et 12, l’élément d’étanchéité est décrit comme étant [TRADUCTION] « fixé » au mandrin.

[38] M. Fleckenstein est d’avis qu’un élément d’étanchéité et un mandrin connectés par filetage (comme aux figures 1 à 7 du brevet '561) sont non seulement connectés, mais également fixés l’un à l’autre, mais que si leur utilisation repose sur le fonctionnement conjoint d’épaulements, ils sont connectés, mais non fixés, car le mandrin peut parcourir une certaine distance sans qu’il ne déplace l’anneau d’étanchéité.

[39] Dans son interprétation des revendications, M. Fleckenstein souligne que celles du brevet '561 ne traitent d’aucune soupape d’égalisation, dont la présence, selon lui, n’est pas incompatible avec les revendications du brevet '561. Un dispositif visé par les revendications du brevet '561 pourrait comprendre une telle soupape, afin d’accélérer l’égalisation, mais M. Fleckenstein est d’avis que la surface transversale de ce composant est restreinte, ce qui constitue un inconvénient important qui influe sur le délai d’égalisation. La conjugaison d’une



Using both an equalization valve and the methods disclosed in the '561 Patent would reduce this time, leading to less expense on a wellsite.

[40] Dr. Fleckenstein engages in a thorough analysis of the Mongoose, SFC, SFC 2, and Innovus packer assemblies. He finds the following as the major differences between NCS's packer assemblies:

- the Innovus BHA has an additional set screw to secure and attach the ring on the Blue Bullet (which is attached to the sealing element) to the mandrel, allowing for co-movement of the mandrel and the sealing element;
- the SFC 2 BHA has a split ring on the mandrel to more directly connect the Blue Bullet element to the mandrel;
- the Innovus BHA has a mechanical locator incorporated into the packer housing, while in the other BHAs this is a separate component;
- the Innovus BHA has a number of new components, including a secondary housing, which appear to be designed to maintain the locator in a specific location;
- the SFC packer has drilled holes in the mandrel and cone of the SFC packer as compared to the Mongoose packer;
- the SFC 2 packer has additional drilled holes in the mandrel, set screws, an O-ring, and a backup ring that are not present in the SFC packer;
- the Mongoose packer does not have dual-setting functionality (tension and compression);
- the Mongoose packer has a slip retaining ring, while the other packers do not;

souape d'égalisation et des méthodes décrites dans le brevet '561 pourrait réduire ce délai et, du même coup, les dépenses d'exploitation d'un puits.

[40] Après avoir soigneusement analysé les garnitures d'étanchéité des AF Mongoose, SFC, SFC 2 et Innovus de NCS, M. Fleckenstein a relevé d'importantes différences entre celles-ci :

- l'AF Innovus comporte une vis de pression supplémentaire conçue pour fixer l'anneau du Blue Bullet (lequel est rattaché à l'élément d'étanchéité) au mandrin, afin que le mandrin et l'élément d'étanchéité bougent ensemble;
- le mandrin de l'AF SFC 2 est muni d'un anneau fendu qui en assure une connexion plus directe à l'élément Blue Bullet;
- le logement de garniture d'étanchéité de l'AF Innovus est doté d'un repère mécanique intégré, contrairement aux autres AF, au sein desquels ce repère est séparé;
- l'AF Innovus présente un certain nombre de nouveaux composants, dont un logement secondaire qui semble conçu pour maintenir le repère à un endroit précis;
- contrairement à la garniture d'étanchéité de l'AF Mongoose, celle de l'AF SFC est équipée d'un mandrin et d'un cône dans lesquels des orifices ont été percés;
- contrairement à la garniture d'étanchéité de l'AF SFC, celle de l'AF SFC 2 comprend un mandrin dans lequel des orifices supplémentaires ont été percés, ainsi que des vis de pression, un joint torique et un anneau auxiliaire;
- la garniture d'étanchéité de l'AF Mongoose n'est dotée d'aucune fonction de réglage double (tension et compression);
- contrairement aux autres garnitures d'étanchéité, celle de l'AF Mongoose est munie d'un anneau de retenue à coulissement;

- the Mongoose packer has a one-piece mandrel while the other packers have a two-piece mandrel; and
- the SFC and SFC 2 packers have two-piece cones, while the Mongoose and Innovus packers have one-piece cones.
- la garniture d'étanchéité de l'AF Mongoose comprend un mandrin monopièce, alors que celles des autres AF en présentent une à deux pièces;
- les garnitures d'étanchéité des AF SFC et SFC 2 comportent des cônes à deux pièces, tandis que celles des AF Mongoose et Innovus sont équipées de cônes monopieces.

[41] In Dr. Fleckenstein's opinion, all four of NCS's BHAs fall under claims 1 and 15 of the '561 Patent. However, only the Innovus BHA infringes claims 9 and 12. This is because all of NCS's BHAs operate by way of co-operating shoulders and therefore the sealing element is not "secured" to the mandrel. However, in the case of the Innovus, there is a set screw running from the sealing ring to the mandrel, which secures them, despite the co-operating shoulders.

[42] Central to the infringement analysis for the Mongoose, SFC, and SFC 2 BHAs is the fact that NCS's standard operating procedures (SOPs) call for the operator to disengage the BHA by pulling it out of the hole and continuing to pull. Dr. Fleckenstein acknowledges that pulling the BHA out of the hole opens the equalization valve, which begins the process of pressure equalization. However, once the equalization valve is fully opened, pulling continues, which, according to Dr. Fleckenstein, would cause the sealing element to be pulled, creating an annular passageway allowing for further equalization.

[43] The SOPs indicate that the BHA is to be pulled no faster than [\*\*\*] feet per minute. Dr. Fleckenstein indicates that the equalization valves on the Mongoose and SFC BHAs can move for [\*\*\*] inches before further pulling would pull on the sealing element. At the maximum speed of [\*\*\*] feet per minute, this would take [\*\*\*] seconds. In the case of the SFC 2 BHA, there are multiple possible configurations so it is unclear how much the BHA can be pulled out of the hole before the sealing element is pulled.

[44] In the case of the Innovus BHA, in Dr. Fleckenstein's opinion, pulling on the sealing element would begin as soon as the BHA is pulled out of the hole, as the sealing element is secured to the mandrel by the set screw.

[41] Selon M. Fleckenstein, les quatre AF de NCS sont visés par les revendications 1 et 15 du brevet '561, mais seul l'AF Innovus contrefait les revendications 9 et 12, car tous les AF de NCS sont utilisés grâce à des épaulements qui fonctionnent conjointement, si bien que leur élément d'étanchéité n'est pas fixé au mandrin. Il affirme cependant que malgré la présence d'épaulements qui fonctionnent conjointement, une vis de pression figure entre l'anneau d'étanchéité et le mandrin, afin de les fixer l'un à l'autre.

[42] Le fait que les procédures d'exploitation uniformisées (PEU) de NCS mentionnent que les utilisateurs désengagent l'AF en le retirant du puits et en poursuivant la traction est important dans l'analyse des AF Mongoose, SFC et SFC 2. M. Fleckenstein reconnaît qu'en retirant l'AF du puits, on ouvre la soupape d'égalisation et lance le processus d'équilibrage de pression. Cependant, une fois la soupape complètement ouverte, la traction continue et elle entraîne, à son avis, celle de l'élément d'étanchéité et la formation d'un passage annulaire qui favorise l'égalisation.

[43] Les PEU indiquent que l'AF doit être retiré à une vitesse d'au plus [\*\*\*] pi/min. Selon M. Fleckenstein, les soupapes d'égalisation des Mongoose et SFC peuvent être déplacées sur [\*\*\*] po avant que la traction n'entraîne l'élément d'étanchéité. À une vitesse maximale de [\*\*\*] pi/min, cela surviendrait après [\*\*\*] secondes. Vu les multiples configurations possibles de l'AF SFC 2, il est difficile de savoir sur quelle distance il doit être retiré d'un forage pour que l'élément d'étanchéité ne suive.

[44] M. Fleckenstein est d'avis que toute traction exercée sur l'AF Innovus en causerait une sur l'élément d'étanchéité, car cet élément est fixé au mandrin par une vis de pression.

[45] NCS takes issue with some of the assertions of Dr. Fleckenstein regarding its products.

[46] NCS submits that Dr. Fleckenstein is mistaken that in the Innovus BHA the Blue Bullet is secured to the mandrel by a set screw. This is particularly relevant because Kobold asserts that this constitutes a substantial change between the Innovus, which was released after the claim date, and the BHAs that pre-date the claim date.

[47] NCS notes that Dr. Fleckenstein agreed that the dimensions of the Innovus packer are essentially the same as the other packers and he agreed that those packers move as a result of the cooperating shoulders. NCS submits that if the dimensions are the same, then the cooperating shoulders of the Innovus packers are what causes the Blue Bullet to move with the mandrel, not the set screw.

[48] NCS further submits that the set screw does not even touch the mandrel. It says that the set screw is used, like set screws present on the other packers, to prevent unthreading of the equalization valve. It says that the set screw passes through a hole in the mandrel and does not touch it.

[49] NCS presented a CAD drawing of the Innovus around the set screw to Dr. Fleckenstein to demonstrate that the screw does not touch the mandrel. This CAD drawing was a zoomed in version of another drawing. Rather than accepting that this drawing shows that the set screw does not touch the mandrel, Dr. Fleckenstein suggested that the drawing was inaccurate.

[50] NCS takes issue with Dr. Fleckenstein's assertion that, using its devices, equalization could take some time. NCS points to the evidence of its affiant, Mr. Redecopp, who has used the devices and says that equalization occurs within a few seconds of the equalization valve being opened. NCS submits that Dr. Fleckenstein's comments on equalization time take into account the bleed off time, when the equalization valve is not open and no pulling has occurred.

[45] NCS conteste certaines des affirmations de M. Fleckenstein au sujet de ses produits.

[46] NCS dit que M. Fleckenstein a tort d'affirmer que le Blue Bullet de l'AF Innovus est fixé au mandrin par une vis de pression. Ce détail est particulièrement pertinent, car Kobold affirme qu'il s'agit d'une différence importante entre les AF conçus avant la date de revendication et l'Innovus, lequel a été commercialisé après celle-ci.

[47] NCS fait remarquer que M. Fleckenstein admet que les dimensions de la garniture d'étanchéité de l'Innovus sont essentiellement identiques à celles des autres garnitures d'étanchéité et que ces garnitures se déplacent en raison des épaulements à fonctionnement conjoint. NCS dit aussi que si les dimensions sont identiques, tout déplacement du Blue Bullet avec le mandrin doit être provoqué par les épaulements de la garniture d'étanchéité de l'Innovus, non pas par la vis de pression.

[48] NCS affirme en outre que la vis de pression ne touche pas au mandrin, qu'elle ne fait que traverser un orifice dans celui-ci et qu'à l'instar des vis de pression des autres garnitures d'étanchéité, elle sert à prévenir tout dégagement de la soupape d'égalisation.

[49] Afin de montrer à M. Fleckenstein que la vis de pression ne touche pas au mandrin, NCS lui a présenté une image de conception assistée par ordinateur qui constitue un agrandissement d'un autre dessin et qui montre l'Innovus autour de la vis de pression. Au lieu de reconnaître que la vis ne touchait pas au mandrin dans cette image, M. Fleckenstein a plutôt dit que l'image était inexacte.

[50] NCS conteste l'affirmation de M. Fleckenstein d'après laquelle un certain temps doit s'écouler avant que ses dispositifs ne produisent une égalisation. Elle se fonde sur le témoignage de son déposant, M. Redecopp : il a employé les dispositifs en question et affirme qu'un équilibre survient quelques secondes après l'ouverture de la soupape d'égalisation. NCS fait valoir que les commentaires de M. Fleckenstein au sujet du délai d'égalisation sont notamment basés sur le temps de purge établi

[51] NCS points to a chart showing pressure on either end of the BHA over time. It shows a relatively slow decrease in pressure at the uphole end with no change in pressure at the downhole end, and then a sudden change in pressure on both ends to equilibrium. NCS submits that the initial decrease uphole is due to bleeding off pressure ahead of opening the equalization valve and the later rapid drop is due to the valve being opened. It notes that this data is supported by Mr. Redecopp's evidence on cross-examination that equalization only takes a couple of seconds.

### III. Analysis

[52] This summary judgment motion shall be analyzed and discussed under the following headings:

1. Is this matter appropriate for summary judgment or summary trial?
2. What is the proper interpretation of section 56 of the *Patent Act*?
3. What is the proper construction of the claims of the '561 Patent?
4. Do the NCS products or activities infringe the '561 Patent?
5. Can NCS rely on section 56 of the *Patent Act* as a defence to any infringement?

[53] This is the first judicial interpretation of section 56 of the *Patent Act*, and the first occasion the Court has had to consider it as a defence to a patent infringement action.

lorsque la soupape n'est pas ouverte et qu'aucune traction n'est exercée.

[51] NCS renvoie à un graphique qui montre la pression appliquée à chacune des extrémités de l'AF au fil du temps. Selon ce graphique, il y a une diminution relativement faible de la pression dans la partie supérieure d'un forage, la pression est la même dans sa partie inférieure, puis il y a une modification soudaine de la pression aux deux extrémités lorsque l'égalisation survient. NCS soutient que la pression diminue initialement dans la partie supérieure d'un forage en raison d'une purge, avant l'ouverture de la soupape d'égalisation, et que la chute de pression qui est soudainement produite ultérieurement est attribuable à l'ouverture de la soupape. NCS souligne que ces données sont étayées par le témoignage de M. Redecopp en contre-interrogatoire, selon lequel l'égalisation s'opère après seulement quelques secondes.

### III. Analyse

[52] Dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire, mon analyse est formulée autour des questions suivantes :

1. La présente affaire se prête-t-elle à un jugement sommaire ou à un procès sommaire?
2. Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 56 de la *Loi sur les brevets*?
3. Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561?
4. Les produits ou activités de NCS constituent-ils une contrefaçon du brevet '561?
5. NCS peut-elle invoquer l'article 56 de la *Loi sur les brevets* comme moyen de défense contre toute contrefaçon?

[53] Les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion d'interpréter l'article 56 de la *Loi sur les brevets* : la Cour doit pour la première fois examiner si cette disposition constitue un moyen de défense opposable dans une action en contrefaçon de brevet.

A. *Is this matter appropriate for summary judgment or summary trial?*

[54] NCS correctly notes that the purpose of summary judgment is to provide a proportionate, cost-effective, and timely dispute resolution: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at paragraphs 1–2. It further notes that summary judgment provides a mechanism to ensure a fair balance between expediency and a just resolution of disputes: *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799, at paragraph 23.

[55] NCS submits that, win or lose, this motion will simplify the underlying action. If it is successful, the action is resolved; if Kobold are successful, then the defence of prior use need not be considered at trial.

[56] Rule 215 of the *Federal Courts Rules* provides this Court with clear direction on a summary judgment motion.

[57] The Court must grant summary judgment if it is satisfied that there is no genuine issue for trial: subsection 215(1) [of the Rules]. Where the only genuine issue for trial is a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly: paragraph 215(2)(b) [of the Rules]. If the Court is satisfied that there is a genuine issue for trial, the Court may still determine that issue by way of summary trial or dismiss the motion in whole or in part, and order that the action or the issues in the action not disposed of by summary judgment proceed to trial or that the action be conducted as a specially managed proceeding: subsection 215(3) [of the Rules].

[58] The burden of establishing that there is no genuine issue for trial is heavy and summary judgment should be granted only in the clearest of cases: see *Watson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2017 FC 321, at paragraph 22. The Federal Court of Appeal has instructed that the proper test is whether the case is so doubtful that it does not deserve consideration by the trier of fact:

A. *La présente affaire se prête-t-elle à un jugement sommaire ou à un procès sommaire?*

[54] NCS souligne à raison que l'objet d'un jugement sommaire consiste à offrir un processus de règlement des litiges proportionné, économique et expéditif (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, aux paragraphes 1–2). Elle souligne en outre qu'un jugement sommaire offre un mécanisme qui permet d'assurer un équilibre raisonnable entre la rapidité et l'équité du règlement des litiges (*CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799, au paragraphe 23).

[55] NCS fait valoir que, peu importe si la Cour lui donne raison, la présente requête simplifiera l'action sous-jacente. Si elle a gain de cause, le sort de l'action sera scellé; si Kobold a gain de cause, il ne sera pas nécessaire d'examiner le moyen de défense fondé sur l'utilisation antérieure lorsque l'action sera instruite.

[56] La règle 215 des Règles donne à la Cour des directives claires en ce qui concerne les requêtes en jugement sommaire.

[57] La Cour rend un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse (paragraphe 215(1) des Règles). Lorsque la seule véritable question litigieuse est un point de droit, la Cour peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence (alinéa 215(2)(b) des Règles). Lorsqu'elle est convaincue qu'il existe une véritable question litigieuse, la Cour peut tout de même trancher cette question par voie de procès sommaire, ou rejeter la requête en tout ou en partie et ordonner que l'action ou toute question litigieuse non tranchée par jugement sommaire soit instruite, ou que l'action se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale (paragraphe 215(3) des Règles).

[58] Le fardeau d'établir l'inexistence d'une véritable question litigieuse est lourd et un jugement sommaire ne devrait être rendu que dans les cas les plus évidents (*Watson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2017 CF 321, au paragraphe 22). Selon la Cour d'appel fédérale, le critère pertinent consiste à savoir si l'affaire est douteuse au point de ne pas mériter d'être

see *Premakumaran v. Canada*, 2006 FCA 213, [2007] 2 F.C.R. 191, at paragraph 8. It has also instructed that the motions judge can only make findings of fact or law where the relevant evidence is available on the record and does not involve a serious question of fact or law which turns on the drawing of inferences: see *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242, at paragraph 49.

[59] The current version of the Rules with respect to summary trial were adopted from the British Columbia rules for summary trials. In *Louis Vuitton Malletier S.A. v. Singga Enterprises (Canada) Inc.*, 2011 FC 776, [2013] 1 F.C.R. 413, at paragraphs 95–96, this Court considered the British Columbia jurisprudence on summary trials and found that:

- the onus of proof is the same as at trial, that being the party asserting the claim or defence must prove it on a balance of probabilities;
- on a summary trial motion, the judge can find the facts as they would upon a trial;
- the judge should give judgment unless doing so would be unjust, regardless of complexity or conflicting evidence; and
- in determining whether summary trial is appropriate, the judge should consider factors such as the amount involved, the complexity of the matter, its urgency, any prejudice likely to arise by reason of delay, the cost of taking the case forward to a conventional trial in relation to the amount involved, the course of the proceedings, and any other matters that arise for consideration.

examinée par le juge des faits (voir *Premakumaran c. Canada*, 2006 CAF 213, [2007] 2 R.C.F. 191, au paragraphe 8). Elle a également fait savoir que le juge des requêtes ne peut dégager des conclusions de fait et de droit que dans la mesure où la preuve pertinente figure au dossier et où n'intervient pas une question sérieuse de fait ou de droit qui dépend d'inférences à tirer (voir *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242, au paragraphe 49).

[59] Lorsqu'il a adopté la version actuelle des dispositions des Règles en matière de procès sommaire, le législateur s'est inspiré des règles de la Colombie-Britannique applicables aux procès sommaires. Dans la décision *Louis Vuitton Malletier S.A. c. Singga Enterprises (Canada) Inc.*, 2011 CF 776, [2013] 1 R.C.F. 413, notre Cour a examiné aux paragraphes 95 et 96 la jurisprudence de la Colombie-Britannique en matière de procès sommaires et a conclu ce qui suit :

- la charge de la preuve est la même que dans le cadre d'un procès complet, c'est-à-dire que la partie qui présente la déclaration ou la défense doit en prouver les allégations suivant la prépondérance des probabilités;
- dans le cadre d'une requête en procès sommaire, le juge peut constater les faits comme il le pourrait dans un procès complet;
- il devrait prononcer un jugement à moins qu'il ne soit injuste de le faire, indépendamment de la complexité des questions en litige et de l'existence d'une preuve contradictoire;
- pour établir s'il y a lieu de tenir un procès sommaire, le tribunal devrait prendre en considération des facteurs tels que le montant en cause, la complexité de l'affaire, l'urgence de son règlement, tout préjudice que sont susceptibles de causer les lenteurs d'un procès complet, le coût d'un procès complet en comparaison du montant en cause, le déroulement de l'instance et tous les autres facteurs qui s'imposent à l'examen.

[60] For the reasons set out in detail below, I have concluded that some, but not all, aspects of this claim and defence are suitable for summary judgment.

[61] The proper interpretation of section 56 of *Patent Act* is a discrete question of law that can be resolved without reference to any of the factual issues at play. It is an issue suitable for summary judgment.

[62] Furthermore, it is appropriate to construe the claims of the '561 Patent on this summary judgment motion. There is evidence in the form of Dr. Fleckenstein's affidavit to assist in resolving this issue.

[63] It has often been observed that in Canada, the construction of the claims of a patent is a question of law to be determined by the trial judge. The judge is to determine what a person skilled in the art of the patent would have understood the claim to mean at the relevant date. Expert evidence can assist the trial judge, but the proper interpretation is ultimately left to the judge: see *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, at pages 572–573; *Halford v. Seed Hawk Inc.*, 2001 FCT 1154, 16 C.P.R. (4th) 189, at paragraph 24; *GlaxoSmithKline Inc. v. Pharmascience Inc.*, 2011 FC 239, 91 C.P.R. (4th) 189, at paragraph 86.

[64] As will be seen below, there are areas of the claim and defence that I have concluded cannot be determined on the evidence before the Court and therefore must be left to be determined at a trial.

B. *What is the proper interpretation of section 56 of the Patent Act?*

(1) Legislative History of Section 56 of the *Patent Act*

[65] Section 56 of the *Patent Act*, as it currently reads, came into effect on December 13, 2018. It is reproduced

[60] Pour les motifs exposés de manière détaillée ci-après, je conclus que certains aspects de la demande et de la défense en l'espèce, mais pas tous, se prêtent à un jugement sommaire.

[61] L'interprétation qui doit être donnée à l'article 56 de la *Loi sur les brevets* est une question de droit distincte qui peut être tranchée sans tenir compte des questions factuelles en cause : il s'agit d'une question qui se prête à un jugement sommaire.

[62] En outre, il est approprié d'interpréter les revendications du brevet '561 dans le cadre de la présente requête en jugement sommaire. La Cour dispose d'éléments de preuve, sous la forme de l'affidavit de M. Fleckenstein, qui peuvent l'aider à se prononcer à cet égard.

[63] Les tribunaux ont souvent observé qu'au Canada, l'interprétation des revendications d'un brevet est une question de droit qui doit être tranchée par le juge d'instruction. Le juge doit déterminer comment une personne versée dans l'art dont relève l'invention brevetée aurait interprété la revendication à la date pertinente. Les témoignages d'experts peuvent aider le juge d'instruction, mais c'est à ce dernier qu'il appartient, en définitive, de décider de l'interprétation qu'il convient de donner au brevet (voir *Western Electric Co., Inc., et al. v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, aux pages 572–573; *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2001 CFPI 1154, au paragraphe 24; *GlaxoSmithKline Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2011 CF 239, au paragraphe 86).

[64] Comme nous le verrons plus loin, je conclus que certaines parties de la demande et de la défense ne peuvent être tranchées en fonction de la preuve dont la Cour dispose et, par conséquent, elles doivent être tranchées dans le cadre de l'instruction de l'action.

B. *Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 56 de la Loi sur les brevets?*

1) L'origine législative de l'article 56 de la *Loi sur les brevets*

[65] L'article 56 de la *Loi sur les brevets*, dans son libellé actuel, est entré en vigueur le 13 décembre 2018. Il

in full at Annex A. This provision applies only in respect of an action or proceeding in respect of a patent issued on the basis of an application whose filing date is on or after October 1, 1989, and that is commenced on or after October 29, 2018. The amended provision came into effect by virtue of the *Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27 (Budget Implementation Act), which is an omnibus statute modifying a number of statutes.

[66] Subsections (1), (6) and (9) of section 56 of the *Patent Act* are at play in this litigation. They read as follows:

**Exception — prior use**

**56 (1)** Subject to subsection (2), if — before the claim date of a claim in a patent — a person, in good faith, committed an act that would otherwise constitute an infringement of the patent in respect of that claim, or made serious and effective preparations to commit such an act, it is not an infringement of the patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent, in respect of that claim, if the person commits the same act on or after that claim date.

...

**Exception — use of article**

**(6)** Subject to subsection (7), the use of an article is not an infringement of a patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent, in respect of a claim, if the article was acquired, directly or indirectly, from a person who, before the claim date of that claim, in good faith, made or sold, or made serious and effective preparations to make or sell, an article that is substantially the same as the one used, for that use.

...

**Exception — use of service**

**(9)** Subject to subsection (10), the use of a service is not an infringement of a patent in respect of a claim if the service is provided by a person who, before the claim date of that claim, in good faith, provided, or made serious and effective preparations to provide, a service that is substantially the same as the one used, for that use.

est reproduit intégralement à l'annexe A. Cette disposition ne s'applique que lorsque l'action ou la procédure relative à un brevet délivré à la suite d'une demande dont la date de dépôt est le 1<sup>er</sup> octobre 1989, ou après cette date, est intentée le 29 octobre 2018, ou après cette date. La disposition modifiée est entrée en vigueur en vertu de la *Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018, L.C. 2018, ch. 27* (la Loi d'exécution du budget), une loi omnibus modifiant plusieurs lois.

[66] Les paragraphes 56(1), (6) et (9) de la *Loi sur les brevets* sont en cause dans le présent litige. Ils disposent :

**Exception — utilisation antérieure**

**56 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), si une personne, avant la date d'une revendication se rapportant à un brevet et de bonne foi, a commis un acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon du brevet relativement à la revendication, ou a fait de bonne foi des préparatifs effectifs et sérieux en vue de commettre un tel acte, l'acte ne constitue pas une contrefaçon du brevet ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, relativement à cette revendication, si cette personne commet le même acte à compter de cette date.

[...]

**Exception — utilisation d'un article**

**(6)** Sous réserve du paragraphe (7), l'utilisation d'un article ne constitue pas une contrefaçon de brevet ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, relativement à une revendication, si l'article est acquis, directement ou autrement, d'une personne qui, avant la date de revendication, a de bonne foi fabriqué ou vendu — ou a fait de bonne foi des préparatifs effectifs et sérieux en vue de fabriquer ou de vendre — un article, qui est sensiblement le même que celui utilisé, pour cette utilisation.

[...]

**Exception — utilisation d'un service**

**(9)** Sous réserve du paragraphe (10), l'utilisation d'un service ne constitue pas une contrefaçon de brevet relativement à une revendication si le service a été fourni par une personne qui, avant la date de revendication, a de bonne foi fourni — ou a fait de bonne foi des préparatifs effectifs et sérieux en vue de fournir — un service, qui est sensiblement le même que celui utilisé, pour cette utilisation.



[67] Prior to this amendment, the only substantive defence in section 56 was subsection 56(1) which then read as follows:

**Patent not to affect previous purchaser**

**56 (1)** Every person who, before the claim date of a claim in a patent has purchased, constructed or acquired the subject matter defined by the claim, has the right to use and sell to others the specific article, machine, manufacture or composition of matter patented and so purchased, constructed or acquired without being liable to the patentee or the legal representatives of the patentee for so doing.

[68] The summary of the Budget Implementation Act, which is included in the statute as a preamble, specifically notes that:

Subdivision A of Division 7 of Part 4 amends the *Patent Act* in order to

...

(c) expand the rights of a person in respect of a claim in a patent who meets the requirements to be considered a prior user;

[69] From this, it can be seen that the current version of section 56 is to be read as granting more expansive rights than the previous version. Aside from this, there is no guidance on the intention of the legislators to be obtained from any Parliamentary debate or committee review.

[70] The current version of subsection 56(1) differs in three key ways from the former.

[71] First, the previous version granted a prior user the right to use and sell a patented article, machine, manufacture, or composition of matter. In this respect, it was limited to physical inventions and did not cover patented methods. The current version grants a prior user the right to commit an “act” that would have otherwise constituted infringement. This is significantly broader and covers a wider set of circumstances than simply the sale or use of a physical product. The new statutory language includes the use of a patented process as a prior use.

[67] Avant cette modification, l’article 56 n’offrait qu’un seul moyen de défense au fond qui était prévu au paragraphe 56(1), lequel était ainsi libellé :

**Droit de l’acquéreur antérieur**

**56 (1)** Quiconque, avant la date de revendication d’une demande de brevet, achète, exécute ou acquiert l’objet que définit la revendication peut utiliser et vendre l’article, la machine, l’objet manufacturé ou la composition de matières brevetés ainsi achetés, exécutés ou acquis avant cette date sans encourir de responsabilité envers le breveté ou ses représentants légaux.

[68] Le sommaire de la Loi d’exécution du budget, qui fait partie de son préambule, indique expressément ce qui suit :

La sous-section A de la section 7 de la partie 4 modifie la *Loi sur les brevets* afin :

[...]

c) d’étendre les droits, à l’égard d’une revendication se rapportant à un brevet, de toute personne qui satisfait aux conditions lui permettant d’être considérée comme un utilisateur antérieur;

[69] Ce sommaire nous permet de constater que la version actuelle de l’article 56 doit être interprétée de manière à ce que les droits qu’il confère soient plus vastes qu’ils ne l’étaient dans sa version antérieure. À part ce sommaire, rien dans les débats parlementaires ou les travaux de comités d’examen ne permet de dégager la volonté du législateur.

[70] La version actuelle du paragraphe 56(1) se distingue de la version antérieure sur trois points importants.

[71] Premièrement, la version précédente octroyait à un utilisateur antérieur le droit d’utiliser et de vendre un article, une machine, un objet manufacturé ou une composition de matières brevetés. Par conséquent, ce droit était limité aux inventions physiques et ne couvrait pas les méthodes brevetées. Selon la version actuelle, un utilisateur antérieur a le droit de commettre un « acte » qui par ailleurs constituerait une contrefaçon. Ce droit est beaucoup plus vaste et couvre un ensemble de circonstances plus large que la simple vente ou utilisation

NCS submits, and I agree, that the word “act” in subsection 56(1) should be read in light of section 42 of the *Patent Act*, which speaks to a patent granting exclusive rights to “making, constructing and using the invention and selling it to others to be used.” These are the acts protected by subsection 56(1).

[72] Second, the previous English version of subsection 56(1) limited the protection to the sale or use of the “specific” physical manifestation of the invention. While the French version did not say this explicitly, it should be interpreted in this manner in order to be consistent with the English version. The current version of subsection 56(1), in both languages, instead protects the commission of “the same act” (*le même acte*) that would have constituted infringement.

[73] Finally, the current version of subsection 56(1) grants protection not only to persons who committed an infringing act prior to the claim date, but also to those who “made serious and effective preparations to commit such an act.” There is no such language in the previous version.

[74] In *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588 (*Merck*), the Federal Court of Appeal applied former subsection 56(1) narrowly. In *Merck*, the defendant Apotex purchased batches of Lisinopril, the subject of the plaintiff’s patent, from Delmar. The contract of purchase was drafted so that title in the product would only pass to Apotex upon Apotex being satisfied that the product batches met Apotex’s requirements. The Federal Court of Appeal found at paragraphs 81 and 82 that Apotex did not have prior user’s rights:

... Apotex cannot be said to have purchased or acquired the Delmar batches until they obtained title to them. If the

d’un produit physique. Selon le nouveau texte législatif, l’utilisation d’un procédé breveté correspond à une utilisation antérieure. NCS fait valoir, et je suis du même avis, que le mot « acte » utilisé au paragraphe 56(1) devrait être interprété à la lumière de l’article 42 de la *Loi sur les brevets*, selon lequel tout brevet accorde au breveté le droit exclusif « de fabriquer, construire, exploiter et vendre [l’objet de l’invention] à d’autres, pour qu’ils l’exploitent ». Ces actes sont ceux que protège le paragraphe 56(1).

[72] Deuxièmement, selon la version anglaise antérieure du paragraphe 56(1), la protection était limitée à la vente ou à l’utilisation d’une manifestation physique [TRADUCTION] « en particulier » (*specific*) de l’invention. Même si cette mention ne faisait pas précisément partie du texte de la version française, il y a lieu de lui donner la même interprétation pour qu’elle soit compatible avec la version anglaise. La version actuelle du paragraphe 56(1) protège plutôt, dans les deux langues, le fait pour une personne de commettre « le même acte » [*the same act*] qui par ailleurs constituerait une contrefaçon.

[73] Enfin, la version actuelle du paragraphe 56(1) accorde une protection non seulement aux personnes qui ont commis un acte de contrefaçon avant la date de revendication, mais aussi aux personnes qui « [ont] fait [...] des préparatifs effectifs et sérieux en vue de commettre un tel acte ». Ce segment ne figurait pas dans la version antérieure.

[74] Dans l’arrêt *Merck & Co, Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588 (*Merck*), la Cour d’appel fédérale a donné à l’ancien paragraphe 56(1) une application restrictive. Dans cette affaire, la défenderesse Apotex avait acheté des lots de lisinopril, l’objet du brevet de la demanderesse, auprès de Delmar. Le contrat d’achat avait été rédigé de façon à ce que Apotex n’obtienne le titre de propriété sur le produit que si elle était convaincue que les lots de produits répondaient à ses exigences. Aux paragraphes 81 et 82, la Cour d’appel fédérale a conclu qu’Apotex ne détenait aucun droit d’utilisateur antérieur :

[...] il n’est donc pas possible d’affirmer qu’Apotex a acheté ou acquis les lots de Delmar avant d’en avoir obtenu

Delmar batches were of a finished product, title would have passed to Apotex and Apotex could then claim the statutory benefit. However, that is not the case here. At trial, Dr. Dickinson, President of Delmar, testified that they were not satisfied that the Delmar batches met the description of the lisinopril Apotex sought to purchase. The lisinopril had not yet been isolated as a solid and still had to undergo purification steps followed by drying before it could be released as a finished product. These steps were eventually undertaken but it was not until October 23, 1990, and November 7, 1990, that the Delmar batches were packaged and ready for delivery.

As a result, title could not pass to Apotex until the product was in a deliverable state (i.e. October 23, 1990, and November 7, 1990). By that time, the '350 patent was already granted to Merck (October 16, 1990) and Apotex's right to reap the benefit of section 56 was already extinguished.

[75] The inclusion of “serious and effective preparations” in subsection 56(1) was likely designed to override the outcome in *Merck*. Under the new provisions, it is likely that a court would have found that serious and effective preparations had been made given that Apotex had ordered the lisinopril and production had commenced but had not been completed.

[76] Subsections 56(6) and 56(9) deal with the use of a purchased article or service. They appear designed to extend prior user rights to third parties. There are no corresponding provisions in the previous version of the *Patent Act*.

(2) The Parties' Submissions on Section 56 of the *Patent Act*

[77] Kobold and NCS differ on the standard of similarity subsection 56(1) of the *Patent Act* requires. What does “the same act” in that subsection mean?

[78] NCS submits that it means the same or substantially the same. Kobold submit that it means identical or nearly identical. This is not a mere semantic dispute. The resolution of this issue of interpretation guides how different, if at all, the act subsequent to the issuance of

le titre. Si les lots de Delmar avaient été un produit fini, le titre de propriété aurait été transféré à Apotex et cette dernière aurait pu ensuite demander à bénéficier de la loi. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce. Lors du procès, M. Dickinson, président de Delmar, a déclaré qu'il n'était pas convaincu que les lots de Delmar correspondaient au type de lisinopril que souhaitait acheter Apotex. Le lisinopril n'avait pas encore été isolé sous forme solide et devait encore franchir des étapes de purification, suivies du séchage, avant son déblocage sous forme de produit fini. Ces étapes ont finalement été franchies, mais ce n'est que le 23 octobre 1990 et le 7 novembre 1990 que les lots de Delmar ont été emballés en vue de leur livraison.

Par conséquent, le titre de propriété ne pouvait pas être transféré à Apotex tant que le produit n'était pas livrable (c'est-à-dire le 23 octobre 1990 et le 7 novembre 1990). À ces dates, le brevet '350 avait déjà été délivré à Merck (16 octobre 1990) et le droit d'Apotex au bénéfice de l'article 56 était déjà éteint.

[75] L'ajout des mots « des préparatifs effectifs et sérieux » au paragraphe 56(1) avait vraisemblablement pour objet de contourner les conclusions tirées dans l'arrêt *Merck*. Suivant les nouvelles dispositions, la Cour aurait probablement conclu que des préparatifs effectifs et sérieux avaient été faits étant donné qu'Apotex avait commandé le lisinopril et que la production avait commencé, mais qu'elle n'était pas terminée.

[76] Les paragraphes 56(6) et (9) traitent de l'utilisation d'un article ou d'un service acheté. Ils semblent conçus pour accorder à des tiers les droits d'un utilisateur antérieur. La version antérieure de la *Loi sur les brevets* ne comprenait aucune disposition équivalente.

2) Les arguments des parties au sujet de l'article 56 de la *Loi sur les brevets*

[77] Kobold et NCS ont des opinions divergentes quant à la norme de similitude qu'appelle le paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets*. Quel sens faut-il donner aux mots « le même acte » dans cette disposition?

[78] NCS fait valoir qu'il s'agit d'un acte qui est le même ou sensiblement le même; et selon Kobold, il s'agit d'un acte qui est identique ou presque identique. Ce débat n'est pas simplement d'ordre sémantique. La réponse à cette question d'interprétation permettra de

the patent can be from the act prior and still obtain the protection of subsection 56(1).

[79] Both parties directed the Court to English jurisprudence interpreting its legislative provision providing for a prior use defence. The British provision is subsection 64(1) of the United Kingdom’s *Patents Act 1977*, 1977, c. 37 (the U.K. Act) which provides as follows:

64 (1) Where a patent is granted for an invention, a person who in the United Kingdom before the priority date of the invention—

(a) does in good faith an act which would constitute an infringement of the patent if it were in force, or

(b) makes in good faith effective and serious preparations to do such an act,

has the right to continue to do the act or, as the case may be, to do the act, notwithstanding the grant of the patent; but this right does not extend to granting a licence to another person to do the act.

[80] One immediately notices that the U.K. legislation refers to doing “the act” after the patent issues; whereas the Canadian Act speaks to doing “the same act on or after that claim date” (emphasis added).

[81] In *Lubrizol Corporation v. Esso Petroleum Co. Ltd.*, [1997] R.P.C. 195 (Eng. C.A.), at page 216, the Court of Appeal interpreted “the act” in the U.K. statute to mean “substantially the same act”:

In deciding whether the activity is substantially the same all the circumstances must be considered. Both technical and commercial matters must be taken into account. That

savoir dans quelle mesure l’acte commis après la délivrance du brevet diffère, le cas échéant, de l’acte commis antérieurement et si cet acte jouira tout de même de la protection conférée par le paragraphe 56(1).

[79] Les deux parties ont présenté à la Cour des jugements anglais dans lesquels les tribunaux ont interprété la disposition législative qui prévoit un moyen de défense fondé sur une utilisation antérieure. La disposition britannique dont il est question est le paragraphe 64(1) de la *Patents Act 1977*, 1977, ch. 37 du Royaume-Uni (la Loi du R.-U.), lequel dispose :

[TRADUCTION]

64 (1) Dès lors qu’un brevet est octroyé relativement à une invention, la personne qui, au Royaume-Uni, avant la date de priorité de l’invention et de bonne foi—

a) commet un acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon du brevet s’il était en vigueur;

b) fait des préparatifs effectifs et sérieux en vue de commettre un tel acte;

a le droit de continuer à commettre l’acte en question ou, selon le cas, de le commettre, malgré l’octroi du brevet; ce droit ne comprend toutefois pas la possibilité d’accorder une licence autorisant une autre personne à commettre cet acte.

[80] On constate au premier coup d’œil que la disposition législative du R.-U. renvoie à un [TRADUCTION] « acte » commis après la délivrance du brevet; tandis que dans la disposition canadienne, on renvoie à la personne qui commet « le même acte à compter de cette date » (non souligné dans l’original).

[81] Dans l’arrêt *Lubrizol Corporation v. Esso Petroleum Co. Ltd.*, [1997] R.P.C. 195 (C.A. Ang.), la Cour d’appel a, à la page 216, donné au mot [TRADUCTION] « l’acte », utilisé dans la Loi du R.-U., le sens de [TRADUCTION] « sensiblement le même acte » :

[TRADUCTION]

Pour décider si l’activité est sensiblement la même, il faut tenir compte de l’ensemble des circonstances. Les questions d’ordre technique et commercial doivent être prises

is important in a case such as the present where there are inherent minor variations in starting materials or the like. If the protected act has to be *exactly* the same (whatever that may mean) as the prior act then the protection given by the section would be illusory. The section is intended to give a practical protection to enable a man to continue doing what in substance he was doing before. [Emphasis added; italic in original.]

[82] NCS submits that the U.K. Act is similar to the Canadian Act and therefore English jurisprudence is informative on how to interpret the Canadian Act. It submits, based on judicial interpretation of the U.K. Act, that the Canadian Act should be interpreted to mean that a prior user can commit “substantially the same act” without infringing the patent. As noted above, it also submits that “an act” should be taken to mean any action that would infringe a patent, namely making, constructing, and using the invention, or selling it to others to be used.

[83] NCS further submits that because subsection 56(1) limits its application to “an act that would otherwise constitute an infringement of the patent in respect of that claim,” a prior user is granted immunity from any infringement of a claim that it infringed prior to the claim date and that changes to ancillary technologies, not related to the patent claims, do not prevent the application of subsection 56(1).

[84] NCS submits that this Court can find the prior use defence applies without first finding that infringement has occurred. NCS relies on its factual assertion that it has been performing the same acts after the claim date of the '561 Patent as before the claim date. There are therefore two possibilities: If its acts would constitute an infringement but for section 56, then section 56 is engaged and there is no infringement. If its acts do not constitute infringement, then there is no need to consider section 56 as no infringement has occurred. In either scenario, the acts do not infringe the '561 Patent. The only relevant consideration is whether it has been performing substantially the same acts.

en considération. Il est important de le faire dans une affaire comme la présente espèce, où l'on dénote des variations mineures inhérentes dans les matières premières ou analogues. Si l'acte protégé doit être *exactement* le même (peu importe ce que cela veut dire) que l'acte antérieur, la protection conférée par la disposition serait illusoire. La disposition a pour objet de conférer une protection réelle afin de permettre à une personne de faire ce qu'elle faisait sensiblement auparavant. [Non souligné dans l'original; italiques dans l'original.]

[82] NCS fait valoir que la Loi du R.-U. est semblable à celle du Canada et qu'en conséquence, la jurisprudence anglaise nous éclaire quant à la façon d'interpréter la loi canadienne. Elle soutient, en s'appuyant sur l'interprétation que les tribunaux ont donnée à la Loi du R.-U., que la loi canadienne devrait être interprétée de manière à ce qu'un utilisateur antérieur puisse commettre [TRADUCTION] « sensiblement le même acte » sans contrefaire le brevet. Comme je l'ai déjà mentionné, NCS soutient en outre qu'on devrait entendre par « un acte », toute action qui contrefait un brevet, à savoir fabriquer, construire, exploiter ou vendre l'invention à d'autres pour qu'ils l'exploitent.

[83] En outre, NCS affirme que l'application du paragraphe 56(1) étant limitée à « un acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon du brevet relativement à la revendication », l'utilisateur antérieur jouit d'une immunité en cas de contrefaçon d'une revendication lorsque cette contrefaçon a eu lieu avant la date de revendication et que les modifications apportées à des technologies connexes, non liées aux revendications du brevet, n'empêchent pas l'application du paragraphe 56(1).

[84] Selon NCS, la Cour peut conclure à l'applicabilité du moyen de défense fondé sur l'utilisation antérieure sans devoir d'abord conclure à l'existence de contrefaçon. NCS s'appuie sur son allégation de fait selon laquelle les actes qu'elle a commis après la date de revendication du brevet '561 sont les mêmes que ceux qu'elle avait commis avant cette date. Donc de deux choses l'une : soit elle a commis des actes qui constituent une contrefaçon exception faite de l'article 56 — auquel cas cette disposition s'applique et il y a absence de contrefaçon —, soit les actes qu'elle a commis ne constituent pas une contrefaçon — auquel cas il est inutile d'examiner l'article 56, car il n'y a eu aucune contrefaçon. Dans l'un

[85] Kobold agree that the U.K. Act has interpreted the language “the act” to mean “substantially the same act.” In the U.K., the prior use and the current use need not be identical, but the prior user does not have full rein to manufacture any infringing product or to expand into other products.

[86] Kobold note that the Canadian Act does not use the same language as the U.K. Act. They observe that section 56 of the Canadian *Patent Act* sets out two different standards of similarity for what acts are protected by prior user’s rights. Subsections 56(1), 56(3), and 56(4) make reference to “the same” act, while subsections 56(6) and 56(9) make reference to “substantially the same” article or service.

[87] Kobold submit that by using different phrases in the different sections, Parliament is presumed to have intended that the words should have different meanings. They say that this presumption is strengthened by the fact that the different phrasings are found within the same section of the *Patent Act* and were introduced as part of the same amending legislation.

[88] Therefore, Kobold submit that the words “same act” should be interpreted to require near identicality to benefit from subsection 56(1), while the words “substantially the same” in subsections 56(6) and 56(9) imply a standard similar to that of the U.K. Act.

[89] Under the interpretation proposed by Kobold, the proper approach in applying subsection 56(1) is to (i) determine what act(s) occurred before the claim date, (ii) determine whether the act(s) would constitute an infringement, and (iii) determine whether the act(s) after

ou l’autre de ces scénarios, les actes ne constituent pas une contrefaçon du brevet '561. La seule question pertinente est celle de savoir si elle a commis sensiblement les mêmes actes.

[85] Kobold convient que les tribunaux ont donné au mot [TRADUCTION] « l’acte » dans la Loi du R.-U., le sens de [TRADUCTION] « sensiblement le même acte ». Au R.-U., il n’est pas nécessaire que l’utilisation antérieure et l’utilisation actuelle soient identiques, mais l’utilisateur antérieur ne doit pas être entièrement libre de fabriquer tout produit contrefait ou d’élargir la fabrication à d’autres produits.

[86] Kobold fait remarquer que le libellé de la loi canadienne n’est pas le même que celui de la Loi du R.-U. Elle constate que l’article 56 de la *Loi sur les brevets* du Canada énonce deux normes de similitude distinctes concernant les actes qui sont protégés par les droits conférés à l’utilisateur antérieur : aux paragraphes 56(1), (3) et (4), il est question du « même » acte, alors qu’aux paragraphes 56(6) et (9), il s’agit de « sensiblement le même » article ou service.

[87] Selon Kobold, le législateur, qui a utilisé une combinaison différente de mots dans les différentes dispositions, est présumé avoir eu l’intention de leur conférer un sens différent. Elle affirme que cette présomption est renforcée par le fait que ces différentes combinaisons de mots figurent dans le même article de la *Loi sur les brevets* et qu’ils y ont été intégrés dans le cadre de la même loi modificative.

[88] Par conséquent, Kobold soutient que les mots « même acte » devraient s’entendre d’un caractère presque identique pour que les actes bénéficient de la protection conférée par le paragraphe 56(1), alors que les mots « sensiblement le même » utilisés aux paragraphes 56(6) et (9) appellent une norme semblable à celle qui figure dans la Loi du R.-U.

[89] Suivant l’interprétation proposée par Kobold, l’approche à privilégier pour le paragraphe 56(1) consiste à se demander (i) quel acte ou quels actes ont eu lieu avant la date de revendication, (ii) si cet acte ou ces actes constituent une contrefaçon et (iii) si l’acte ou les actes commis

the claim date are the same or nearly identical as the act(s) before.

[90] Kobold submit that the language of the section is clear that the comparison to be made is between two acts to each other and is not an assessment of whether both a prior and subsequent act infringe a claim, as there are multiple ways to infringe a patent claim. They rely on the judgment of Justice Kitchin of the England and Wales High Court (as he then was) in *Forticrete Ltd. v. Lafarge Roofing Ltd.*, [2005] EWHC 3024 (Ch.), at paragraph 25, where he rejected an argument from a defendant that, having made one infringing product, it was entitled to make any other product falling within the scope of the patent.

### (3) Analysis

[91] Subsection 56(1) provides a defence to a person doing an act that would otherwise be an infringement of a claim based on a comparison of the pre – and post-patent infringing “act” (*acte*). I agree with NCS that the word “act” is to be interpreted in keeping with the acts which the patent protects, as set out in section 42 of the *Patent Act*; namely “making, constructing and using the invention and selling it to others to be used.” Those are the acts that are potentially protected.

[92] With respect to the standard of similarity, I find that subsection 56(1) of the *Patent Act* requires the acts pre – and post-patent must be the “same” (*le même acte*), i.e. identical. I reach this conclusion for the following reasons.

[93] First, the word “same” is used in subsection 56(1) as an adjective describing the noun “act” and in its ordinary grammatical meaning means identical. “Same” is defined in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, used as an adjective, as follows:

après la date de revendication sont les mêmes ou s’ils sont presque identiques aux actes commis antérieurement.

[90] Kobold fait valoir que le libellé de l’article exige clairement que la comparaison soit faite entre deux actes l’un par rapport à l’autre, et qu’il ne s’agit pas de se demander si un acte antérieur et un acte subséquent constituent une contrefaçon d’une revendication, car il existe plusieurs façons de contrefaire une revendication. Elle s’appuie sur le jugement rendu par le juge Kitchin de la Haute Cour de justice d’Angleterre et du Pays de Galles (maintenant juge à la Cour suprême du Royaume-Uni) dans l’affaire *Forticrete Ltd. v. Lafarge Roofing Ltd.*, [2005] EWHC 3024 (Ch.), où il a rejeté au paragraphe 25 l’argument de la défenderesse selon lequel elle avait le droit de fabriquer tout autre produit visé par le brevet, car elle avait fabriqué un produit contrefait.

### 3) Analyse

[91] Le paragraphe 56(1) fournit à la personne qui commet un acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon d’une revendication un moyen de défense fondé sur la comparaison de « l’acte » qu’elle a commis avant la délivrance du brevet, par rapport à celui qu’elle a commis après. Je conviens avec NCS que l’interprétation du mot « acte » doit être compatible avec les actes protégés par le brevet, lesquels sont énumérés au paragraphe 42 de la *Loi sur les brevets*. Ces actes — à savoir, « fabriquer, construire, exploiter et vendre à d’autres, pour qu’ils l’exploitent, l’objet de l’invention » — sont ceux qui sont potentiellement protégés.

[92] S’agissant de la norme de similitude, le paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets* exige, à mon avis, que les actes commis antérieurement et postérieurement à la délivrance du brevet soient les « même[s] », c.-à-d. identiques. J’en arrive à cette conclusion pour les motifs qui suivent.

[93] Premièrement, le mot « même » est utilisé au paragraphe 56(1) comme un adjectif qui qualifie le nom « acte » et dont le sens grammatical ordinaire signifie « identique ». Dans le *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, le mot « same » [même] est défini comme suit :

**Same adjective 1** (often prec. by *the*) **a** identical in form, appearance, or number (*how embarrassing, we're wearing the same dress; they are the same age*). **b** not different (*we go to the same doctor*). **2** unchanged, unvarying, uniform (*they've been giving the same service for over fifty years*). **3** (usu. prec. by *this, these, that, those*) (of a person or thing) previously alluded to; just mentioned (*this same medical student went on to become a doctor*). **4** (in combination) identical, not different (*same-age partners*).

“*Même*” is defined in *Le Petit Robert*, 2022 ed. as follows:

**adj. Indéf. 1** (Devant le nom) Marque l'identité absolue....Marque la simultanéité....Marque la similitude → **semblable**....Marque l'égalité. → **égal**.

[{Translation} Indefinitive adjective 1 (Before the noun) Marks absolute identity....Marks simultaneity....Marks similarity → similar...Marks equality. → equal.]

[94] Second, it is to be noted that subsections 56(6) and subsections 56(9) allow a third party defence of prior use on the less stringent standard of “substantially the same” (*sensiblement le même*). The choice to use the phrase “substantially the same” in subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act* while using the phrase “the same” in subsection 56(1) makes it clear that Parliament intended different standards to apply.

[95] Third, and as submitted by Kobold, while the phrase “the act” in the U.K. Act has been interpreted to mean “substantially the same act”, Parliament did not use the same language as the U.K. Act. The language of the U.K. Act is more open ended and invites a more flexible interpretation as to what is meant by “the act.” The Canadian statute on the other hand clearly indicates what kind of act is meant: the same act in subsection 56(1) and substantially the same act in subsections 56(6) and (9).

[TRADUCTION]

**Même adjectif 1** (souvent précédé d'un déterminant (le, la, les, un, une, cet, cette...)) Marque l'identité quant à la forme, à l'apparence ou au nombre (*zut, nous portons la même robe; ils ont le même âge*). **b** Marque l'absence de différence (*nous consultons le même médecin*). **2** Inchangé, invariable, uniforme (*ils fournissent le même service depuis plus de cinquante ans*). **3** (norm. précédé de *ce, ces, cet, cette*) (relativement à une personne ou une chose) à laquelle on a fait allusion; dont on vient de parler (*ce même étudiant en médecine est devenu médecin*). **4** ([sens anglais :] combiné à un autre mot) Marque l'identité, l'absence de différence (partenaires du même âge [*same-age partners*]).

Dans *Le Petit Robert*, éd. 2022, « même » est défini comme suit :

**adj. indéf. 1** (Devant le nom) Marque l'identité absolue [...] Marque la simultanéité [...] Marque la similitude → **semblable** [...] Marque l'égalité. → **égal**.

[94] Deuxièmement, il importe de souligner que les paragraphes 56(6) et (9) autorisent les tiers à se prévaloir du moyen de défense fondé sur une utilisation antérieure auquel est appliquée la norme moins stricte imposée par les mots « sensiblement le même » (*substantially the same*). Le fait pour le législateur d'avoir choisi d'utiliser les mots « sensiblement le même » aux paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*, tandis qu'il utilise les mots « le même » au paragraphe 56(1) indique clairement sa volonté d'appliquer deux normes distinctes.

[95] Troisièmement, et comme le fait valoir Kobold, il est vrai que l'interprétation donnée au mot [TRADUCTION] « acte » utilisé dans la Loi du R.-U. a le sens de [TRADUCTION] « sensiblement le même », mais le législateur n'a pas utilisé le même libellé que celui de la Loi du R.-U. Le libellé de la Loi du R.-U., plus général, favorise une interprétation plus souple du sens à donner au mot [TRADUCTION] « acte ». En revanche, la loi canadienne indique clairement de quel acte il est question : au paragraphe 56(1), il s'agit du même acte; et aux paragraphes 56(6) et (9), il s'agit de sensiblement le même acte.



[96] Fourth, the Budget Implementation Act indicates that the new legislation is intended to grant more expansive prior user rights. This interpretation is consistent with that purpose, as the rights provided are more expansive than those found in the previous version of subsection 56(1). The previous version made reference to being able to make use of a “specific” physical manifestation of the invention. On a plain reading of the previous version, a person who had previously constructed a patented invention was able to use or sell that physical manifestation of the invention but not to construct additional or somewhat different physical manifestations. It was effectively a right to deplete one’s existing stock. The new version grants the much broader right to perform “the same act.” A person who previously committed an act that would, had the patent have been issued, have infringed the patent may now continue to do that same act. If they previously manufactured and sold an article, they would be entitled to continue to manufacture and sell more of the same article, rather than simply sell existing inventory.

[97] As noted above, the pre – and post-patent acts must be identical in the sense that one can only perform those acts set out in section 42 of the *Patent Act* which were actually performed pre-patent, or those acts for which substantial preparations to perform were made.

[98] On this interpretation, if the person claiming the protection of subsection 56(1) had, for example, previously only manufactured and used its device, then they can continue to manufacture and use it, but they cannot now sell the device to others to use, as selling is not an act done prior to the issuance of the patent.

[99] This interpretation then leads one to ask if the same act is the manufacture of a device, must it be an identical device that is manufactured to obtain the protection of subsection 56(1) as Kobold submit.

[96] Quatrièmement, la Loi d’exécution du budget indique que la nouvelle loi a pour objet d’étendre les droits de toute personne qui est un utilisateur antérieur. L’interprétation proposée est compatible avec cet objet, car les droits que cette loi confère sont plus vastes que ceux qui étaient visés dans la version antérieure du paragraphe 56(1). La version antérieure renvoyait à la possibilité d’utiliser une manifestation physique [TRANSDUCTION] « en particulier » (*specific*) de l’invention. Selon le sens ordinaire de la version antérieure, quiconque avait déjà exécuté l’objet de l’invention brevetée pouvait utiliser ou vendre cette manifestation physique, mais ne pouvait pas exécuter des manifestations physiques supplémentaires ou quelque peu différentes. En réalité, le droit d’écouler son inventaire existant était visé. La nouvelle version confère un droit beaucoup plus vaste de commettre « le même acte ». Quiconque a déjà commis un acte qui aurait constitué, si le brevet avait été délivré, une contrefaçon du brevet peut désormais continuer de commettre ce même acte. Si la personne fabriquait ou vendait auparavant un article, elle a le droit de continuer à en fabriquer et à en vendre encore plus, au lieu de simplement vendre ceux qu’elle a en stock.

[97] Comme je l’ai mentionné plus haut, les actes commis antérieurement et postérieurement à la délivrance du brevet doivent être identiques, en ce sens que seuls les actes énumérés à l’article 42 de la *Loi sur les brevets* qui ont effectivement été commis antérieurement à la délivrance du brevet, ou les actes précédés de préparatifs importants en vue de les commettre, peuvent être autorisés.

[98] D’après cette interprétation, si, par exemple, la personne qui se réclame de la protection conférée par le paragraphe 56(1) avait uniquement fabriqué et utilisé son dispositif, elle peut continuer de le fabriquer et de l’utiliser, mais elle ne peut plus le vendre à d’autres pour qu’ils l’utilisent, car la vente n’est pas un acte qu’elle avait commis avant la délivrance du brevet.

[99] Suivant cette interprétation, il y a donc lieu de se demander dans le cas où le même acte serait la fabrication d’un dispositif, si ce dispositif ainsi fabriqué doit être identique pour obtenir la protection conférée par le paragraphe 56(1) comme le fait valoir Kobold.

[100] I agree with Kobold that the language of the section is clear that the comparison to be made is between two acts to each other and I further agree that to some extent it is not merely an assessment of whether both a prior and a subsequent act infringes the patent. The prior user does not have *carte blanche* to infringe the patent in any way that it wishes. What is protected is the doing of the same act so that both pre – and post-patent it is not an infringement of the patent “in respect of that claim.” Accordingly, if the act done pre-patent would have infringed claim 1, but no other, the subsequent act is protected vis-à-vis claim 1, but no other.

[101] If the prior user manufactured the infringing device prior to the patent and painted it green, would it be prevented from manufacturing the identical device but painting it red? I can see no practical, logical, or legal reason why the protection of section 56 of the *Patent Act* would be so restricted. Similarly, I see no reason why the prior user should be restricted from making changes to its device so long as those changes do not relate to what is disclosed by the patent. After all, the protection afforded the inventor is the invention as claimed in the patent.

[102] Therefore, in my view, the prior user has the ability to make changes to aspects of its device or process that are part of the prior art or outside the claims of the patent. Patent claims must be drafted to contain all aspects of the invention and so will usually contain elements that are well established in the prior art and described in general terms. For example, in claim 1 of the '561 Patent, a reference is made to locating the sealing element below a zone of interest in the wellbore. This element must be included in the claim in order to provide a complete description of a method of completing a wellbore. However the claims give no mention as to how this step in the method is performed and it could be done in any number of ways that are previously known.

[100] Je conviens avec Kobold que selon le libellé clair de la disposition, les deux actes doivent être comparés l'un par rapport à l'autre, et je conviens également qu'il ne s'agit pas simplement de savoir si, d'une quelconque manière, l'acte antérieur et l'acte subséquent constituent une contrefaçon du brevet. L'utilisateur antérieur n'est pas libre de contrefaire le brevet comme il le souhaite. La protection vise la commission du même acte, de sorte que les actes commis antérieurement et postérieurement à la délivrance du brevet ne constituent pas une contrefaçon du brevet « relativement à la revendication ». Par conséquent, si l'acte commis antérieurement à la délivrance du brevet avait constitué une contrefaçon de la revendication 1, mais qu'aucune autre revendication n'était contrefaite, l'acte commis subséquent est protégé relativement à la revendication 1, mais il ne l'est relativement à aucune autre.

[101] Serait-il interdit à l'utilisateur antérieur qui a fabriqué le dispositif contrefait avant la délivrance du brevet et qui l'a peint en vert de fabriquer un dispositif identique, mais de le peindre en rouge? Je ne vois, sur le plan pratique, logique ou juridique, aucune raison pour laquelle la protection conférée par l'article 56 de la *Loi sur les brevets* serait ainsi restreinte. Je ne vois pas non plus pourquoi on devrait empêcher l'utilisateur antérieur de modifier son dispositif, pourvu que ces modifications ne se rapportent pas à ce qui est divulgué dans le brevet. Après tout, la protection conférée à l'inventeur correspond à l'invention telle qu'elle est revendiquée dans le brevet.

[102] Par conséquent, j'estime qu'il est possible pour l'utilisateur antérieur d'apporter à certains aspects de son dispositif ou de son procédé des modifications qui font partie de l'art antérieur ou qui ne sont pas visées par les revendications du brevet. Les revendications d'un brevet doivent être rédigées de façon à contenir tous les aspects de l'invention, de sorte qu'elles comprennent habituellement des éléments bien établis dans les documents de l'art antérieur et décrits en termes généraux. Par exemple, dans la revendication 1 du brevet '561, on fait référence à l'emplacement de l'élément d'étanchéité sous une zone d'intérêt dans le puits de forage. Cet élément doit être inclus dans la revendication pour donner une description complète de la méthode d'achèvement de puits de forage.

[103] In my opinion, it would be unreasonable for the prior user, having selected one method known in the prior art, to be restricted to only using that particular method when the patent is silent as to what method should be used and where that aspect of the claims does not form part of the inventive concept. I see no reason why Kobold, having chosen to recite established steps in operating a completion tool, would be able to prevent NCS from making any changes in how it performs those established steps, despite Kobold having introduced no innovation to them. If, for example, a new, more efficient fracking fluid was developed, should NCS be prevented from using it because it would represent a change in the step of “treating the zone of interest” as set out in claim 1? I think it should not. To do so would grant Kobold protection for more than what has been invented.

[104] Similarly, if the prior user made a device that benefitted from a subsection 56(1) defence, I see no reason why it should be restricted to making just that device standing alone in the future, provided any additions to the device do not infringe the patent. Accordingly, with respect to BHAs, if it is the packer that was made prior to the patent, I can see no reason why the prior user cannot add additional components to the BHA and market them as one, provided the infringing element, the packer element of the BHA, remains identical pre – and post-patent.

[105] This then begs the question as to the scope of changes, if any, the prior user may make to its device vis-à-vis the aspects of it that infringe a specific claim of the patent. In the above example, is the prior user prevented from making improvements to or changing the packer element if that is the infringing aspect of the device?

Or, rien dans les revendications n’explique comment cette étape est exécutée dans la méthode : elle peut l’être de différentes façons qui sont déjà connues.

[103] À mon avis, il serait déraisonnable de limiter l’utilisateur antérieur à une méthode particulière connue dans les documents d’art antérieur simplement parce qu’il avait opté pour cette méthode auparavant, alors que le brevet ne donne aucune indication quant à la méthode qui devrait être utilisée et que cet aspect des revendications ne fait pas partie de l’idée originale du brevet. J’estime que rien ne permet à Kobold, qui a choisi d’énoncer les étapes reconnues pour se servir d’un outil d’achèvement, d’empêcher NCS de modifier la façon dont elle exécute ces étapes, bien que Kobold n’y ait introduit aucune innovation. Si, par exemple, un nouveau fluide de fracturation plus efficace était conçu, NCS devrait-elle être empêchée de l’utiliser parce qu’il modifie l’étape du [TRADUCTION] « traitement de la zone d’intérêt » telle qu’elle est énoncée dans la revendication 1? J’estime qu’elle ne le devrait pas : l’empêcher reviendrait à accorder à Kobold une protection plus large que l’objet de l’invention.

[104] De même, si l’utilisateur antérieur fabriquait un dispositif visé par le moyen de défense fondé sur le paragraphe 56(1), je ne vois pas pourquoi cet utilisateur devrait être contraint de fabriquer ce dispositif de manière isolée à l’avenir, pourvu qu’un quelconque ajout au dispositif ne constitue pas une contrefaçon du brevet. Par conséquent, s’agissant des AF, si c’est la garniture d’étanchéité qui était fabriquée avant la délivrance du brevet, je ne vois rien qui empêche l’utilisateur antérieur d’y ajouter des composants supplémentaires et de les commercialiser ensemble, à condition que l’élément contrefait — à savoir la garniture d’étanchéité de l’AF — demeure identique avant et après la délivrance du brevet.

[105] Il y a dans ce cas lieu de se demander dans quelle mesure l’utilisateur peut modifier son dispositif, le cas échéant, par rapport aux aspects de celui-ci qui contrefont une revendication particulière du brevet. Dans l’exemple présenté ci-dessus, est-il interdit à l’utilisateur antérieur d’apporter des améliorations ou de modifier la garniture d’étanchéité s’il s’agit de l’aspect du dispositif constituant une contrefaçon?

[106] Subsection 56(1) protects a person who committed an act before the claim date of a patent and that would now infringe that patent's claims when they later, after the patent is in place, commit the "same act." In my view, the prior user cannot make any change to the infringing aspect of the device; otherwise, he is not engaging in the same act in respect of the patent's claims and has lost the protection of subsection 56(1) of the *Patent Act*. He is engaging in a different act vis-à-vis the infringed claim, even if they both infringe the same claim of the patent.

[107] Subsections 56(6) and (9) are markedly different in wording and scope to subsection 56(1). These subsections protect third parties whereas subsection 1 is directed to those with whom the third parties are dealing.

[108] Subsection 56(6) protects one who uses an article acquired from a manufacturer or a seller who previously made or sold "an article that is substantially the same" (emphasis added) as made or sold before the patent issued. The "substantially the same" description is materially different from the "same" description imposed on the manufacturer or seller of the article in subsection 56(1).

[109] Similarly subsection 56(9) protects one who uses a service "substantially the same" as one used before the patent. Like subsection 56(6) it does not protect the service provider. The service provider must find its protection in subsection 56(1).

[110] I find below that subsections 56(6) and (9) are not at issue in this matter as they cannot provide any protection to NCS on the facts before the Court.

(4) Conclusion on Interpretation of Subsection 56(1) of the *Patent Act*

[111] Subsection 56(1) provides a defence to one who makes, constructs, or uses an invention or sells it to

[106] Le paragraphe 56(1) protège quiconque, ayant commis avant la date de revendication d'un brevet un acte qui constituerait depuis une contrefaçon des revendications de ce brevet, commet ultérieurement, après la délivrance du brevet, le « même acte ». À mon avis, l'utilisateur antérieur ne peut apporter aucune modification à l'aspect constituant une contrefaçon du dispositif : sinon, l'acte qu'il commet relativement aux revendications du brevet n'est pas le même et il ne peut se prévaloir de la protection conférée par le paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets*. L'acte qu'il commet relativement à la revendication contrefaite est différent, même si, dans les deux cas, il y a contrefaçon de la même revendication du brevet.

[107] Le libellé et le champ d'application des paragraphes 56(6) et (9) diffèrent sensiblement de ceux du paragraphe 56(1). Les premiers paragraphes protègent les tiers, alors que le paragraphe 56(1) vise les personnes qui traitent avec les tiers.

[108] Le paragraphe 56(6) protège quiconque utilise un article acquis auprès d'un fabricant ou d'un vendeur qui a déjà fabriqué ou vendu « un article, qui est sensiblement le même » (non souligné dans l'original) que celui qui était fabriqué ou vendu avant la délivrance du brevet. Il existe une différence fondamentale entre les termes « sensiblement le même » et le mot « même » que le paragraphe 56(1) impose au fabricant ou au vendeur de l'article.

[109] De même, le paragraphe 56(9) protège quiconque a utilisé un service qui est « sensiblement le même » que celui qui avait été fourni avant la délivrance du brevet. Tout comme le paragraphe 56(6), cette disposition ne confère aucune protection au fournisseur de services : c'est plutôt le paragraphe 56(1) qui lui confère une protection.

[110] Je conclus que les paragraphes 56(6) et (9) ne sont pas en cause en l'espèce, car ils ne peuvent conférer une protection à NCS au vu des faits présentés à la Cour.

4) La conclusion sur l'interprétation du paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets*

[111] Le paragraphe 56(1) fournit un moyen de défense à la personne qui fabrique, construit, exploite ou vend à

others to use, that infringes a claim of the patent, if prior to the issuance of the patent that person did the same act of making, constructing, using, or selling, and the relevant (i.e. relating to the inventive concept) part of the invention is identical. While the prior user may add to or alter the invention in other respects that do not further infringe the patent, the prior user cannot change or alter the relevant (i.e. relating to the inventive concept) part of the invention, even if those modifications infringe the inventive concept in the same manner.

[112] The process to be followed in considering a defence under subsection 56(1) is as follows.

[113] First, one must determine whether the acts being performed before and after the claim date are identical (other than wholly non-functional changes, such as colour). If they are, then there is no need to consider infringement, as subsection 56(1) would always provide a defence to any potential infringement.

[114] Second, if the acts are not identical, one must determine whether the acts infringe the patent, and if they do, which claims. If the post-claim acts do not infringe the patent, then there is no “otherwise infringing acts” and therefore no need to rely on subsection 56(1). If the pre-claim acts do not infringe the patent, subsection 56(1) cannot apply. If the post-claim date acts infringe a particular claim of the patent that the pre-claim date acts do not, subsection 56(1) cannot apply.

[115] Finally, if the pre – and post-claim date acts are not identical but only infringe the same claims, then one must determine whether the changes relate to the inventive concept of the patent. If they do not, then subsection 56(1) will provide a defence.

d’autres, pour qu’ils l’exploitent, l’objet de l’invention qui contrefait une revendication du brevet, à la condition que cette personne ait commis, avant la délivrance du brevet, le même acte — c.-à-d. fabriquer, construire, exploiter ou vendre — et que la partie pertinente de l’invention (c.-à-d. liée à l’idée originale) est identique. Bien que l’utilisateur antérieur puisse, relativement à d’autres aspects qui ne constituent pas une contrefaçon supplémentaire du brevet, ajouter des éléments à l’invention ou l’altérer, il ne peut modifier ou altérer la partie pertinente de l’invention (c.-à-d. liée à l’idée originale), et ce, même si ces modifications constituent, de la même manière, une contrefaçon quant à l’idée originale.

[112] La marche à suivre dans le cadre de l’examen d’un moyen de défense fondé sur paragraphe 56(1) est la suivante.

[113] Premièrement, il faut chercher à savoir si les actes commis avant et après la date de revendication sont identiques (mis à part les modifications entièrement non fonctionnelles, comme la couleur). Dans l’affirmative, il n’est pas nécessaire d’examiner s’il y a contrefaçon, car le paragraphe 56(1) fournit dans tous les cas un moyen de défense contre toute contrefaçon éventuelle.

[114] Deuxièmement, si les actes ne sont pas identiques, il faut chercher à savoir s’ils constituent une contrefaçon du brevet et, le cas échéant, quelles revendications sont visées. Si les actes postérieurs à la date de revendication ne constituent pas une contrefaçon du brevet, aucun « acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon » n’est commis et, par conséquent, il n’est pas nécessaire d’invoquer le paragraphe 56(1). Si les actes antérieurs à la date de revendication ne constituent pas une contrefaçon du brevet, le paragraphe 56(1) ne peut s’appliquer. Si les actes commis après la date de revendication constituent une contrefaçon d’une revendication particulière du brevet et que ce n’est pas le cas pour les actes commis avant cette date, le paragraphe 56(1) ne peut s’appliquer.

[115] Enfin, lorsque les actes antérieurs et postérieurs à la date de revendication ne sont pas identiques mais qu’ils contrefont uniquement les mêmes revendications, il faut chercher à savoir si les modifications se rapportent à l’idée originale du brevet. Si ce n’est pas le cas, le paragraphe 56(1) constitue un moyen de défense.

[116] Only in the clearest of cases, where the acts before the claim date are identical to those after the claim date, is there no need to construe the claims of the patent or conduct an infringement analysis. Such cases would be particularly well suited for summary judgment.

*C. What is the proper construction of the claims of the '561 Patent?*

[117] NCS submits that Dr. Fleckenstein erred in construing the phrase “secured thereto” in claims 9 and 12 of the '561 Patent, which he alleges the Innovus packer infringes, while the other packers do not. According to Dr. Fleckenstein, two elements are “secured” if they are “attached together to allow a force to be transmitted from one structure to the next, and to allow co-movement of the two elements.”

[118] NCS notes that the '561 Patent shows two different types of connections between the mandrel and the pull-end ring: a threaded connection, shown in Figures 1–7, and a configuration that operates via corresponding shoulders, shown in Figure 8. NCS submits that the description of the '561 Patent describes both embodiments using threads and embodiments using shoulders as being “secured”, and differentiates the two embodiments by describing the threaded embodiments as being “fixed.” The term “fixed” does not appear in any of the claims.

[119] NCS submits that a purposive construction of the claims is consistent with the description of the '561 Patent. In both sets of claims, the purpose of being “connected” or “secured” is to ensure that the pull end of the sealing element moves with the mandrel. It submits that this construction would include both threading and shoulders.

[120] NCS submits that claim differentiation also reaches the same result. It submits that if “secured thereto” limits connections only to threads, then the dependent claims 11 and 14 would be redundant, as claims 11 and 14 add a

[116] Ce n'est que dans les cas les plus clairs, lorsque les actes commis avant la date de revendication sont identiques à ceux commis après cette date, qu'il est inutile d'interpréter les revendications du brevet ou d'effectuer une analyse de la contrefaçon. De tels cas se prêteraient particulièrement bien à un jugement sommaire.

*C. Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner aux revendications du brevet '561?*

[117] NCS soutient que M. Fleckenstein a donné une interprétation erronée du terme [TRADUCTION] « fixé » employé dans les revendications 9 et 12 du brevet '561, lesquelles sont à son avis contrefaites par la garniture d'étanchéité de l'Innovus, mais pas par les autres garnitures d'étanchéité. D'après M. Fleckenstein, deux éléments sont [TRADUCTION] « fixés l'un à l'autre lorsque leur rattachement en permet une transmission de force et un déplacement conjoint ».

[118] NCS souligne que le brevet '561 montre deux types distincts de connexions entre un mandrin et un anneau d'extrémité de traction, à savoir une connexion par filetage, illustrée aux figures 1 à 7, et une configuration qui fonctionne par le biais d'épaulements connexes, illustrée à la figure 8. Elle soutient que selon la description du brevet '561, si la réalisation à filetage et la réalisation à épaulements sont toutes deux qualifiées de [TRADUCTION] « fixées », elles se distinguent parce que la réalisation à filetage est [TRADUCTION] « jointe ». Le terme [TRADUCTION] « jointe » ne figure dans aucune des revendications.

[119] Selon NCS, l'interprétation téléologique des revendications concorde avec la description du brevet '561. Dans les deux jeux de revendications, la connexion ou la fixation vise à garantir que l'extrémité de traction de l'élément d'étanchéité se déplace avec le mandrin. Elle affirme que cette interprétation s'applique au filetage et aux épaulements.

[120] NCS est aussi d'avis que l'application du principe de différenciation des revendications mène au même résultat, et que si la notion de fixation ne renvoie qu'à des connexions par filetage, les revendications

limitation to claims 9 and 12 that the pull end is secured by threads.

[121] Kobold submit that NCS's position is that the only relevant act is the making and using of the Blue Bullet element, which would require the claims of the '561 Patent to be construed in such a way that only the annular sealing element is an essential element of the patent claims. Kobold submit that this goes against the presumption that all elements are essential and would also lead to a non-purposive construction.

[122] Kobold support Dr. Fleckenstein's opinion that "secured" should be construed as requiring co-movement, while "connected" does not. They submit that the principle of claim differentiation does not support NCS's position. They say that NCS has failed to consider that there are other means of securing the mandrel and sealing element other than threading. The specification of the '561 Patent provides three examples of secured connections: mechanical bonding, elastomeric bonding, and threading.

[123] Kobold further submit that the argument regarding the use of the term "secured" in the specification is flawed. While the term "secured" was used in relation to an embodiment incorporating co-operating shoulders, "secured" was used in that passage to describe the relationship between the ring and the elastomer and not between the ring and the mandrel. They point to Dr. Fleckenstein's cross-examination and the plain reading of the disclosure for this point.

[124] I find that Kobold's submissions are correct: Dr. Fleckenstein made no error in his construction of the independent claims of the '561 Patent.

[125] The principles of claim construction and the specification of the '561 Patent support Dr. Fleckenstein's distinction between the words "secured" and "connected." The drafter of the '561 Patent used consistent terminology throughout the independent claims. Where the drafter deviated in the language used, it should be presumed that a different meaning was intended.

dépendantes 11 et 14 sont redondantes, car elles ajoutent une limite aux revendications 9 et 12, soit la fixation par filetage de l'extrémité de traction.

[121] Selon Kobold, NCS prétend que le seul acte pertinent consiste en la fabrication et l'utilisation de l'élément Blue Bullet, ce qui exigerait d'interpréter les revendications du brevet '561 de façon à ce que seul l'élément d'étanchéité annulaire en représente un élément essentiel. Kobold affirme que ce raisonnement déroge à la présomption selon laquelle tous les éléments sont essentiels et qu'il donne lieu à une interprétation qui n'est pas téléologique.

[122] Kobold est du même avis que M. Fleckenstein, c'est-à-dire que contrairement à des composants connectés, ceux qui sont fixés devraient être interprétés de manière à exiger un mouvement conjoint entre les éléments. Elle soutient que le principe de différenciation des revendications n'appuie pas l'argument de NCS et que NCS ne tient pas compte du fait qu'il existe d'autres moyens qu'un filetage pour fixer un mandrin à un élément d'étanchéité. Le mémoire descriptif du brevet '561 présente trois exemples de fixations, soit des liaisons mécaniques, élastomères et par filetage.

[123] Kobold affirme en outre que l'argument au sujet du terme [TRADUCTION] « fixé » employé dans le mémoire descriptif est erroné, car bien qu'il ait été employé relativement à une réalisation qui comprend des épaulements à fonctionnement conjoint, il décrit dans ce même passage la relation entre un anneau et un élastomère, et non la relation entre un anneau et un mandrin. Kobold renvoie au contre-interrogatoire de M. Fleckenstein et au sens ordinaire de la divulgation sur ce point.

[124] J'estime que les arguments de Kobold sont justes : M. Fleckenstein n'a commis aucune erreur dans son interprétation des revendications indépendantes du brevet '561.

[125] Les principes qui s'appliquent à l'interprétation des revendications et le mémoire descriptif du brevet '561 appuient la distinction que M. Fleckenstein fait entre les mots [TRADUCTION] « fixé » et [TRADUCTION] « connecté ». Le rédacteur du brevet '561 a utilisé une terminologie uniforme dans l'ensemble des revendications indépendantes. Il y a donc lieu de présumer que lorsqu'il

[126] NCS's submission with respect to claim differentiation is flawed. It assumes that threading and cooperating shoulders are the only possible means to connect the sealing element with the mandrel; however, as noted by Kobold, there are many alternative means of securing the two elements so as to cause co-movement, several of which are discussed in the specification.

[127] NCS's submissions regarding the use of the term "secured" in the specification are also flawed. As pointed out by Kobold, the passage cited by NCS uses the word "secured" to describe the connection between the ring and the sealing element, not the connection between the ring and the mandrel. The ring and the sealing element move as one, making this usage consistent with Dr. Fleckenstein's construction of "secured."

[128] Lastly, Kobold submit that NCS is seeking to construe the '561 Patent claims as requiring the absence of a separate equalization valve. Kobold submit that NCS is improperly reading limitations not present in the claims based on the specification. They note that none of the claims of the '561 Patent refer to the addition or exclusion of a separate equalization valve. Accordingly, Kobold support Dr. Fleckenstein's opinion that the addition of an equalization valve would not cause a tool to fall outside of the claims.

[129] In my opinion this is a mischaracterization of the submissions. NCS is arguing that where equalization is caused entirely by an equalization valve, the patent is not infringed. Given that the claims explicitly indicate that the purpose of pulling on the sealing element is to create an annular passageway to allow pressure to equalize, I agree that the claims of the '561 Patent do not include any device or method in which equalization is entirely

ne l'a pas fait, il voulait que les termes aient un sens différent.

[126] L'argument de NCS fondé sur le principe de la différenciation des revendications est erroné. Elle tient pour acquis que le filetage et les épaulements à fonctionnement conjoint sont les seuls moyens qui permettent de connecter l'élément d'étanchéité au mandrin; or, comme l'a fait remarquer Kobold, plusieurs autres moyens peuvent permettre de fixer les deux éléments de façon à causer un mouvement conjoint, dont plusieurs sont mentionnés dans le mémoire descriptif.

[127] Les arguments de NCS concernant le mot [TRADUCTION] « fixé » utilisé dans le mémoire descriptif sont également erronés. Comme l'a signalé Kobold, dans le passage cité par NCS, le mot [TRADUCTION] « fixé » est utilisé pour décrire la connexion entre l'anneau et l'élément d'étanchéité, et non la connexion entre l'anneau et le mandrin. Comme l'anneau et l'élément d'étanchéité se déplacent ensemble, cette utilisation est compatible avec l'interprétation de M. Fleckenstein concernant le mot [TRADUCTION] « fixé ».

[128] Enfin, Kobold fait valoir que NCS tente de donner aux revendications du brevet '561 une interprétation qui exige l'absence d'une soupape d'égalisation distincte. Selon Kobold, l'interprétation des revendications proposée par NCS est erronée parce qu'elle comporte des limites qui, d'après le mémoire descriptif, ne font pas partie des revendications. Elle fait remarquer qu'aucune des revendications du brevet '561 ne mentionne l'ajout ou l'exclusion d'une soupape d'égalisation distincte. Par conséquent, Kobold fait sienne l'opinion de M. Fleckenstein selon laquelle l'ajout d'une soupape d'égalisation ne ferait pas en sorte qu'un outil cesse d'être visé par les revendications.

[129] À mon avis, elle n'a pas bien saisi les arguments. NCS dit que lorsque l'égalisation est causée entièrement par une soupape d'égalisation, il n'y a aucune contrefaçon du brevet. Comme les revendications indiquent explicitement que la traction exercée sur l'élément d'étanchéité vise à produire un passage annulaire qui permet d'équilibrer la pression, je conviens que les revendications du brevet '561 ne comprennent ni dispositif ni méthode où



due to an equalization valve (i.e. equalization is complete before the annular passageway is formed).

*D. Do the NCS products or activities infringe the '561 Patent?*

[130] There is insufficient evidence before the Court to make a determination on infringement on this motion or on a summary trial.

[131] The evidence is unclear as to whether NCS's BHAs infringe the '561 Patent. According to the claims of the '561 Patent, pulling on the sealing element creates an annular passageway that allows fluid to flow through, equalizing pressure. Therefore, even if NCS's operations cause the sealing element to be pulled on, there is only infringement if this pulling creates an annular passageway that equalizes pressure. Given that NCS's BHAs feature equalization valves, if the equalization valves equalize pressure before the annular passageway is formed, then the annular passageway does not equalize pressure and there is no infringement.

[132] According to Dr. Fleckenstein's report, the mandrel of the Mongoose, SFC, and SFC 2 packers move [\*\*\*] inches to open the equalization valves. Once the valves are opened, further pulling on the mandrel will cause pulling on the sealing element.

[133] Dr. Fleckenstein's infringement analysis appears to operate on the assumption that as soon as the sealing element is pulled on, infringement occurs. However, this is not the case. The specification of the '561 Patent is clear that an annular passageway is not formed immediately after the sealing element is pulled.

[134] This is perhaps best exemplified by Figure 2 of the '561 Patent, which shows the sealing and unsealing process (Figure 3 also shows this process). In Figure 2C, the sealing element is fully compressed and the wellbore

l'équilibrage est entièrement attribuable à une soupape d'égalisation (c.-à-d. l'équilibrage s'effectue avant la formation du passage annulaire).

*D. Les produits ou activités de NCS constituent-ils une contrefaçon du brevet '561?*

[130] La preuve dont la Cour dispose ne lui permet pas de se prononcer sur la contrefaçon dans le cadre de la présente requête ou d'un procès sommaire.

[131] La preuve ne permet pas d'établir clairement si les AF de NCS constituent une contrefaçon du brevet '561. Le texte des revendications de ce brevet indique qu'une traction exercée sur l'élément d'étanchéité produit un passage annulaire à travers lequel un fluide peut circuler, afin d'égaliser la pression. Par conséquent, il y a contrefaçon uniquement lorsque la traction crée un passage annulaire qui entraîne une égalisation de pression, et ce, même si les procédures de NCS entraînent une traction de l'élément d'étanchéité. Étant donné que les AF de NCS comportent des soupapes d'égalisation, le passage annulaire ne provoque aucune égalisation de pression si les soupapes égalisent la pression avant la formation du passage et il n'y a aucune contrefaçon.

[132] D'après le rapport de M. Fleckenstein, le mandrin des garnitures d'étanchéités des AF Mongoose, SFC et SFC 2 se déplace sur [\*\*\*] po pour ouvrir les soupapes d'égalisation, et après leur ouverture, une traction continue du mandrin en cause entraîne aussi une traction de l'élément d'étanchéité.

[133] L'analyse de la contrefaçon effectuée par M. Fleckenstein semble fondée sur l'hypothèse selon laquelle il y a contrefaçon dès qu'une traction est exercée sur l'élément d'étanchéité. Or, ce n'est pas le cas, car le mémoire descriptif du brevet '561 montre clairement qu'un passage annulaire n'est pas produit immédiatement après la traction de l'élément d'étanchéité.

[134] La figure 2 du brevet '561, qui présente le processus de blocage et de déblocage d'un forage (processus qui est également montré à la figure 3), en constitue le meilleur exemple. À la figure 2C, l'élément d'étanchéité est

is sealed. In Figure 2D, the mandrel is pulled uphole and the ring begins to pull on the sealing element. However, as can clearly be seen in Figure 2D, the pull end of the sealing element disengages from the wall of the wellbore, but the opposite end does not. There is no annular passageway through which fluid can flow. This continues in Figure 2E. The mandrel has been pulled further uphole and the sealing element has been further detached as a result. However, the downhole end of the sealing element is still pressing against the wall of the wellbore. Only in Figure 2F does the sealing element fully disengage, creating an annular passageway and allowing fluid to flow.

[135] The process of forming an annular passageway takes time. It is entirely possible that in a device that features an equalization valve, equalization will already be complete by the time that the annular passageway is formed. This is especially the case where, as in the Mongoose, SFC, and SFC 2 BHAs, the equalization valve is fully opened before any pulling on the sealing element occurs.

[136] There is conflicting evidence as to how long it takes for equalization to occur. Dr. Fleckenstein's evidence is that the time to equalize could be on the order of minutes. Mr. Redecopp's evidence is that equalization is almost instantaneous and takes a matter of seconds. While Mr. Redecopp admitted that it was possible for equalization to take longer, he states that he has never personally seen this occur.

[137] On the one hand, the Court has the evidence of Dr. Fleckenstein that equalization takes minutes. Dr. Fleckenstein is an expert in BHAs. On the other hand, the Court has the evidence of Mr. Redecopp that equalization takes seconds. While Mr. Redecopp may not be an expert, he has firsthand experience with at least some of NCS's BHAs as they actually operate in the field.

[138] In my opinion, there is insufficient evidence on this motion as to how long it takes to equalize pressure

complètement comprimé et le forage scellé. À la figure 2D, le mandrin est partiellement retiré d'un forage, l'anneau commence à tirer sur l'élément d'étanchéité, mais l'extrémité de traction de ce dernier est clairement dégagée de la paroi du forage, contrairement à l'extrémité opposée. Aucun passage annulaire ne permet à un fluide de circuler, ce dont témoigne aussi la figure 2E, laquelle montre le mandrin davantage retiré du forage et, par conséquent, l'élément d'étanchéité davantage détaché; on y constate toutefois aussi que l'élément d'étanchéité pousse toujours contre la paroi du puits. Ce n'est qu'à la figure 2F que l'élément d'étanchéité est totalement dégagé, qu'un passage annulaire est produit et qu'un fluide peut s'écouler.

[135] Le processus de création d'un passage annulaire dure un certain temps. Il est tout à fait possible que dans un dispositif doté d'une soupape d'égalisation, l'équilibrage s'opère avant la formation d'un passage annulaire, surtout dans des AF comme les Mongoose, SFC et SFC 2, dont la soupape d'égalisation s'ouvre complètement avant toute traction de l'élément d'étanchéité.

[136] La preuve au sujet du temps requis pour que l'équilibrage s'effectue est contradictoire. Selon le témoignage de M. Fleckenstein, le temps requis pour l'équilibrage est de l'ordre de quelques minutes; mais selon le témoignage de M. Redecopp, l'équilibrage est presque instantané et s'effectue en quelques secondes. Bien que M. Redecopp ait admis qu'il était possible que l'équilibrage exige plus de temps, il affirme qu'il ne l'a jamais constaté personnellement.

[137] D'une part, la Cour dispose du témoignage de M. Fleckenstein selon qui l'équilibrage s'effectue en quelques minutes. M. Fleckenstein est un expert en matière d'AF. D'autre part, la Cour dispose du témoignage de M. Redecopp selon lequel l'équilibrage est une question de secondes. M. Redecopp n'est peut-être pas un expert, mais il possède une expérience directe avec au moins quelques-uns des AF de NCS qui ont réellement été utilisés sur le terrain.

[138] J'estime que la preuve présentée dans le cadre de la présente requête ne permet pas de savoir combien

using an equalization valve. Combined with the uncertainty of how long it takes for an annular passageway to form by pulling on the sealing element, it is unclear whether equalization would already be complete prior to the annular passageway being formed.

[139] I note that Dr. Fleckenstein distinguished the Innovus BHA from the other BHAs due to the presence of a set screw that, in his opinion, secured the sealing element to the mandrel. NCS disputes Dr. Fleckenstein's assertion that the sealing element is secured to the mandrel. If the sealing element is secured to the mandrel then, unlike in the case of the other BHAs, the sealing element would be pulled at the same time that the equalization valve is being opened.

[140] If this is the case, then there is a greater chance that equalization via the equalization valve would not be complete by the time that the annular passageway forms, as there would be no time delay between the equalization valve being opened and the sealing element being pulled. However, there is still no indication of how long it would take for an annular passageway to form and whether this would be faster than the time required to open the equalization valve.

[141] Without a proper understanding of the durations of these two processes, it is not possible to come to a conclusion as to whether NCS's BHAs infringe the '561 Patent. It is likely that more evidence would be made available at a full trial to resolve this point. Certainly, the trial judge would have the benefit of live witnesses and cross-examination.

[142] Accordingly, the question of whether NCS's BHAs infringe the '561 Patent is not appropriate for summary judgment or summary trial.

de temps est nécessaire pour équilibrer la pression au moyen d'une soupape d'égalisation. Vu qu'on ne sait pas avec certitude combien de temps est nécessaire pour qu'un passage annulaire se forme au moyen d'une traction exercée sur l'élément d'étanchéité, il est difficile de dire si l'équilibrage se serait déjà achevé avant la formation du passage annulaire.

[139] Je tiens à faire remarquer que M. Fleckenstein a établi une distinction entre l'Innovus et les autres AF en raison de sa vis de pression, laquelle permet, à son avis, de fixer l'élément d'étanchéité et le mandrin fixés l'un à l'autre. NCS conteste l'affirmation de M. Fleckenstein selon laquelle l'élément d'étanchéité et le mandrin de l'Innovus sont fixés l'un à l'autre. Si, contrairement aux autres AF, l'Innovus est muni d'un mandrin et d'un élément d'étanchéité fixés l'un à l'autre, le retrait de cet élément devrait s'opérer en même temps que l'ouverture de la soupape d'égalisation.

[140] Si le retrait de l'élément d'étanchéité se produit en même temps que l'ouverture de la soupape, les risques que cette ouverture entraîne un équilibrage incomplet devraient être supérieurs lors de la formation du passage annulaire. Or, on ne sait toujours pas combien de temps il faut avant qu'un passage annulaire ne se forme et si la création du passage peut être plus rapide que l'ouverture de la soupape.

[141] Comme il est difficile de se faire une idée de la durée de ces deux procédés, il est impossible de tirer une conclusion sur la question de savoir si les AF de NCS constituent une contrefaçon du brevet '561. D'autres éléments de preuve seront vraisemblablement présentés à la Cour dans le cadre d'un procès complet pour qu'elle tranche cette question. Certes, le juge d'instruction aura l'avantage d'entendre les témoins et leur contre-interrogatoire.

[142] Par conséquent, la question de savoir si les AF de NCS constituent une contrefaçon du brevet '561 ne se prête pas à un jugement sommaire ou à un procès sommaire.

E. *Can NCS rely on section 56 of the Patent Act as a defence to any infringement?*

[143] NCS submits that it has purchased the Blue Bullet element from a third-party manufacturer since 2012, prior to the claim date of the '561 Patent. Therefore, it submits that subsection 56(6) grants it the right to continue using Blue Bullet elements that are the same in substance and work in the same way as those obtained prior to the claim date. Similarly, it submits that the services provided using the Blue Bullet element is substantially the same today as it was in 2012, and so subsection 56(9) applies.

[144] Kobold submit that the defendant cannot rely on subsections 56(6) and 56(9) of the Act as these only create defences for third party users, which the defendant is not. They argue that these subsections create a broader scope of protection because an innocent third party may not be aware all of the details of an article it purchases or service it uses. Kobold submit that this broader protection protects a third party from having to prove what it is using is the same as what was previously available, provided it is still substantially the same and used for the same use.

[145] I agree with the submissions of Kobold that NCS cannot rely on subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act*.

[146] It is clear that subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act* are intended to benefit third parties who purchase articles or the services of others. With respect to subsection 56(9), there is no evidence NCS is purchasing services from others; the evidence shows that NCS itself is performing the services. While its customers may be able to rely on subsection 56(9), NCS cannot.

[147] With respect to subsection 56(6), there is no evidence to establish that NCS purchases the Blue Bullet element from a third party. It has not identified this party.

E. *NCS peut-elle invoquer l'article 56 de la Loi sur les brevets comme moyen de défense contre toute contrefaçon?*

[143] NCS soutient qu'elle achète l'élément Blue Bullet auprès d'un fabricant tiers depuis 2012, avant la date de revendication du brevet '561. Par conséquent, elle affirme que le paragraphe 56(6) lui confère le droit de continuer d'utiliser les éléments Blue Bullet qui sont sensiblement les mêmes et qui fonctionnent de la même façon que ceux obtenus avant la date de revendication. De même, elle fait valoir que les services fournis au moyen de l'élément Blue Bullet sont sensiblement les mêmes aujourd'hui qu'en 2012 et que, pour cette raison, le paragraphe 56(9) s'applique.

[144] Kobold affirme que la défenderesse ne peut invoquer les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*, car ces dispositions ne fournissent des moyens de défense que pour les utilisateurs tiers, ce que la défenderesse n'est pas. Elle fait valoir que ces dispositions offrent une protection élargie, car un tiers innocent n'est peut-être pas au courant de tous les détails qui se rapportent à un article qu'il achète ou à un service qu'il utilise. Kobold affirme que cette protection élargie dispense le tiers de prouver que ce qu'il utilise est la même chose que ce qu'il pouvait obtenir auparavant, pourvu que ce soit essentiellement la même chose et que son utilisation soit la même.

[145] Je suis d'accord avec Kobold pour dire que NCS ne peut avoir recours aux paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*.

[146] Il est manifeste que les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets* visent à protéger les tiers qui achètent des articles ou les services d'autres personnes. S'agissant du paragraphe 56(9), rien dans la preuve ne démontre que NCS achète des services auprès d'autres fournisseurs : selon la preuve, NCS exploite elle-même les services. Les clients de NCS peuvent certes invoquer le paragraphe 56(9), mais NCS ne le peut pas.

[147] S'agissant du paragraphe 56(6), rien dans la preuve ne permet d'établir que NCS se procure l'élément Blue Bullet auprès d'un tiers. Elle n'a pas identifié

It has provided numerous engineering drawings showing the design of the Blue Bullet element and its BHAs. At best, this could suggest that NCS commissioned a third party to construct the Blue Bullet element on its behalf. I can see no reason why a party should be able to benefit from the more generous rights under subsection 56(6) merely because it chooses to outsource production of devices which it designed.

[148] Parties on summary judgment are required to put their best foot forward and when evidence is not provided the Court may infer that the evidence would not be favourable (see *Kirkbi Ag v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 150 F.T.R. 205 (F.C.T.D.), at paragraph 56). Given that no evidence of the third-party manufacturer was provided, it can be inferred that this party does not exist.

[149] I also agree with Kobold's further submission that subsection 56(6) does not apply because the use of the Blue Bullet element is not the potentially infringing act. Claims 1, 9, and 12 of the '561 Patent are for the use of tools that incorporate elements that are not present in the Blue Bullet element. Claim 15 is for a pressure equalization tool having elements not present on the Blue Bullet element. It is only the use of the Blue Bullet element in conjunction with the other elements of NCS's packer assemblies that infringes the claims.

[150] Given the lack of evidence provided by NCS to support the defences under subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act*, it is appropriate to grant summary judgment on the issue of whether these subsections apply. These defences are dismissed.

[151] Given my interpretation of subsection 56(1) of the *Patent Act*, unless NCS's acts prior to the claim date of the '561 Patent are identical to those after the claim date, then it is necessary to determine which of its acts are alleged to infringe the '561 Patent. This is not a case in which there have been no changes in the defendant's actions and therefore an infringement analysis is necessary to determine which acts must be compared.

un tel tiers. Elle a fourni de nombreux dessins techniques montrant la conception de l'élément Blue Bullet et ses AF. Au mieux, ces dessins peuvent tendre à démontrer que NCS a mandaté un tiers pour construire l'élément Blue Bullet pour son compte. Je ne vois pas pourquoi une partie pourrait tirer du paragraphe 56(6) des droits plus généreux simplement parce qu'elle choisit d'externaliser la production de dispositifs qu'elle a conçus.

[148] Dans le cadre d'un jugement sommaire, les parties sont tenues de présenter leurs meilleurs arguments et la Cour peut inférer de l'absence de toute preuve, que la preuve ne serait pas favorable (voir *Kirkbi Ag c. Gestion Ritvik Inc.*, [1998] A.C.F. n° 912 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 56). Étant donné qu'aucun élément de preuve concernant le fabricant tiers n'a été produit, la Cour peut inférer que ce tiers n'existe pas.

[149] Je retiens également l'autre argument de Kobold selon lequel le paragraphe 56(6) ne s'applique pas parce que l'exploitation de l'élément Blue Bullet ne correspond pas à l'acte susceptible de constituer une contrefaçon. Les revendications 1, 9 et 12 du brevet '561 visent l'utilisation d'outils qui incorporent des éléments qui ne sont pas présents dans l'élément Blue Bullet, et la revendication 15 vise un outil d'égalisation de pression comprenant des éléments non présents dans l'élément Blue Bullet. Ce n'est que l'utilisation conjointe de l'élément Blue Bullet et d'autres éléments des garnitures d'étanchéité des AF de NCS qui constitue une contrefaçon des revendications.

[150] Vu que la preuve présentée par NCS ne donne pas ouverture aux moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*, il est approprié de rendre un jugement sommaire sur la question de savoir si ces dispositions s'appliquent. Ces moyens de défense sont rejetés.

[151] Compte tenu de mon interprétation du paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets*, il est nécessaire de décider dans le cas où les actes commis par NCS avant la date de revendication du brevet '561 ne sont pas identiques à ceux commis après cette date, lesquels constitueraient une contrefaçon du brevet '561. La présente espèce n'est pas une affaire où aucune modification n'a été apportée aux actes commis par la défenderesse : il est

[152] As set out above, in my opinion there is insufficient evidence to determine which acts of NCS infringe the '561 Patent.

[153] Setting aside the requirement that the acts must be otherwise infringing acts, there is also, based on my interpretation of subsection 56(1), a requirement that the acts be related to the inventive concept of the patent. In my opinion, it is clear that the inventive concept of the '561 Patent is the connecting of the sealing element to the mandrel so that when the mandrel is pulled the sealing element is also pulled, thus forming an annular passageway that equalizes pressure.

[154] Many of the changes cited by Dr. Fleckenstein in his affidavit do not appear to relate to the inventive concept of the '561 Patent. However, the additional set screw on the Innovus BHA and the addition of a split ring on the SFC 2 BHA both relate to the connection between the mandrel and the sealing element, which is part of the inventive concept of the '561 Patent.

[155] The addition of the split ring on the SFC 2 would constitute a different act than those prior to the claim date and, if it can be shown that using the SFC 2 BHA infringes the '561 Patent, then NCS would be prevented from relying on its prior use of the Mongoose BHA to avoid infringement with respect to the SFC 2 BHA.

[156] There is some disagreement as to whether the set screw on the Innovus BHA secures the sealing element to the mandrel. If it does, and if the equalization of the Innovus BHA was caused, at least in part, by the formation of an annular passageway, then the Innovus BHA would infringe claims 9 and 12 of the '561 Patent. This would clearly constitute a different act by NCS than those prior to the claim date, as NCS's pre-claim date sealing elements were connected but not secured to the mandrel and so did not infringe claims 9 and 12.

donc nécessaire que la Cour effectue une analyse de la contrefaçon afin de savoir quels actes doivent faire l'objet d'une comparaison.

[152] Comme je l'ai déjà mentionné, j'estime que la preuve ne permet pas de savoir quels actes commis par NCS constituent une contrefaçon du brevet '561.

[153] Outre l'exigence selon laquelle les actes doivent par ailleurs constituer une contrefaçon, il est aussi nécessaire, selon mon interprétation du paragraphe 56(1), que les actes soient liés à l'idée originale du brevet. À mon avis, il est manifeste que l'idée originale du brevet '561 est la connexion entre l'élément d'étanchéité et le mandrin, de sorte que, lorsqu'on exerce une traction sur le mandrin, une traction est également exercée sur l'élément d'étanchéité, formant ainsi un passage annulaire qui égalise la pression.

[154] Bon nombre des changements que M. Fleckenstein mentionne dans son affidavit ne semblent pas être liés à l'idée originale du brevet '561. Cependant, la vis de pression supplémentaire dans l'AF Innovus et l'ajout d'un anneau fendu à l'AF SFC 2 se rapportent tous deux à la connexion entre le mandrin et l'élément d'étanchéité, qui fait partie de l'idée originale du brevet '561.

[155] L'ajout de l'anneau fendu au SFC 2 constituerait un acte distinct de ceux qui ont été commis antérieurement à la date de revendication et, s'il est possible de démontrer que l'utilisation de l'AF SFC constitue une contrefaçon du brevet '561, NCS ne pourrait compter sur son utilisation antérieure de l'AF Mongoose pour éviter que son utilisation de l'AF SFC 2 constitue une contrefaçon.

[156] La question de savoir si la vis de pression de l'AF Innovus fixe l'élément d'étanchéité au mandrin est un point de discorde. Si la vis fixe bien cet élément, et si la formation d'un passage annulaire entraîne, en partie à tout le moins, l'équilibrage de l'AF Innovus, cet AF constituerait une contrefaçon des revendications 9 et 12 du brevet '561. L'acte ainsi commis par NCS serait manifestement différent de ceux qu'elle a commis avant la date de revendication, car les éléments d'étanchéité antérieurs à la date de revendication de NCS étaient

[157] NCS has attempted to counter Dr. Fleckenstein's assertion that the set screw on the Innovus BHA secures the sealing element to the mandrel by providing a zoomed-in image of the drawing of the Innovus BHA. On cross-examination, Dr. Fleckenstein questioned the accuracy of this drawing.

[158] I agree with Kobold that accepting this drawing as accurate would require accepting a bald assertion of fact from NCS's counsel. The zoomed-in image was not a part of the NCS documentary disclosure. It appears to me that neither the zoomed-in document nor the original document was identified by Mr. Redecopp. There is no evidence before this Court as to the origin, authenticity, or accuracy of either the zoomed-in or original drawing. Therefore, there does not appear to be any compelling reason to ignore Dr. Fleckenstein's evidence that the set screw secures the sealing element to the mandrel of the Innovus BHA.

[159] For these reasons, the motion fails with respect to the reliance by NCS to subsection 56(1) of the *Patent Act*. This is a matter requiring a trial.

#### IV. Conclusion

[160] Summary judgment will be granted with respect to the interpretation of section 56 of the *Patent Act*, the construction of the '561 Patent, and the non-availability of the defences under subsections 56(6) and 56(9) of the *Patent Act*. In light of the admission by Kobold that NCI can continue manufacturing and using the Mongoose, the claim as it relates to that device is dismissed. Summary judgment will not be granted with respect to issues of infringement and the application of subsection 56(1) of the *Patent Act* to the facts of this matter.

connectés au mandrin, mais ils n'étaient pas fixés à celui-ci, de sorte qu'ils ne constituaient pas une contrefaçon des revendications 9 et 12.

[157] NCS a tenté de réfuter l'affirmation de M. Fleckenstein selon laquelle la vis de pression de l'AF Innovus fixe l'élément d'étanchéité au mandrin au moyen d'une image agrandie du dessin de l'AF Innovus. En contre-interrogatoire, M. Fleckenstein a mis en doute l'exactitude de ce dessin.

[158] Je conviens avec Kobold qu'il faudrait tenir pour acquis la simple affirmation de fait des avocats de NCS pour reconnaître l'exactitude de ce dessin. L'image agrandie ne faisait pas partie des documents préalablement fournis par NCS. Il me semble que ni l'image agrandie ni le document original n'ont été reconnus par M. Redecopp. La Cour ne dispose d'aucune preuve quant à l'origine, l'authenticité ou l'exactitude de l'image agrandie ou du dessin original. Par conséquent, il ne semble y avoir aucune raison impérieuse de ne pas tenir compte du témoignage de M. Fleckenstein selon lequel la vis de pression fixe l'élément d'étanchéité au mandrin de l'AF Innovus.

[159] Pour ces motifs, la requête sera rejetée en ce qui concerne le recours, par NCS, au moyen de défense fondé sur le paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets*. Ce point doit être examiné dans le cadre de l'instruction de l'action.

#### IV. Conclusion

[160] Un jugement sommaire sera rendu sur les points suivants : l'interprétation de l'article 56 de la *Loi sur les brevets*, l'interprétation du brevet '561 et l'impossibilité d'invoquer les moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets*. Vu que Kobold a admis que NCS pouvait continuer de fabriquer et d'utiliser le Mongoose, la demande sera rejetée quant à ce dispositif. La Cour ne rendra pas un jugement sommaire sur les questions liées à la contrefaçon et à l'application du paragraphe 56(1) de la *Loi sur les brevets* aux faits de l'espèce.

[161] Success on this motion has been divided. I find it appropriate to award costs to the party successful in the cause.

[162] This has been labelled as confidential because of a confidentiality order in effect in this proceeding. The Court has used best efforts to avoid the inclusion of any confidential information in the reasons. The parties are directed to advise the Court by January 5, 2022, of any redactions they propose should be made to the public version of these reasons.

#### JUDGMENT in T-451-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. Summary judgment is granted with respect to the interpretation of subsections 56(1), (6) and (9) of the *Patent Act* which are to be interpreted as described in the reasons for judgment;
2. Summary judgment is granted to the plaintiffs with respect to the defences claimed by the defendant pursuant to subsections 56(6) and (9) of the *Patent Act*;
3. Summary judgment is granted with respect to the interpretation of Canadian Patent No. 2919561, which is to be interpreted as described in the reasons for judgment;
4. Summary judgment is granted to the defendant with respect to the claims relating to its Mongoose device;
5. In all other respects, the motion for summary judgment is dismissed, and the action shall proceed to trial; and
6. Costs are to the party successful in the cause.

[161] Les parties ont toutes deux partiellement gain de cause dans le cadre de la présente requête. J'estime qu'il convient d'adjudger les dépens à la partie qui aura gain de cause.

[162] La présente version des motifs et du jugement est confidentielle en raison d'une ordonnance de confidentialité en vigueur dans la présente instance. La Cour a fait de son mieux pour éviter que ses motifs révèlent des renseignements confidentiels. La Cour ordonne aux parties de l'informer au plus tard le 5 janvier 2022 des renseignements qu'elles proposent de faire caviarder dans la version publique des présents motifs.

#### JUGEMENT dans le dossier T-451-20

LA COUR STATUE comme suit :

1. Un jugement sommaire est rendu quant à l'interprétation des paragraphes 56(1), (6) et (9) de la *Loi sur les brevets*, lesquels doivent être interprétés conformément aux présents motifs de jugement.
2. Un jugement sommaire est rendu en faveur des demandresses quant aux moyens de défense fondés sur les paragraphes 56(6) et (9) de la *Loi sur les brevets* invoqués par la défenderesse.
3. Un jugement sommaire est rendu quant à l'interprétation du brevet canadien n° 2919561, lequel doit être interprété conformément aux présents motifs de jugement.
4. Un jugement sommaire est rendu en faveur de la défenderesse quant aux revendications liées à son dispositif Mongoose.
5. À tous autres égards, la requête en jugement sommaire est rejetée et l'action doit être instruite.
6. Les dépens seront adjugés à la partie qui aura gain de cause.



Annex A**Exception – Prior Use**

**56 (1)** Subject to subsection (2), if — before the claim date of a claim in a patent — a person, in good faith, committed an act that would otherwise constitute an infringement of the patent in respect of that claim, or made serious and effective preparations to commit such an act, it is not an infringement of the patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent, in respect of that claim, if the person commits the same act on or after that claim date.

**Transfer**

**(2)** If the act referred to in subsection (1) is committed or the preparations to commit it are made in the course of a business and that business, or the part of that business in the course of which the act was committed or the preparations were made, is subsequently transferred,

**(a)** subsection (1) or paragraph (b), as the case may be, does not apply to an act committed by the transferor after the transfer; and

**(b)** it is not an infringement of the patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent, in respect of the claim, if the transferee commits the act after the transfer.

**Exception — use or sale of article**

**(3)** The use or sale of an article is not an infringement of a patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent if that article was acquired, directly or indirectly, from a person who, at the time they disposed of it, could sell it without infringing the patent or the certificate

**(a)** because the person, before the claim date of a claim in the patent, in good faith, committed an act that would otherwise constitute an infringement of the patent in respect of that claim and they disposed of the article before that claim date; or

**(b)** under subsection (1) or paragraph (2)(b).

**Exception — use of service**

**(4)** The use of a service is not an infringement of a patent if the service is provided by a person who, under subsection (1) or paragraph (2)(b), is able to provide it without infringing the patent.

Annexe A**Exception — utilisation antérieure**

**56 (1)** Sous réserve du paragraphe (2), si une personne, avant la date d'une revendication se rapportant à un brevet et de bonne foi, a commis un acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon du brevet relativement à la revendication, ou a fait de bonne foi des préparatifs effectifs et sérieux en vue de commettre un tel acte, l'acte ne constitue pas une contrefaçon du brevet ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, relativement à cette revendication, si cette personne commet le même acte à compter de cette date.

**Transfert**

**(2)** Si l'acte visé au paragraphe (1) a été commis, ou si les préparatifs en vue de la commission de l'acte ont été faits, dans le cadre d'une entreprise et que celle-ci, ou la partie de celle-ci dans le cadre de laquelle l'acte a été commis ou les préparatifs ont été faits, est ensuite transférée, les règles suivantes s'appliquent :

**a)** le paragraphe (1) ou l'alinéa b), selon le cas, ne s'applique pas à l'acte commis par le cédant après le transfert;

**b)** l'acte ne constitue pas une contrefaçon du brevet ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, relativement à la revendication, si le cessionnaire le commet après le transfert.

**Exception — utilisation ou vente d'un article**

**(3)** L'utilisation ou la vente d'un article ne constitue pas une contrefaçon de brevet, ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, si l'article est acquis, de façon directe ou autrement, d'une personne qui, au moment où elle s'en est départie, pouvait le vendre sans contrefaire le brevet ou le certificat :

**a)** parce que la personne, avant la date d'une revendication se rapportant au brevet et de bonne foi, a commis un acte qui par ailleurs constituerait une contrefaçon du brevet relativement à la revendication et qu'elle s'en est départie avant cette date;

**b)** aux termes du paragraphe (1) ou de l'alinéa (2)(b).

**Exception — utilisation d'un service**

**(4)** L'utilisation d'un service ne constitue pas une contrefaçon de brevet si le service est fourni par une personne qui peut, aux termes du paragraphe (1) ou de l'alinéa (2)(b), le faire sans contrefaire le brevet.

**Non-application**

(5) Subsection (1) or paragraph (3)(a) does not apply if the person referred to in that subsection or that paragraph was able, as the case may be, to commit the act or make the preparations to commit the act only because they obtained knowledge of the subject-matter defined by the claim, directly or indirectly, from the applicant of the application on the basis of which the patent was granted and they knew that the applicant was the source of the knowledge.

**Exception — use of article**

(6) Subject to subsection (7), the use of an article is not an infringement of a patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent, in respect of a claim, if the article was acquired, directly or indirectly, from a person who, before the claim date of that claim, in good faith, made or sold, or made serious and effective preparations to make or sell, an article that is substantially the same as the one used, for that use.

**Transfer**

(7) If the making or selling referred to in subsection (6) was done or the preparations to do so were made in the course of a business and that business, or the part of that business in the course of which the making or selling was done or the preparations were made, is subsequently transferred, then

(a) subsection (6) or paragraph (b), as the case may be, does not apply in respect of an article that is made or sold by the transferor after the transfer; and

(b) it is not an infringement of the patent or any certificate of supplementary protection that sets out the patent, in respect of a claim referred to in subsection (6), to use an article for the use referred to in that subsection if it was made or sold for that use by the transferee after the transfer.

**Non-application**

(8) Subsection (6) does not apply if the person referred to in that subsection was able to make or sell, or to make the preparations to make or sell, the article only because they obtained knowledge of the use defined by the claim, directly or indirectly, from the applicant of the application on the basis of which the patent was granted and they knew that the applicant was the source of the knowledge.

**Non-application**

(5) Le paragraphe (1) ou l'alinéa (3)a ne s'applique pas si la personne visée à ce paragraphe ou à cet alinéa a pu, selon le cas, commettre l'acte ou faire les préparatifs en vue de le commettre uniquement parce qu'elle a obtenu, de façon directe ou autrement, l'information à l'égard de l'objet que définit la revendication de la part du demandeur de la demande au titre de laquelle le brevet a été accordé et qu'elle savait que cette information provenait du demandeur.

**Exception — utilisation d'un article**

(6) Sous réserve du paragraphe (7), l'utilisation d'un article ne constitue pas une contrefaçon de brevet ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, relativement à une revendication, si l'article est acquis, directement ou autrement, d'une personne qui, avant la date de la revendication, a de bonne foi fabriqué ou vendu — ou a fait de bonne foi des préparatifs effectifs et sérieux en vue de fabriquer ou de vendre — un article, qui est sensiblement le même que celui utilisé, pour cette utilisation.

**Transfert**

(7) Si la fabrication ou la vente visée au paragraphe (6), ou les préparatifs en vue de la fabrication ou de la vente, ont été faits dans le cadre d'une entreprise et que celle-ci, ou la partie de celle-ci dans le cadre de laquelle la fabrication, la vente ou les préparatifs ont été faits, est ensuite transférée, les règles suivantes s'appliquent :

a) le paragraphe (6) ou l'alinéa b), selon le cas, ne s'applique pas à l'égard de l'article qui, après le transfert, est fabriqué ou vendu par le cédant;

b) l'utilisation de l'article ne constitue pas une contrefaçon du brevet ou de tout certificat de protection supplémentaire qui mentionne le brevet, à l'égard de la revendication visée au paragraphe (6), si l'utilisateur en fait la même utilisation que celle prévue à ce paragraphe et que l'article est fabriqué ou vendu par le cessionnaire, après le transfert, pour cette utilisation.

**Non-application**

(8) Le paragraphe (6) ne s'applique pas si la personne visée à ce paragraphe a pu fabriquer ou vendre l'article, ou faire les préparatifs en vue de le fabriquer ou de le vendre, uniquement parce qu'elle a obtenu, de façon directe ou autrement, l'information à l'égard de l'utilisation que définit la revendication de la part du demandeur de la demande au titre de laquelle le brevet a été accordé et qu'elle savait que cette information provenait du demandeur.

**Exception — use of service**

(9) Subject to subsection (10), the use of a service is not an infringement of a patent in respect of a claim if the service is provided by a person who, before the claim date of that claim, in good faith, provided, or made serious and effective preparations to provide, a service that is substantially the same as the one used, for that use.

**Transfer**

(10) If the service referred to in subsection (9) was provided or the preparations to provide it were made in the course of a business and that business, or the part of that business in the course of which the service was provided or the preparations to do so were made, is subsequently transferred, then, after the transfer

(a) the transferor is deemed to no longer be the person referred to in subsection (9) for the purposes of that subsection; and

(b) the transferee is deemed to be the person who provided the service for the purposes of subsection (9).

**Non-application**

(11) Subsection (9) does not apply if the person referred to in that subsection was able to provide the service or make the preparations to provide it only because they obtained knowledge of the use defined by the claim, directly or indirectly, from the applicant of the application on the basis of which the patent was granted and they knew that the applicant was the source of the knowledge.

**Exception — utilisation d'un service**

(9) Sous réserve du paragraphe (10), l'utilisation d'un service ne constitue pas une contrefaçon de brevet relativement à une revendication si le service a été fourni par une personne qui, avant la date de la revendication, a de bonne foi fourni — ou a fait de bonne foi des préparatifs effectifs et sérieux en vue de fournir — un service, qui est sensiblement le même que celui utilisé, pour cette utilisation.

**Transfert**

(10) Si le service visé au paragraphe (9) a été fourni, ou si les préparatifs en vue de la fourniture du service ont été faits, dans le cadre d'une entreprise et que celle-ci, ou la partie de celle-ci dans le cadre de laquelle le service a été fourni ou les préparatifs ont été faits, est ensuite transférée, les règles ci-après s'appliquent après le transfert :

a) le cédant est réputé ne plus être la personne visée au paragraphe (9) pour l'application de ce paragraphe;

b) le cessionnaire est réputé être la personne qui a fourni le service pour l'application du paragraphe (9).

**Non-application**

(11) Le paragraphe (9) ne s'applique pas si la personne visée à ce paragraphe a pu fournir le service ou faire les préparatifs en vue de le fournir uniquement parce qu'elle a obtenu, de façon directe ou autrement, l'information à l'égard de l'utilisation que définit la revendication de la part du demandeur de la demande au titre de laquelle le brevet a été accordé et qu'elle savait que cette information provenait du demandeur.

IMM-2107-21  
2021 FC 1031

IMM-2107-21  
2021 CF 1031

**Mukhtari Abdullah Abu** (*Applicant*)

**Mukhtari Abdullah Abu** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Norris J.—By videoconference, September 23; Ottawa, October 5, 2021.

Cour fédérale, juge Norris—Par vidéoconférence, 23 septembre; Ottawa, 5 octobre 2021.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Motion arising from application for judicial review in which applicant seeking order of mandamus compelling respondent to make decision on his eligibility for work permit, temporary resident visa (TRV) — Matter was being considered by Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC) officials at Canadian High Commission in Nairobi, Kenya — In response to order under Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, (FCCIRPR), r. 14(2), High Commission provided certified tribunal record (CTR) — Applicant brought present motion submitting that CTR was missing documents that should have been produced in accordance with FCCIRPR, r. 17 — More specifically, applicant submitted that CTR did not contain all papers relevant to matter that were in possession or control of tribunal, as required by r. 17(b) — Applicant asking Court to order respondent to produce missing documents — Respondent contended that, in connection with application for mandamus, r. 17(b) should be interpreted in “limited manner”; that, under this interpretation, he was not required to produce missing documents — Applicant, Nigerian, came to Canada with family under Nova Scotia Provincial Nominee Program to set up business — Applicant later returned to Nigeria for family reasons — When trying to return to Canada, applicant denied boarding on two separate occasions — Commenced application for judicial review challenging refusal to permit him to return to Canada — IRCC office subsequently receiving report from Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC) requiring additional security screening — Applicant commencing second application for judicial review seeking order of mandamus — Matter ordered to be continued as specially managed proceeding; production of CTR also ordered — Issues: scope of requirements to produce certified tribunal record in connection with application for mandamus; whether respondent produced all required*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Requête qui découle d'une demande de contrôle judiciaire dans laquelle le demandeur sollicite une ordonnance de mandamus enjoignant au défendeur de prendre une décision concernant son admissibilité à un permis de travail et à un visa de résident temporaire (VRT) — La question était examinée par les fonctionnaires d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) au haut-commissariat du Canada à Nairobi, au Kenya — En réponse à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2) des Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés (les Règles CIPR), le haut-commissariat a produit un dossier certifié du tribunal (DCT) — Le demandeur a fait valoir dans sa requête qu'il manquait des documents qui auraient dû être produits conformément à la règle 17 des Règles CIPR — Plus précisément, il a soutenu que le DCT ne contenait pas tous les documents pertinents qui étaient en la possession ou sous la garde du tribunal administratif, comme l'exige l'alinéa 17b) des Règles CIPR — Il a demandé à la Cour d'enjoindre au défendeur de produire les documents manquants — Le défendeur a affirmé que, dans le contexte d'une demande de mandamus, l'alinéa 17b) devait être interprété « restrictivement »; et que, selon une telle interprétation, il n'était pas tenu de produire les documents manquants — Le demandeur, un Nigérian, est venu au Canada avec sa famille dans le cadre du Programme des candidats de la province de la Nouvelle-Écosse pour établir une entreprise — Il est retourné plus tard au Nigéria pour des raisons familiales — Alors qu'il tentait de revenir au Canada, le demandeur s'est vu refuser deux fois l'embarquement — Il a présenté une demande de contrôle judiciaire visant à contester le refus de le laisser rentrer au Canada — Le bureau d'IRCC a ensuite reçu du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (le CANAFE) un rapport qui demandait un contrôle de sécurité supplémentaire — Le demandeur a déposé une deuxième demande de contrôle judiciaire visant à*

documents — Respondent arguing requirement to produce CTR in connection with mandamus application arising under Act to be interpreted in limited manner; that documents at issue here falling outside scope of “limited” CTR respondent required to produce — Those arguments rejected — Scope of requirements of FCCIRPR, r. 17 in relation to mandamus application settled — FCCIRPR adopting distinct approach to production of CTR that excludes application of Federal Courts Rules (Rules), r. 317 — Nothing in wording of r. 17 that precludes application to mandamus applications — Mechanisms for obtaining CTR under Rules, r. 317, FCCIRPR, entirely different — Production of CTR under FCCIRPR happening either under r. 14(2) in connection to settlement project or under r. 15 granting application for leave — In present case, order made under r. 14(2) — Regarding respondent’s production of documents, in present case, there were relevant Global Case Management System (GCMS) notes that pre-dated May 10, 2021 (date CTR was produced) that were not included in CTR — Such notes would provide important background, context to question of whether delay in processing application reasonable — Also, original CTR not including any GCMS notes between December 9, 2020, February 18, 2021, whereas processing of application continued after February 18, 2021 — However, no GCMS notes relating to any of this activity were produced — Such notes clearly relevant to underlying application — Finally, respondent also had to produce any FINTRAC reports relating to applicant or his business activities — In mandamus application, draft recommendations for decision not required to be produced — No basis for finding that such exception exempted disputed reports from requirements of r. 17 or that production of reports having prejudicial effect that outweighed relevance to issues to be determined — CTR produced on May 10, 2021 not complying with FCCIRPR, r. 17(b) — Respondent required to produce CTR complying with such rule, reasons herein — Motion granted.

This was a motion arising from an application for judicial review by the applicant under subsection 72(1) of the

obtenir une ordonnance de mandamus — Il a été ordonné que l’affaire se poursuive à titre d’instance à gestion spéciale; la production du DCT a également été ordonnée — Il s’agissait de savoir : 1) quelle était la portée de l’exigence de produire un dossier certifié du tribunal dans le contexte d’une demande de mandamus et 2) si le défendeur avait produit tous les documents qu’il était tenu de produire — Le défendeur a fait valoir que l’exigence de produire un DCT dans le contexte d’une demande de mandamus présentée en vertu de la LIPR devait être interprétée restrictivement et, en outre, que les documents en cause en l’espèce étaient exclus du champ d’application du DCT « restreint » qu’il était tenu de produire — Ces arguments ont été rejetés — La portée des exigences de la règle 17 des Règles CIPR dans le contexte d’une demande de mandamus est établie — Les Règles CIPR prévoient une démarche distincte pour la production d’un DCT qui exclut expressément l’application de la règle 317 des Règles des Cours fédérales (les Règles) — Rien dans le libellé de la règle 17 n’empêche son application aux demandes de mandamus — Les mécanismes d’obtention d’un DCT en vertu de la règle 317, d’une part, et en vertu des Règles CIPR, d’autre part, sont complètement différents — Aux termes des Règles CIPR, la production d’un DCT se fait soit au titre du paragraphe 14(2) des Règles CIPR dans le cadre de discussions de règlement, soit au titre de la règle 15 des Règles CIPR suivant une demande d’autorisation couronnée de succès — En l’espèce, l’ordonnance a été prononcée au titre du paragraphe 14(2) des Règles CIPR — En ce qui concerne la production de documents du défendeur, il existait des notes pertinentes dans le Système mondial de gestion des cas (SMGC) antérieures au 10 mai 2021 (la date de production du DCT) qui n’étaient pas incluses dans le DCT — Ces notes auraient fourni des éléments de contexte importants pour établir si le retard dans le traitement de la demande était raisonnable — En outre, le DCT original ne comprenait aucune note du SMGC datée du 9 décembre 2020 au 18 février 2021, alors que le traitement de la demande a continué après le 18 février 2021 — Toutefois, aucune note du SMGC n’a été produite à cet égard — Ces notes étaient clairement pertinentes quant à la demande sous-jacente — Enfin, le défendeur devait également produire tous les rapports du CANAFE concernant le demandeur ou ses activités commerciales — Dans le cadre d’une demande de mandamus, des projets de recommandation de décision n’ont pas à être produits — Rien ne permettait de conclure qu’une telle exception avait pour effet de soustraire les rapports litigieux aux exigences énoncées à la règle 17 ou que la production des rapports aurait un effet préjudiciable qui l’emportait sur leur pertinence à l’égard des questions à trancher — Le DCT produit le 10 mai 2021 n’était pas conforme à l’alinéa 17b) des Règles CIPR — Le défendeur était tenu de produire un DCT conforme à cette disposition et aux présents motifs — Requête accueillie.

La Cour était saisie d’une requête découlant d’une demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur en vertu du

*Immigration and Refugee Protection Act*. In that application, the applicant sought an order of *mandamus* compelling the respondent to make a decision on his eligibility for a work permit and temporary resident visa (TRV), a matter that was being considered by Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC) officials at the Canadian High Commission in Nairobi, Kenya. In response to an order under subrule 14(2) of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, (FCCIRPR), the High Commission provided a certified tribunal record (CTR) in May 2021. The applicant brought the present motion because, he submitted, the CTR was missing documents that should have been produced in accordance with rule 17 of the FCCIRPR. More specifically, he submitted that the CTR did not contain all papers relevant to the matter that were in the possession or control of the tribunal, as required by paragraph 17(b). The applicant was asking the Court to order the respondent to produce the missing documents. While the respondent did not dispute that documents were missing from the CTR, he contended that, in connection with an application for *mandamus*, paragraph 17(b) should be interpreted in a “limited manner” and, under this interpretation, he was not required to produce the missing documents. In the alternative, the respondent contended that he should only be required to produce some but not all of the missing documents at this time.

The applicant is a citizen of Nigeria. He, his wife and their three children came to Canada under the Nova Scotia Provincial Nominee Program in April 2019. Their application under this program was based on a proposal to establish a business in Nova Scotia, which the applicant and his wife did. They established a fish exporting business in Halifax, which they continue to operate today. The applicant returned to Nigeria the following year for family reasons while his wife and children stayed in Halifax. He was booked on a flight to return to Canada in October 2020. To his understanding, at this time his work permit and multiple entry visa were still valid and he did not expect to encounter any difficulty returning to Canada. However, when he attempted to board his flight from Lagos, the applicant was denied boarding and was apparently not provided a reason for this. The applicant contacted the Canadian High Commission in Lagos to see if he could find out why he had been denied boarding. The High Commission requested various documents and information from the applicant, which the applicant provided as requested. The applicant attempted to board another flight to Canada in December 2020 but was again denied boarding. He then commenced an application for judicial review challenging the refusal to permit him to return to Canada. The respondent disclosed information indicating that, due to derogatory information, the applicant was refused boarding. The information also showed that the applicant’s work permit and TRV were cancelled in October 2020. The

paragraphe 72(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*. Dans cette demande, le demandeur sollicitait une ordonnance de *mandamus* enjoignant au défendeur de prendre une décision concernant son admissibilité à un permis de travail et à un visa de résident temporaire (VRT), une question qui était alors examinée par des fonctionnaires d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) au haut-commissariat du Canada à Nairobi, au Kenya. En réponse à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2) des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés* (les Règles CIPR), le haut-commissariat a produit un dossier certifié du tribunal (DCT) en mai 2021. Le demandeur a soumis la requête en cause parce que, selon lui, il manquait dans le DCT des documents qui auraient dû être produits conformément à la règle 17 des Règles CIPR. Plus précisément, il soutenait que le DCT ne contenait pas tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif, comme l’exige l’alinéa 17b) des Règles CIPR. Il demandait à la Cour d’enjoindre au défendeur de produire les documents manquants. Bien que le défendeur n’ait pas nié qu’il manquait des documents dans le DCT, il a soutenu que, dans le contexte d’une demande de *mandamus*, l’alinéa 17b) des Règles CIPR devrait être interprété « restrictivement » et que, selon une telle interprétation, il n’était pas tenu de produire les documents manquants. À titre subsidiaire, le défendeur a fait valoir qu’il ne devrait être tenu de produire que certains documents, mais pas tous, pour le moment.

Le demandeur est citoyen du Nigéria. Son épouse, leurs trois enfants et lui-même sont venus au Canada en avril 2019 dans le cadre du Programme des candidats de la province de la Nouvelle-Écosse. Leur demande dans le cadre de ce programme était fondée sur une proposition d’établissement d’une entreprise en Nouvelle-Écosse, ce que lui et son épouse ont accompli. Ils ont établi à Halifax une entreprise d’exportation de poisson, qu’ils continuaient d’exploiter au moment de la décision. Le demandeur est retourné au Nigéria pour des raisons familiales l’année suivante, mais son épouse et ses enfants sont restés à Halifax. Il avait obtenu une réservation sur un vol pour retourner au Canada en octobre 2020. Il croyait alors que son permis de travail et son visa pour entrées multiples étaient encore valides, et il ne pensait pas avoir de difficultés à rentrer au Canada. Cependant, au moment de prendre son vol depuis Lagos, le demandeur s’est vu refuser l’embarquement et n’a apparemment pas été informé des motifs du refus. Il a communiqué avec le haut-commissariat du Canada à Lagos pour connaître le motif du refus d’embarquement. Le haut-commissariat a demandé divers documents et renseignements au demandeur, que ce dernier a fournis. Le demandeur a tenté de monter à bord d’un autre vol à destination du Canada en décembre 2020, mais s’est vu de nouveau refuser l’embarquement. Il a alors présenté une demande de contrôle judiciaire visant à contester le refus de le laisser rentrer au Canada. Le défendeur a divulgué des renseignements révélant que le

derogatory information apparently related to the applicant's and his company's involvement in fraud and money laundering. The first *mandamus* application was discontinued by settlement. Subsequently, the applicant was sent a procedural fairness letter by IRCC requesting various documents and information to which the applicant responded. Based on an IRCC officer's notes, a one-year work permit was to be issued to the applicant. However, the IRCC office in Nairobi later received a report from the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC) and the applicant was informed that additional security screening needed to be done. The applicant then commenced a second application for judicial review seeking an order of *mandamus*. Shortly after filing his application for *mandamus*, the applicant requested that the matter be expedited. The matter was ordered to be continued as a specially managed proceeding. Production of the CTR pursuant to subrule 14(2) of the FCCIRPR was also ordered. The applicant then brought the present motion.

The issues were the scope of the requirement to produce a CTR in connection with an application for *mandamus* and whether the respondent produced all the documents he was required to produce.

*Held*, the motion should be granted.

The respondent's argument that the requirement to produce a CTR in connection with a *mandamus* application arising under the Act should be interpreted in a "limited manner" and, further, that the documents at issue here fell outside the scope of the "limited" CTR he was required to produce was rejected. Contrary to what the respondent claimed, the Federal Court of Appeal's decision in *Alberta Wilderness Association v. Canada (Attorney General)* did not cast any doubt on the settled understanding of the scope of the requirements of rule 17 of the FCCIRPR in relation to *mandamus* applications. According to *Alberta Wilderness Association*, rule 317 of the *Federal Courts Rules* simply does not apply when an order of *mandamus* is sought since there is no decision or order that is the subject of the application. The FCCIRPR adopts a distinct approach to the production of a CTR that expressly excludes the application of rule 317 (FCCIRPR, rule 4). Caution should therefore be exercised when interpreting the former in light of the latter. Second, unlike rule 317, which requires that the tribunal have made an order that is the subject of the application for judicial review, the FCCIRPR does not contain any such requirement. Further, unlike rule 317, there is nothing in the wording of rule 17 that precludes its application to *mandamus* applications.

demandeur s'était vu refuser l'embarquement en raison de renseignements préjudiciables. Les renseignements ont montré que le permis de travail et le VRT du demandeur avaient été annulés en octobre 2020. Il semble que les renseignements préjudiciables étaient liés au rôle possible du demandeur et de son entreprise dans une fraude et un blanchiment d'argent. La première demande de *mandamus* a été abandonnée en raison d'un règlement. Par la suite, IRCC a envoyé au demandeur une lettre relative à l'équité procédurale sollicitant divers documents et renseignements, et le demandeur y a répondu. Selon les notes d'un agent d'IRCC, un permis de travail d'un an devait être délivré au demandeur. Toutefois, le bureau d'IRCC à Nairobi a reçu plus tard un rapport du Centre d'analyse des opérations et déclarations financières du Canada (le CANAFE) et le demandeur a appris qu'un contrôle de sécurité supplémentaire devait être fait. Le demandeur a ensuite déposé une deuxième demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance de *mandamus*. Le demandeur, peu après avoir déposé sa demande de *mandamus*, a demandé que le traitement du dossier soit accéléré. Il a été ordonné que l'affaire se poursuive à titre d'instance à gestion spéciale. La production d'un DCT a également été ordonnée en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR. Le demandeur a ensuite présenté la requête en cause.

Les questions en litige concernaient la portée de l'exigence de produire un DCT dans le contexte d'une demande de *mandamus* et la question de savoir si le défendeur avait produit tous les documents qu'il était tenu de produire.

*Ordonnance* : la requête doit être accordée.

La Cour a rejeté les arguments avancés par le défendeur portant que l'exigence de produire un DCT dans le contexte d'une demande de *mandamus* présentée en vertu de la LIPR devrait être interprétée « restrictivement » et, de surcroît, que les documents en cause étaient exclus du champ d'application du DCT « restreint » qu'il était tenu de produire. Contrairement à ce qu'a prétendu le défendeur, l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Alberta Wilderness Association c. Canada (Procureur général)* n'a aucunement jeté de doute sur la compréhension établie de la portée des exigences prévues à la règle 17 des Règles CIPR dans le cas des demandes de *mandamus*. Selon cet arrêt, la règle 317 des *Règles des Cours fédérales* ne s'applique pas lorsque la demande en cause porte sur une ordonnance de *mandamus* puisqu'il n'y a pas de décision expresse faisant l'objet d'un contrôle. Les Règles CIPR prévoient une démarche distincte pour la production d'un DCT qui exclut expressément l'application de la règle 317 (règle 4 des Règles CIPR). Il convient donc de faire preuve de prudence dans l'interprétation de la première à la lumière de la seconde. Ensuite, contrairement à la règle 317, qui prévoit qu'un office fédéral doit avoir rendu une ordonnance qui fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire, les Règles CIPR n'imposent rien en ce sens. En outre, contrairement au

Also, the mechanisms for obtaining a CTR under rule 317, on the one hand, and under the FCCIRPR, on the other, are entirely different. Rule 317 provides that, in connection with an application for judicial review, a party may request material relevant to the application from the tribunal whose order is the subject of the application. Such a request may be made as long as an application for judicial review of a decision of the tribunal has been commenced. In contrast, under the FCCIRPR, the CTR is produced in response to a Court order. In proceedings governed by the FCCIRPR, unless or until the production order is varied or set aside, the respondent must comply with it. The production of a CTR under the FCCIRPR happens in either of two ways. Under subrule 14(2), a judge may, by order, require the tribunal to produce its record (or parts thereof) where the judge “considers that documents in the possession or control of the tribunal are required for the proper disposition of the application for leave”. Under the Federal Court’s settlement project for matters arising under the Act, production orders under subrule 14(2) are also used to put the full CTR in the hands of the parties in selected cases. The other way a CTR is produced under the FCCIRPR is in response to an order under rule 15 granting an application for leave. Whether under rule 15 or, in connection with the settlement project, under subrule 14(2), it is the uniform practice of the Court to order the production of a CTR in the case of *mandamus* applications that meet the test for leave. Such an order was made in this case under subrule 14(2). Apart from the disputed documents, this order was complied with through the production of a CTR in May 2021.

Respecting the respondent’s production of documents, rule 17 of the FCCIRPR was engaged only indirectly in this case. This is because an order granting leave under rule 15 has not been made yet and this is a precondition for triggering the requirement to produce a CTR under rule 17. Instead, the Court ordered the tribunal to produce a certified copy of its record pursuant to subrule 14(2) of the FCCIRPR. It was the common understanding of the parties that the purpose of this order was to have a CTR produced in accordance with rule 17. Concerning the question of relevance, it is well established that the test for relevance in the context of the production of a CTR is whether a document in the possession or control of the tribunal in question may affect the decision that the Court will make on the application. The test is the same whether one is under rule 317 or rule 17. When the application for judicial review seeks an order of *mandamus*, relevance must be further determined in relation to the eight requirements set by case law,

libellé de la règle 317, il n’y a rien dans celui de la règle 17 qui empêche son application aux demandes de *mandamus*. De plus, les mécanismes d’obtention d’un DCT en vertu de la règle 317, d’une part, et en vertu des Règles CIPR, d’autre part, sont complètement différents. La règle 317 dispose que, dans le contexte d’une demande de contrôle judiciaire, une partie peut demander des documents pertinents à l’égard de la demande de l’office fédéral dont l’ordonnance fait l’objet de la demande. Une telle demande peut être faite à condition qu’une demande de contrôle judiciaire d’une décision de l’office ait été introduite. En revanche, conformément aux Règles CIPR, le DCT est produit en réponse à une ordonnance du tribunal. Dans les instances régies par les Règles CIPR, à moins que l’ordonnance de production soit modifiée ou annulée, ou jusqu’à ce qu’elle le soit, le défendeur doit s’y conformer. La production d’un DCT en vertu des Règles CIPR se fait de deux façons. Selon le paragraphe 14(2), un juge peut, par ordonnance, exiger du tribunal administratif qu’il produise son dossier (ou des parties de celui-ci) lorsqu’il «décide que les documents en la possession ou sous la garde du tribunal administratif sont nécessaires pour décider de la demande d’autorisation». Dans le cadre du projet de la Cour fédérale visant à faciliter les discussions de règlement dans les instances en vertu de la LIPR, les ordonnances de production rendues conformément au paragraphe 14(2) sont également utilisées pour transmettre le DCT complet aux parties dans des cas particuliers. L’autre façon dont un DCT est produit en vertu des Règles CIPR est en réponse à une ordonnance faisant droit à une demande d’autorisation présentée en vertu de la règle 15. Que ce soit en vertu de la règle 15 ou dans le cadre du projet visant à faciliter les discussions de règlement en vertu du paragraphe 14(2), la Cour a pour pratique uniforme d’ordonner la production d’un DCT dans le cas de demandes de *mandamus* qui répondent aux critères d’autorisation. Ce type d’ordonnance a été prononcé en l’espèce en vertu du paragraphe 14(2). Sauf pour ce qui est des documents en litige, l’ordonnance a été exécutée par la production d’un DCT en mai 2021.

En ce qui concerne la production des documents du défendeur, la règle 17 n’était concerné qu’indirectement en l’espèce. En effet, aucune ordonnance faisant droit à une demande d’autorisation présentée en vertu de la règle 15 n’avait été rendue, ce qui est une condition préalable pour déclencher l’obligation de produire un DCT en vertu de la règle 17. Au lieu de cela, la Cour, en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR, a ordonné au tribunal administratif de produire une copie certifiée de son dossier. Les parties avaient convenu que l’objectif de l’ordonnance était de faire produire un DCT conforme à la règle 17. En ce qui concerne la pertinence, il est bien établi que le critère de la pertinence dans le contexte de la production d’un DCT est de savoir si un document en la possession ou sous la garde du tribunal administratif en question peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande. Le critère est le même, qu’il s’agisse de la règle énoncée à la règle 317 ou de celle énoncée à la règle 17. Lorsque la



such as that there must be a legal duty to act; the duty must be owed to the applicant; and there must be a clear right to performance of that duty. A key consideration in determining whether an applicant is entitled to the performance of a duty to make a decision is whether the tribunal has taken unreasonably long to do so. The reasonableness of the delay in making a decision is a central issue in *mandamus* applications and, as a result, documents or information bearing on this question are therefore relevant to the application. This question was squarely engaged in this case. Documents relating to the processing of the applicant's application could be expected to shed light on why a decision had not yet been made and whether the delay was reasonable or not. Consequently, any documents relating to this question were relevant and had to be included in the CTR.

In the present case, there were relevant Global Case Management System (GCMS) notes that pre-dated May 10, 2021—the date the CTR was produced—that were not included in the CTR. While they may not have borne directly on why a decision on the redetermination had not yet been made, any such notes would provide important background and context to the question of whether the delay was reasonable given that the applicant was prevented from returning to Canada (where his wife and children remained) since October 2020. Also, the original CTR did not include any GCMS notes between December 9, 2020, and February 18, 2021 whereas processing of the application continued after February 18, 2021 (including the receipt of the FINTRAC report). However, no GCMS notes relating to any of this activity were produced. Such notes were clearly relevant to the underlying application. Finally, the respondent also had to produce any FINTRAC reports relating to the applicant or his business activities as well as any Canada Border Services Agency reports relating to the applicant's application for a work permit and visa. There was a clear nexus between the FINTRAC report in particular and the fact that a decision had not yet been made on the work permit and TRV application. Regarding the production of FINTRAC and other disputed reports, it has been established that, in the context of a *mandamus* application, the respondent is not required to produce draft recommendations for a decision. Nevertheless, there was no basis for finding in the present case that such exception exempted the disputed reports from the requirements of rule 17. While such an exception to the general obligation under paragraph 17(b) to produce “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal” can arise, the respondent did not put forward any information or evidence about the disputed reports that could establish that they fell within this exception. There was

demande de contrôle judiciaire vise à obtenir une ordonnance de *mandamus*, la pertinence doit être précisée en fonction des huit conditions dégagées dans la jurisprudence, comme celle portant qu'il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public; que l'obligation doit exister envers le requérant; qu'il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation. Pour statuer sur le droit d'un demandeur à l'exécution de l'obligation de rendre une décision, il faut notamment trancher la question de savoir si le tribunal administratif prend un temps déraisonnable pour s'exécuter. Le caractère raisonnable du retard à rendre une décision est une question centrale dans les demandes de *mandamus* et, par conséquent, les documents ou les renseignements portant sur la question sont donc pertinents quant à la demande. Cette question était directement en cause en l'espèce. On pouvait s'attendre à ce que les documents relatifs au traitement de la demande du demandeur permettent de comprendre pourquoi une décision n'avait pas été rendue et si le retard était raisonnable ou non. Par conséquent, tous les documents relatifs à la question étaient pertinents et devaient être inclus dans le DCT.

En l'espèce, il existait des notes pertinentes dans le Système mondial de gestion des cas (le SMGC) antérieures au 10 mai 2021 — date à laquelle le DCT a été produit — qui n'étaient pas incluses dans le DCT. Même si elles n'expliquaient peut-être pas directement pourquoi une décision à la suite du nouvel examen n'avait pas encore été rendue, ces notes fournissaient des renseignements et des éléments de contexte importants pour établir si le retard était raisonnable, étant donné que le demandeur n'avait pas pu retourner au Canada (où se trouvaient son épouse et ses enfants) depuis octobre 2020. De surcroît, le DCT original ne comprenait aucune note du SMGC datée du 9 décembre 2020 au 18 février 2021, alors que le traitement de la demande a continué après le 18 février 2021, y compris avec la réception du rapport du CANAFE. Cependant, aucune note du SMGC n'a été produite à cet égard. Ces notes étaient clairement pertinentes à l'égard de la demande sous-jacente. Enfin, le défendeur devait également produire tous les rapports du CANAFE concernant le demandeur ou ses activités commerciales ainsi que tous les rapports de l'Agence des services frontaliers du Canada concernant sa demande de permis de travail et de visa. Il existait un lien évident entre le rapport du CANAFE en particulier et le fait qu'aucune décision n'avait encore été rendue concernant le permis du travail et la demande de VRT. En ce qui concerne la production des rapports du CANAFE et des autres rapports litigieux, il est établi que, dans le contexte d'une demande de *mandamus*, le défendeur n'est pas tenu de produire un projet de recommandation d'une décision. Néanmoins, rien ne permettait de conclure en l'espèce que cette exception soustrayait les rapports litigieux aux exigences prévues à la règle 17. Bien qu'il puisse exister une telle exception à l'exigence générale, énoncée à l'alinéa 17b) des Règles CIPR, de produire « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif », le

nothing to suggest that any of them were *preliminary* draft recommendations for a decision. Thus, there was no basis to find that production of these reports would have a prejudicial effect that outweighed their relevance to the issues that had to be determined in the *mandamus* application. Therefore, the CTR produced under the covering letter dated May 10, 2021, did not comply with paragraph 17(b) of the FCCIRPR. The respondent was therefore required to produce a CTR that complied with this rule and in accordance with the reasons.

défendeur n'a pas présenté de renseignements ni d'éléments de preuve concernant les rapports litigieux qui auraient permis d'établir qu'ils faisaient partie de cette exception. Rien ne donnait à penser que l'un d'eux était un projet *préliminaire* de recommandation de décision. Rien ne permettait de conclure que la production de ces rapports aurait un effet préjudiciable qui l'emporterait sur leur pertinence par rapport aux questions qui devaient être tranchées relativement à la demande de *mandamus*. Par conséquent, le DCT accompagné d'une lettre de présentation datée du 10 mai 2021 n'était pas conforme à l'alinéa 17b) des Règles CIPR. Le défendeur était donc tenu de produire un DCT conforme à ce paragraphe et aux présents motifs.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37–39.

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

*Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22, rr. 4, 14(2),(4), 15, 17.

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 317, 318.

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 34–37, 35(1)(b),(2), 72(1), 87.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Douze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1086, 375 F.T.R. 195, as to distinction between FCCIRPR, r. 17 and *Federal Courts Rules*, r. 317; *Lukacs v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202, 488 N.R. 395.

## DISTINGUISHED:

*Douze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1086, 375 F.T.R. 195, as to production of draft recommendations for decision; *Tursunbayev v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 532; *Abdulahad v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 174 (CanLII).

## CONSIDERED:

*Alberta Wilderness Association v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 190, 362 D.L.R. (4th) 145; *Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455, 1995 CarswellNat 666 (WL Can.) (C.A.); *Wasylynuk v. Canada (Royal Mounted Police)*, 2020 FC 962.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 à 39

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

*Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22, règles 4, 14(2)(4), 15, 17.

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 317, 318.

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 34 à 37, 35(1)b), 35(2), 72(1), 87.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Douze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1086, concernant la distinction existant entre la règle 17 des Règles CIPR et la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*; *Lukacs c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 202.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Douze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1086, concernant la production d'un projet de recommandation de décision; *Tursunbayev c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 532; *Abdulahad c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 174.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Alberta Wilderness Association c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 190; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455, 1995 CarswellNat 666F; *Wasylynuk c. Canada (Gendarmerie royale)*, 2020 CF 962.

## REFERRED TO:

*Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of the Environment)*, 2006 FC 786, 55 Admin. L.R. (4th) 166, [2007] 1 F.C.R. D-16; *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, 410 D.L.R. (4th) 128; *Nguesso v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 102, 474 F.T.R. 217; *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, (1993), 162 N.R. 177 (C.A.); *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33, 1998 CanLII 9097 (T.D.); *Abdolkhaleghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 729, 46 Imm. L.R. (3d) 19; *Almuhtadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 712; *Canada (Attorney General) v. Sharafaldin*, 2021 FC 22.

MOTION arising from an application for judicial review by the applicant in which he sought an order of *mandamus* compelling the respondent to make a decision on his eligibility for a work permit and temporary resident visa. Motion granted.

## APPEARANCES

*Lorne Waldman, C.M.* for applicant.  
*John Provart* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Waldman & Associates*, Toronto, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

I. Overview

[1] NORRIS J.: This motion arises from an application for judicial review by Mukhtari Abdullah Abu under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). In that application, Mr. Abu seeks an order of *mandamus* compelling the Minister of Citizenship and Immigration to make a decision on his eligibility for a work permit and temporary resident visa (TRV), a matter that is currently being considered by Immigration, Refugees and

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Ministre de l'environnement)*, 2006 CF 786; *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128; *Nguesso c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 102; *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.); *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33; *Abdolkhaleghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration)*, 2005 CF 729; *Almuhtadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 712; *Canada (Procureur général) c. Sharafaldin*, 2021 CAF 22.

REQUÊTE découlant d'une demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* enjoignant au défendeur de prononcer une décision sur son admissibilité à un permis de travail et à un visa de résident temporaire. Requête accordée.

## ONT COMPARU :

*Lorne Waldman, C.M.* pour le demandeur.  
*John Provart* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

I. Vue d'ensemble

[1] LE JUGE NORRIS : La Cour est saisie d'une requête qui découle d'une demande de contrôle judiciaire qu'a présentée Mukhtari Abdullah Abu en vertu du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Dans cette demande, M. Abu sollicite une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de prendre une décision concernant son admissibilité à un permis de travail et à un visa de résident

Citizenship Canada (IRCC) officials at the Canadian High Commission in Nairobi, Kenya.

[2] In response to an order under subrule 14(2) of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22 (FCCIRPR), the High Commission provided a certified tribunal record (CTR) in May 2021.

[3] Mr. Abu brings the present motion because, he submits, the CTR is missing documents that should have been produced in accordance with the rule 17 of the FCCIRPR. More specifically, he submits that the CTR does not contain “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal”<sup>1</sup>, as required by paragraph 17(b). He asks the Court to order the Minister to produce the missing documents.

[4] The Minister does not dispute that documents are missing from the CTR. Rather, the Minister contends that, in connection with an application for *mandamus*, paragraph 17(b) [FCCIRPR] should be interpreted in a “limited manner” and, under this interpretation, he is not required to produce the missing documents. In the alternative, the Minister contends that he should only be required to produce some but not all of the missing documents at this time.

[5] For the reasons that follow, I do not agree with the Minister that he is not required to produce the missing documents. On the contrary, I agree with Mr. Abu that all the missing documents are relevant and should be produced in accordance with the usual requirements of paragraph 17(b) [FCCIRPR]. There is no basis for interpreting those requirements any differently when the application for judicial review in question is an application for an order of *mandamus*, as the Minister contends.

temporaire (VRT), une question qui est actuellement examinée par des fonctionnaires d’Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) au haut-commissariat du Canada à Nairobi, au Kenya.

[2] En réponse à une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2) des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22 (les Règles CIPR), le haut-commissariat susmentionné a produit un dossier certifié du tribunal (DCT) en mai 2021.

[3] M. Abu soumet la présente requête parce que, selon lui, il manque, dans le DCT, des documents qui auraient dû être produits conformément à la règle 17 des Règles CIPR. Plus précisément, il soutient que le DCT ne contient pas « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif », comme l’exige l’alinéa 17b) des Règles CIPR. Il demande à la Cour d’enjoindre au ministre de produire les documents manquants.

[4] Le ministre ne nie pas qu’il manque des documents dans le DCT. Il soutient plutôt que, dans le contexte d’une demande de *mandamus*, l’alinéa 17b) des Règles CIPR devrait être interprété [TRADUCTION] « restrictivement » et que, selon une telle interprétation, il n’est pas tenu de produire les documents manquants. À titre subsidiaire, le ministre soutient qu’il ne devrait être tenu de produire que certains des documents manquants, mais pas tous, pour le moment.

[5] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d’accord avec le ministre pour dire qu’il n’est pas tenu de produire les documents manquants. Au contraire, je suis d’accord avec M. Abu pour dire que tous les documents manquants sont pertinents et devraient être produits conformément aux exigences habituelles qui sont prévues à l’alinéa 17b) des Règles CIPR. Il n’y a aucune raison d’interpréter ces exigences différemment lorsque la demande de contrôle judiciaire en question est une demande d’ordonnance de

<sup>1</sup> Editor’s note: SOR/2021-149, s. 10 replaced paragraph 17(b) of the English version of the FCCIRPR by the following, which came into force on June 17, 2021:

(b) all relevant documents that are in the possession or control of the tribunal

If there are legitimate grounds to withhold or delay disclosure of relevant documents (whether in whole or in part), there are well-established mechanisms for doing so that the Minister can engage, if so advised.

## II. Background

[6] Mr. Abu is a citizen of Nigeria. He, his wife and their three children came to Canada under the Nova Scotia Provincial Nominee Program in April 2019. Their application under this program was based on a proposal to establish a business in Nova Scotia. Mr. and Mrs. Abu established a fish exporting business in Halifax, Ahead Fisheries Inc., which they continue to operate today.

[7] In August 2020, Mr. Abu returned to Nigeria to attend to the estate of his late father. His wife and children stayed in Halifax. Mr. Abu was booked on a flight to return to Canada on October 20, 2020. To his understanding, at this time his work permit and multiple entry visa were still valid and he did not expect to encounter any difficulty returning to Canada. However, on October 20, 2020, when he attempted to board his flight from Lagos, Mr. Abu was denied boarding. He states that he was not given a reason for this.

[8] With the assistance of a consultant, Mr. Abu contacted the Canadian High Commission in Lagos to see if he could find out why he had been denied boarding. The High Commission requested various documents and information about Mr. Abu's travel history and his business in Canada. Mr. Abu provided the documents and information that had been requested. Suspecting that he may have been denied boarding because of a misunderstanding about his right to return to Canada despite COVID-19 travel restrictions, Mr. Abu also provided submissions addressing this.

[9] On December 3, 2020, Mr. Abu attempted to board another flight to Canada but was denied boarding again. He then commenced an application for judicial review challenging the refusal to permit him to return to Canada (Federal Court File No. IMM-6319-20).

*mandamus*, comme le soutient le ministre. S'il existe des motifs légitimes de retenir ou de retarder la divulgation de documents pertinents (en tout ou en partie), il existe des mécanismes bien établis pour ce faire que le ministre peut utiliser, le cas échéant.

## II. Contexte

[6] M. Abu est citoyen du Nigéria. Son épouse, leurs trois enfants et lui-même sont venus au Canada en avril 2019 dans le cadre du Programme des candidats de la province de la Nouvelle-Écosse. Leur demande dans le cadre de ce programme était fondée sur une proposition d'établissement d'une entreprise en Nouvelle-Écosse. M. et M<sup>me</sup> Abu ont établi à Halifax une entreprise d'exportation de poisson, Ahead Fisheries Inc., qu'ils continuent d'exploiter à ce jour.

[7] En août 2020, M. Abu est retourné au Nigéria s'occuper de la succession de son père. Sa femme et ses enfants sont restés à Halifax. M. Abu a obtenu une réservation sur un vol pour retourner au Canada le 20 octobre 2020. Il croyait alors que son permis de travail et son visa pour entrées multiples étaient encore valides, et il ne pensait pas avoir de difficultés à rentrer au Canada. Cependant, le 20 octobre 2020, au moment de prendre son vol depuis Lagos, M. Abu s'est vu refuser l'embarquement. Il affirme qu'on ne lui a pas donné le motif du refus.

[8] Avec l'aide d'un consultant, M. Abu a communiqué avec le haut-commissariat du Canada à Lagos pour connaître le motif du refus d'embarquement. Le haut-commissariat a demandé divers documents et renseignements sur les voyages de M. Abu et sur ses affaires au Canada. M. Abu a fourni les documents et les renseignements demandés. Pensant qu'il avait pu se voir refuser l'embarquement en raison d'un malentendu sur son droit de retourner au Canada malgré les restrictions de voyage imposées en raison de la COVID-19, M. Abu a également fourni des observations à ce sujet.

[9] Le 3 décembre 2020, M. Abu a tenté de monter à bord d'un autre vol à destination du Canada, mais il s'est vu de nouveau refuser l'embarquement. Il a alors présenté une demande de contrôle judiciaire visant à contester le refus de le laisser rentrer au Canada (dossier de la Cour fédérale n° IMM-6319-20).

[10] In connection with this application, the Minister disclosed an excerpt from Global Case Management System (GCMS) notes relating to Mr. Abu. The excerpt was a note from the Montréal Call Centre dated October 29, 2020, relating to an inquiry from the office of the Member of Parliament for Halifax West concerning why Mr. Abu had been refused boarding on his flight from Lagos on October 20, 2020. The note states the following:

Information provided re: Subject who was refused boarding his flight from Lagos on 20Oct2020...:

As per GCMS notes dated 07Oct2020, CBSA LO ACCRA refused to allow boarding of subject, due to derogatory information brought to their attention (details not disclosed as per Access to Information Act 16(1)(b) and (c), 17 and/or the Privacy Act 22(1)(b)\*\*). Subject's WP and TRV were deactivated on the same day; both files were subsequently referred to the Lagos V/O for further review. Unable to provide a timeframe for review at this time.

[11] The Minister also disclosed GCMS records reflecting that Mr. Abu's work permit and TRV were cancelled on October 21, 2020.

[12] While the "derogatory information" was not disclosed to Mr. Abu, there does not appear to be any dispute that it relates, at least in part, to information concerning the possible involvement of Mr. Abu and Ahead Fisheries Inc. in fraud and trade-based money laundering.

[13] The first *mandamus* application was discontinued by settlement on December 18, 2020. Pursuant to the settlement, IRCC was to advise Mr. Abu of the concerns that led to the cancellation of his work permit and TRV and provide him with an opportunity to respond as part of a redetermination of his eligibility for these authorizations. As things turned out, the application would be

[10] En rapport avec la demande susmentionnée, le ministre a divulgué un extrait des notes du Système mondial de gestion des cas (le SMGC) concernant M. Abu. L'extrait est une note du Centre d'appels de Montréal, datée du 29 octobre 2020, relative à une demande de renseignements du bureau du député d'Halifax-Ouest concernant le motif pour lequel M. Abu s'est vu refuser l'embarquement sur son vol au départ de Lagos le 20 octobre 2020. La note précise ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans les renseignements fournis concernant le sujet qui s'est vu refuser l'embarquement sur son vol en provenance de Lagos le 20 octobre 2020 [...] :

Conformément aux notes du SMGC datées du 7 octobre 2020, l'agent de liaison de l'ASFC [Agence des services frontaliers du Canada] en poste à Accra a refusé d'autoriser l'embarquement du sujet en raison de renseignements préjudiciables portés à son attention (renseignements non divulgués au titre des alinéas 16(1)(b) et 16(1)(c) et de l'article 17 de la *Loi sur l'accès à l'information* ou de l'alinéa 22(1)(b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*\*\*). Le PT [permis de travail] et le VRT du sujet ont été désactivés le même jour; les deux dossiers ont ensuite été transmis au BV [bureau des visas] de Lagos pour un examen plus approfondi. Impossible de fournir un échéancier d'examen pour le moment.

[11] Le ministre a également divulgué des renseignements contenus dans le SMGC qui indiquent l'annulation du permis de travail et du VRT de M. Abu le 21 octobre 2020.

[12] Bien que les « renseignements préjudiciables » n'aient pas été divulgués à M. Abu, il ne semble pas contesté qu'ils sont liés, du moins en partie, à des renseignements concernant le rôle possible de M. Abu et d'Ahead Fisheries Inc. dans une fraude et un blanchiment d'argent par voie commerciale.

[13] La première demande de *mandamus* a été abandonnée en raison d'un règlement intervenu le 18 décembre 2020. Conformément au règlement, IRCC devait informer M. Abu des doutes qui ont conduit à l'annulation de son permis de travail et de son VRT et lui donner l'occasion de les dissiper dans le cadre d'un nouvel examen de son admissibilité à ces autorisations. En fin

processed under the supervision of an IRCC Deputy Migration Program Manager based at the Canadian High Commission in Nairobi (the IRCC manager).

[14] On January 7, 2021, IRCC sent Mr. Abu a procedural fairness letter. The letter requested various documents and information—essentially what had already been requested in October and November 2020—but did not raise any specific concerns about Mr. Abu’s eligibility for a work permit or a TRV. With the assistance of counsel, Mr. Abu provided his response on January 22, 2021.

[15] GCMS notes dated February 18, 2021, entered by an IRCC officer in Nairobi state that the officer was satisfied that a one-year work permit should be issued. The notes also state that the last step in the processing of the application was to request Mr. Abu’s current passport. This request was sent to Mr. Abu on February 18, 2021. The letter states that a decision had been made on his application and his passport was required to finalize processing the application. While the letter does not say what the decision was, it appears from the GCMS notes that it was a favourable one.

[16] On or about February 26, 2021, the IRCC office in Nairobi received a report dated February 8, 2021, from the Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada (FINTRAC). This report had been requested by the Canada Border Services Agency (CBSA), which then forwarded it to IRCC. In an affidavit filed on the underlying judicial review application (affirmed on April 26, 2021), the IRCC manager describes the report as “relevant to the Applicant’s TRV application”. The IRCC manager states that, upon receiving the report, he submitted a request for additional security screening by CBSA’s National Security Screening Division (NSSD). As the IRCC manager explains, the NSSD “has expertise in assessing potential inadmissibility under ss. 34-37 of the IRPA, and typically prepares assessment reports for IRCC to consider in deciding visa cases”.

de compte, la demande serait traitée sous la supervision d’un gestionnaire adjoint du programme de migration d’IRCC en poste au haut-commissariat du Canada à Nairobi (le gestionnaire d’IRCC).

[14] Le 7 janvier 2021, IRCC a envoyé à M. Abu une lettre relative à l’équité procédurale. Il y était demandé divers documents et renseignements — essentiellement les mêmes que ceux qui lui avaient déjà été demandés en octobre et en novembre 2020 —, mais on n’y soulevait aucune question particulière quant à l’admissibilité de M. Abu à un permis de travail ou à un VRT. Avec l’aide de son avocat, M. Abu a fourni sa réponse le 22 janvier 2021.

[15] Les notes du SMGC datées du 18 février 2021, qu’un agent d’IRCC a entrées à Nairobi, montrent que l’agent était convaincu qu’un permis de travail d’un an devrait être délivré. Les notes montrent également que la dernière étape du traitement de la demande consistait à demander le passeport actuel de M. Abu. La demande à cet effet a été envoyée à M. Abu le 18 février 2021. La lettre montre qu’une décision avait été rendue concernant sa demande et qu’il devait fournir son passeport pour que l’on puisse achever le traitement de la demande. Bien que la lettre ne précise pas quelle était la décision, il ressort des notes du SMGC qu’elle était favorable.

[16] Le ou vers le 26 février 2021, le bureau d’IRCC à Nairobi a reçu du Centre d’analyse des opérations et déclarations financières du Canada (le CANAFE) un rapport daté du 8 février 2021. Ce rapport avait été produit à la demande de l’Agence des services frontaliers du Canada (l’ASFC), qui l’a ensuite transmis à IRCC. Dans un affidavit déposé dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire sous-jacente (souscrit le 26 avril 2021), le gestionnaire d’IRCC décrit le rapport comme étant [TRADUCTION] « pertinent quant à la demande de VRT du demandeur ». Le gestionnaire d’IRCC affirme qu’après avoir reçu le rapport, il a soumis une demande de contrôle de sécurité supplémentaire à la Division du filtrage pour la sécurité nationale (la DFSN) de l’ASFC. Comme l’explique le gestionnaire d’IRCC, la DFSN [TRADUCTION] « est qualifiée pour évaluer l’inadmissibilité éventuelle aux termes des articles 34 à 37 de la LIPR,

[17] On March 2, 2021, IRCC sent Mr. Abu a letter stating the following:

A request for your valid passport or travel document was recently sent to you. Since that time, additional information has been received which requires additional procedures to reach a decision, and so a work permit will not be issued at this time.

[18] This “additional information” has not been disclosed to Mr. Abu but there does not appear to be any dispute that it relates, at least in part, to the FINTRAC report.

[19] On March 29, 2021, Mr. Abu commenced a second application for judicial review seeking an order of *mandamus* requiring the Minister to make a decision on his outstanding application for a work permit and a TRV. When he did so, apart from the letter requesting his passport, he was not aware of the information summarized in paragraphs 15 and 16, above, or in the following paragraph. This information was disclosed subsequently in the context of the application for leave and judicial review.

[20] The IRCC manager states in his affidavit (which, as already noted, was affirmed on April 26, 2021) that the NSSD had completed its response to IRCC’s request for further screening. The IRCC manager anticipated being able to access the report as of April 26, 2021. This, in turn, would allow him “to continue processing this file towards a decision”.

[21] Shortly after filing his application for *mandamus*, Mr. Abu requested that the matter be expedited. This motion came before me on April 13, 2021. After hearing from the parties, I set a schedule for the leave materials to be completed by April 29, 2021. On May 6, 2021,

et prépare habituellement des rapports d’évaluation dont IRCC tient compte pour trancher les dossiers de visa ».

[17] Le 2 mars 2021, IRCC a envoyé à M. Abu une lettre qui contenait les renseignements suivants.

[TRADUCTION]

Nous vous avons récemment envoyé une lettre dans laquelle nous vous demandions de fournir votre passeport ou titre de voyage valide. Depuis, nous avons reçu d’autres renseignements qui appellent des démarches supplémentaires pour que l’on puisse parvenir à une décision. Par conséquent, nous ne délivrerons pas de permis de travail pour le moment.

[18] Ces [TRADUCTION] « autres renseignements » n’ont pas été divulgués à M. Abu, mais il ne semble pas être contesté qu’ils sont liés, du moins en partie, au rapport du CANAFE.

[19] Le 29 mars 2021, M. Abu a déposé une deuxième demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une ordonnance de *mandamus* qui enjoindrait au ministre de prendre une décision concernant sa demande en suspens de permis de travail et de VRT. Lorsqu’il a fait cette demande, à part la lettre dans laquelle il lui était demandé de fournir son passeport, il n’avait pas connaissance des renseignements résumés aux paragraphes 15 et 16 ci-dessus ni de ceux énoncés au paragraphe qui suit. Ces renseignements lui ont été divulgués par la suite dans le cadre de la demande d’autorisation et de contrôle judiciaire.

[20] Le gestionnaire d’IRCC déclare dans son affidavit (lequel, comme nous l’avons déjà signalé, a été souscrit le 26 avril 2021) que la DFSN avait finalisé sa réponse à la demande de filtrage supplémentaire d’IRCC. Le gestionnaire d’IRCC prévoyait d’être en mesure d’accéder au rapport à partir du 26 avril 2021. Il pourrait ainsi [TRADUCTION] « poursuivre le traitement [du] dossier en vue de parvenir à une décision ».

[21] Peu après avoir déposé sa demande de *mandamus*, M. Abu a demandé que le traitement du dossier soit accéléré. La requête en ce sens m’a été présentée le 13 avril 2021. Après avoir entendu les parties, j’ai fixé un échéancier de sorte que les documents d’autorisation soient



I ordered that the matter would continue as a specially managed proceeding. (Subsequently, on May 14, 2021, I was appointed Case Management Judge in this matter.) I also ordered production of the CTR pursuant to sub-rule 14(2) of the FCCIRPR.

[22] On May 25, 2021, I issued a direction requesting the parties to provide their availability for a hearing of the application for judicial review within the next 30 to 60 days. After that, for various reasons the matter did not move forward until the end of July 2021, when Mr. Abu brought this motion for an order directing the Minister to produce a CTR that complies with rule 17 of the FCCIRPR. This motion was eventually heard on September 23, 2021.

### III. Issues

[23] I would frame the issues raised in this motion as follows:

- (a) What is the scope of the requirement to produce a certified tribunal record in connection with an application for *mandamus*?

and

- (b) Has the Minister produced all the documents he is required to produce?

### IV. Analysis

- A. *What is the scope of the requirement to produce a certified tribunal record in connection with an application for mandamus?*

[24] The Minister submits that the requirement to produce a CTR in connection with a *mandamus* application arising under the IRPA should be interpreted in a “limited manner” and, further, that the documents at issue here fall outside the scope of the “limited” CTR he is required to produce.

finalisés au plus tard le 29 avril 2021. Le 6 mai 2021, j’ai ordonné que l’affaire se poursuive à titre d’instance à gestion spéciale. (Par la suite, le 14 mai 2021, j’ai été nommé juge responsable de la gestion de l’instance en l’espèce). J’ai également ordonné, en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR, la production du DCT.

[22] Le 25 mai 2021, j’ai émis une directive enjoignant aux parties de faire connaître leur disponibilité pour une audience sur la demande de contrôle judiciaire dans les 30 à 60 prochains jours. Après quoi, pour diverses raisons, l’affaire n’a pas progressé jusqu’à la fin du mois de juillet 2021, lorsque M. Abu a présenté la présente requête en vue d’obtenir une ordonnance enjoignant au ministre de produire un DCT conforme à la règle 17 des Règles CIPR. La requête a finalement été entendue le 23 septembre 2021.

### III. Questions en litige

[23] J’énoncerais ainsi les questions soulevées par la présente requête :

- a) Quelle est la portée de l’exigence de produire un dossier certifié du tribunal dans le contexte d’une demande de *mandamus*?

et

- b) Le ministre a-t-il produit tous les documents qu’il est tenu de produire?

### IV. Analyse

- A. *Quelle est la portée de l’exigence de produire un dossier certifié du tribunal dans le contexte d’une demande d’ordonnance de mandamus?*

[24] Le ministre soutient que l’exigence de produire un DCT dans le contexte d’une demande de *mandamus* présentée en vertu de la LIPR devrait être interprétée [TRADUCTION] « restrictivement » et, en outre, que les documents en cause en l’espèce sont exclus du champ d’application du DCT [TRADUCTION] « restreint » qu’il est tenu de produire.

[25] In support of this submission, the Minister relies on *Alberta Wilderness Association v. Canada (Attorney General)*, 2013 FCA 190, 362 D.L.R. (4th) 145 [*Alberta Wilderness Association*]. In that decision, the Federal Court of Appeal determined that rule 317 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, which is the usual mechanism for obtaining material from a tribunal relevant to an application for judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, does not apply when the application in question is for an order of *mandamus*. This is because it is a necessary precondition for a request under this rule that the tribunal have made an order that is now the subject of an application for judicial review. When, as is the case in an application for *mandamus*, there is no express decision under review, rule 317 [*Federal Courts Rules*] does not apply and, consequently, no record can be requested under it.

[26] The Minister acknowledges that rule 317 does not apply to judicial review proceedings arising under the IRPA and, further, that there are distinct rules under the FCCIRPR governing the production of CTRs in citizenship, immigration, and refugee matters. However, the Minister argues that these rules should be interpreted harmoniously with rule 317, as that provision has been interpreted in *Alberta Wilderness Association*. More specifically, as set out in the Minister's written representations on this motion, the Court should "interpret CTR production requirements for *mandamus* applications in a limited manner, irrespective of whether they are under Rule 317 or Rule 17 of the *FCCIRPR*". According to the Minister, properly interpreted, the rules governing the production of a CTR do not require him to produce the documents that are admittedly missing from the CTR that was produced. This motion should therefore be dismissed.

[27] For the following reasons, I do not agree.

[28] First, as the Minister acknowledges, the FCCIRPR adopts a distinct approach to the production of a CTR that

[25] Le ministre fonde sa position sur l'arrêt *Alberta Wilderness Association c. Canada (Procureur général)*, 2013 CAF 190 (*Alberta Wilderness Association*). Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a établi que la règle 317 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, qui est le mécanisme habituel en vertu duquel les parties à une demande peuvent obtenir d'un office fédéral les documents pertinents quant à une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), c. F-7, ne s'applique pas lorsque la demande en cause porte sur une ordonnance de *mandamus*. La raison est que la condition préalable à une demande présentée en vertu de cet article veut que l'office fédéral ait rendu une ordonnance qui fait alors l'objet d'une demande de contrôle judiciaire. Lorsque, comme c'est le cas dans une demande de *mandamus*, il n'y a pas de décision expresse faisant l'objet d'un contrôle, la règle 317 [des *Règles des Cours fédérales*] ne s'applique pas et, par conséquent, il ne peut être utilisé pour demander la production d'un document.

[26] Le ministre reconnaît que la règle 317 ne s'applique pas à une procédure de contrôle judiciaire engagée en vertu de la LIPR et, de plus, que des règles distinctes prévues dans les Règles CIPR régissent la production d'un DCT en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés. Toutefois, le ministre soutient que les Règles CIPR devraient être interprétées en harmonie avec la règle 317, comme ce fut le cas dans l'arrêt *Alberta Wilderness Association*. Plus précisément, comme le font valoir les observations écrites du ministre relatives à la présente requête, la Cour devrait [TRADUCTION] « interpréter restrictivement les exigences de production d'un DCT applicables aux demandes de *mandamus*, indépendamment du fait qu'elles relèvent de la règle 317 ou de la règle 17 des Règles CIPR ». Selon le ministre, correctement interprétées, les règles qui régissent la production d'un DCT ne l'obligent pas à produire les documents qui, de toute évidence, ne sont pas inclus dans le DCT qui a été produit. La requête devrait donc être rejetée.

[27] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas de son avis.

[28] Premièrement, comme le reconnaît le ministre, les Règles CIPR prévoient une démarche distincte pour

expressly excludes the application of rule 317 [*Federal Courts Rules*]: see rule 4 of the FCCIRPR. Caution should therefore be exercised when interpreting the former in light of the latter. (This is not to say that the interpretation of one will never assist the interpretation of the other. As discussed below, it is well established that the test for relevance is the same under rule 17 [FCCIRPR] and rule 317 [*Federal Courts Rules*].)

[29] Second, unlike rule 317, which requires that the tribunal have made an order that is the subject of the application for judicial review, the FCCIRPR does not contain any such requirement. As Justice Tremblay-Lamer held in *Douze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 1086, 375 F.T.R. 195 [*Douze*], at paragraph 17, rule 17 is broader than rule 317. Unlike rule 317, there is nothing in the wording of rule 17 that precludes its application to *mandamus* applications. Significantly, *Alberta Wilderness Association* simply states the Federal Court of Appeal's agreement with Federal Court jurisprudence interpreting rule 317, the very jurisprudence the Minister had relied on earlier in *Douze* but which Justice Tremblay-Lamer found to be inapplicable to rule 17: compare *Douze*, at paragraph 15 and *Alberta Wilderness Association*, at paragraph 39. I do not agree with the Minister that *Alberta Wilderness Association* calls this determination into question.

[30] Third, the mechanisms for obtaining a CTR under rule 317 [*Federal Courts Rules*], on the one hand, and under the FCCIRPR, on the other, are entirely different. Rule 317 provides that, in connection with an application for judicial review, a party may request material relevant to the application from the tribunal whose order is the subject of the application. Such a request may be made as long as an application for judicial review of a decision of the tribunal has been commenced. Indeed, the request for the tribunal record may be included in the originating notice of application for judicial review: see subsection 317(2). In contrast, under the FCCIRPR, the CTR is

la production d'un DCT qui exclut expressément l'application de la règle 317 [des *Règles des Cours fédérales*]: voir la règle 4 des Règles CIPR. Il convient donc de faire preuve de prudence dans l'interprétation de la première à la lumière de la seconde. (Cela ne veut pas dire que l'interprétation de l'une n'aidera jamais à interpréter l'autre. Comme nous le verrons plus loin, il est bien établi que le critère de la pertinence est le même en ce qui concerne la règle 17 [des *Règles CIPR*] qu'en ce qui concerne la règle 317 [des *Règles des Cours fédérales*]).

[29] Deuxièmement, contrairement à la règle 317, qui prévoit que l'office fédéral doit avoir rendu une ordonnance qui fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire, les Règles CIPR n'imposent rien en ce sens. Comme l'a écrit la juge Tremblay-Lamer dans la décision *Douze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 1086 (*Douze*) (au paragraphe 17), la règle 17 a une portée élargie relativement à la règle 317. Contrairement au libellé de la règle 317, il n'y a rien dans celui de la règle 17 qui empêche son application aux demandes de *mandamus*. Il convient de souligner que l'arrêt *Alberta Wilderness Association* ne fait qu'énoncer l'accord de la Cour d'appel fédérale avec les décisions prononcées par les juges de la Cour fédérale relativement à la règle 317, qui forme la jurisprudence même sur laquelle le ministre s'était appuyé plus tôt dans *Douze*, mais que la juge Tremblay-Lamer avait jugée inapplicable à la règle 17: comparer *Douze*, au paragraphe 15, et *Alberta Wilderness Association*, au paragraphe 39. Je ne suis pas d'accord avec le ministre pour dire que l'arrêt *Alberta Wilderness Association* permet de douter de l'autre décision.

[30] Troisièmement, les mécanismes d'obtention d'un DCT en vertu de la règle 317 [des *Règles des Cours fédérales*], d'une part, et en vertu des Règles CIPR, d'autre part, sont complètement différents. La règle 317 prévoit que, dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire, une partie peut demander des documents pertinents quant à la demande à l'office fédéral dont l'ordonnance fait l'objet de la demande. Une telle demande peut être faite à condition qu'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de l'office ait été introduite. En effet, un demandeur peut inclure sa demande de transmission de documents dans son avis de demande de contrôle judiciaire

produced in response to a Court order. Importantly, the requirement for leave to proceed with an application for judicial review in citizenship, immigration and refugee matters (including *mandamus* applications) provides a check on abusive production requests that is absent in other areas of administrative decision making. Subject to the settlement project (about which I will say more below), in immigration, refugee and citizenship matters, a CTR will be ordered produced only when a judge is satisfied that the application has sufficient merit to be permitted to proceed. Consequently, the concerns about a party using the production process for a collateral purpose or to impose unwarranted obligations on a tribunal that underlie a restrictive interpretation of rule 317 —see, for example, *Western Canada Wilderness Committee v. Canada (Minister of the Environment)*, 2006 FC 786, 55 Admin. L.R. (4th) 166, [2007] 1 F.C.R. D-16, which is cited with approval in *Alberta Wilderness Association*—do not arise under the FCCIRPR: see *Douze*, at paragraph 18.

[31] Fourth, at the risk of belabouring the obvious, in proceedings governed by the FCCIRPR, the CTR is produced in response to a court *order*, not simply a request from a party. (Under the *Federal Courts Rules*, the Court becomes involved only if there is an objection to production: see rule 318.) Unless or until the production order is varied or set aside, the Minister must comply with it.

[32] The production of a CTR under the FCCIRPR happens in either of two ways. Under subrule 14(2) [FCCIRPR], a judge may, by order, require the tribunal to produce its record (or parts thereof) where the judge “considers that documents in the possession or control of the tribunal are required for the proper disposition of the application for leave”. Subrule 14(4) [FCCIRPR] provides that, on receipt of an order under subrule 14(2), “the tribunal shall, without delay, send a copy of the materials specified in the order, duly certified by an appropriate officer to be correct”, to the parties and to the Court. As

introduit d’instance : voir le paragraphe 317(2). En revanche, conformément aux Règles CIPR, le DCT est produit en réponse à une ordonnance du tribunal. J’aimerais faire remarquer que l’exigence d’obtenir une autorisation pour présenter une demande de contrôle judiciaire en matière de citoyenneté, d’immigration et de protection des réfugiés (y compris toute demande de *mandamus*) constitue une mesure de contrôle des requêtes en production abusives qui n’existe pas dans d’autres domaines de prise de décisions administratives. Sous réserve du projet visant à faciliter les discussions de règlement (sur lequel je reviendrai plus loin) dans les instances en matière d’immigration, de protection des réfugiés et de citoyenneté, la production d’un DCT ne sera ordonnée que si un juge est convaincu que la demande est suffisamment fondée pour être autorisée. Par conséquent, les questions concernant l’utilisation par une partie du processus de production à des fins accessoires ou pour imposer des exigences injustifiées à un office fédéral, qui sous-tendent une interprétation restrictive de la règle 317 — voir, par exemple, la décision *Western Canada Wilderness Committee c. Canada (Ministre de l’Environnement)*, 2006 CF 786, [2007] 1 R.C.F. F-21, qui est citée avec approbation dans l’arrêt *Alberta Wilderness Association* — ne se posent pas dans le cadre des Règles CIPR : voir *Douze*, au paragraphe 18.

[31] Quatrièmement, au risque d’insister sur l’évidence, dans les instances régies par les Règles CIPR, le DCT est produit en réponse à une *ordonnance* de la Cour, et non simplement à la demande d’une partie. (Selon les *Règles des Cours fédérales*, la Cour n’intervient que s’il y a une objection à la production : voir la règle 318.) À moins ou jusqu’à ce que l’ordonnance de production soit modifiée ou annulée, le ministre doit s’y conformer.

[32] La production d’un DCT en vertu des Règles CIPR se fait de deux façons. Selon le paragraphe 14(2) [des Règles CIPR], un juge peut, par ordonnance, exiger du tribunal administratif qu’il produise son dossier (ou des parties de celui-ci) lorsqu’il « décide que les documents en la possession ou sous la garde du tribunal administratif sont nécessaires pour décider de la demande d’autorisation ». Le paragraphe 14(4) [des Règles CIPR] prévoit que, dès réception de l’ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2), « le tribunal administratif envoie à chacune des parties une copie des documents spécifiés, certifiée

drafted, this rule provides for the production of discrete documents which are identified by the Court as being necessary for the proper disposition of the leave application. However, under the Federal Court's settlement project for matters arising under the IRPA, production orders under subrule 14(2) are also used to put the full CTR in the hands of the parties in selected cases so that they are equipped to conduct meaningful settlement discussions within a short timeframe after leave has been granted: see the notice to the profession dated July 4, 2019, describing this project. (The settlement project was initially a pilot project limited to matters filed in Toronto. It has now been expanded nationally.)

[33] The other way a CTR is produced under the FCCIRPR is in response to an order under rule 15 [FCCIRPR] granting an application for leave. More particularly, paragraph 15(1)(b) provides that an order granting an application for leave “shall specify the time limit within which the tribunal is to send copies of its record required under Rule 17”. Rule 17 [FCCIRPR], in turn, provides that, on receipt of an order under rule 15, “a tribunal shall, without delay” prepare and send to the parties and to the Court a record certified to be correct containing the following:

- (a) the decision or order in respect of which the application for judicial review is made and the written reasons given therefor,
- (b) all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal,
- (c) any affidavits, or other documents filed during any such hearing, and
- (d) a transcript, if any, of any oral testimony given during the hearing, giving rise to the decision or order or other matter that is the subject of the application for judicial review.

conforme par un fonctionnaire compétent, et au greffe de la Cour ». Tel qu'elle est rédigée, la règle prévoit la production de documents spécifiés qui sont considérés par la Cour comme étant nécessaires pour permettre le traitement adéquat de la demande d'autorisation. Cependant, dans le cadre du projet de la Cour fédérale visant à faciliter les discussions de règlement dans les instances en vertu de la LIPR, les ordonnances de production rendues conformément au paragraphe 14(2) sont également utilisées pour transmettre le DCT complet aux parties dans des cas particuliers afin qu'elles aient tout ce dont elles ont besoin pour mener des discussions de règlement efficaces dans un court délai après l'octroi de l'autorisation : voir l'avis à la communauté juridique du 4 juillet 2019, qui décrit ce projet. (Le projet de règlement était initialement un projet pilote limité aux dossiers déposés à Toronto. Il est maintenant étendu à l'échelle nationale).

[33] L'autre façon dont un DCT est produit en vertu des Règles CIPR est en réponse à une ordonnance faisant droit à une demande d'autorisation présentée en vertu de la règle 15 [des Règles CIPR]. Plus précisément, l'alinéa 15(1)b) prévoit qu'une ordonnance faisant droit à une demande d'autorisation « spécifie le délai accordé au tribunal administratif pour envoyer des copies de son dossier, prévu à l'article 17 ». La règle 17 [des Règles CIPR], quant à elle, prévoit que, « dès réception de l'ordonnance visée à la règle 15, le tribunal administratif » constitue et envoie aux parties et à la Cour un dossier certifié conforme composé des pièces suivantes :

- a) la décision ou l'ordonnance visée par la demande de contrôle judiciaire, ainsi que les motifs écrits y afférents;
- b) tous les documents pertinents quant au dossier qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif;
- c) les affidavits et autres documents déposés lors de l'audition;
- d) la transcription, s'il y a lieu, de tout témoignage donné de vive voix à l'audition qui a permis d'aboutir à la décision, à l'ordonnance, à la mesure ou à la question visée par la demande de contrôle judiciaire.

[34] Whether under rule 15 or, in connection with the settlement project, under subrule 14(2), it is the uniform practice of the Court to order the production of a CTR in the case of *mandamus* applications that meet the test for leave. Indeed, as noted above, such an order was made in this case under subrule 14(2). Apart from the disputed documents, this order was complied with through the production of a CTR under covering letter dated May 10, 2021.

[35] The Minister does not appear to want to go as far as saying that rule 17 of the FCCIRPR has no application at all to *mandamus* applications and that there is therefore no requirement to produce a CTR in this case. Rather, relying on *Alberta Wilderness Association*, he urges an interpretation of rule 17 that would give rise to only a “limited” obligation to produce a CTR. However, I do not understand how rule 317 [*Federal Courts Rules*], as interpreted in *Alberta Wilderness Association*, could be said to give rise to a “limited” requirement to produce a CTR in *mandamus* applications, as the Minister suggests. According to *Alberta Wilderness Association*, rule 317 simply does not apply when an order of *mandamus* is sought (because there is no decision or order that is the subject of the application). Apart from this proposition, I do not see how *Alberta Wilderness Association* could have any bearing on the interpretation of rule 17 [FCCIRPR], as the Minister submits it should. However, under the “harmonious” interpretation urged by the Minister, rule 17 would not apply either if, like rule 317, it required that there be a decision or order that is subject to judicial review. That is to say, in relation to *mandamus* applications, rule 17 would not apply in a “limited manner” but, rather, not at all. As Justice Tremblay-Lamer pointed out in *Douze*, the logical result of an interpretation of rule 17 that, like rule 317, required there to be a decision or order under review is that no documents would ever be required to be produced under that rule in the context of a *mandamus* application (at paragraph 14). This is contrary to established practice in *mandamus* applications under the IRPA. It is also difficult to reconcile with the fact that the Minister has produced a CTR in this matter (albeit one whose completeness is in dispute).

[34] Que ce soit en vertu de la règle 15 ou, dans le cadre du projet visant à faciliter les discussions de règlement, en vertu du paragraphe 14(2), la Cour a pour pratique uniforme d’ordonner la production d’un DCT dans le cas de demandes de *mandamus* qui répondent aux critères d’autorisation. En effet, comme indiqué ci-dessus, une ordonnance de *mandamus* a été rendue en l’espèce en vertu du paragraphe 14(2). Sauf pour ce qui est des documents en litige, l’ordonnance a été exécutée par la production d’un DCT accompagné d’une lettre de présentation datée du 10 mai 2021.

[35] Le ministre ne semble pas vouloir aller jusqu’à dire que la règle 17 des Règles CIPR ne s’applique pas du tout aux demandes de *mandamus* et qu’il n’y a donc aucune obligation de produire un DCT en l’espèce. Il s’appuie plutôt sur l’arrêt *Alberta Wilderness Association* pour préconiser une interprétation de la règle 17 qui ne donnerait lieu qu’à une obligation « restreinte » de produire un DCT. Toutefois, je ne comprends pas comment on pourrait dire que la règle 317 [des *Règles des Cours fédérales*], selon son interprétation dans l’arrêt *Alberta Wilderness Association*, pourrait donner lieu à une obligation « restreinte » de produire un DCT dans les demandes de *mandamus*, comme le ministre le donne à penser. Selon l’arrêt *Alberta Wilderness Association*, la règle 317 ne s’applique tout simplement pas lorsqu’une ordonnance de *mandamus* est demandée (parce qu’aucune décision ou ordonnance ne fait l’objet de la demande). En dehors de l’argument qui précède, je ne vois pas en quoi l’arrêt *Alberta Wilderness Association* pourrait avoir une quelconque incidence sur l’interprétation de la règle 17 [des Règles CIPR], comme le ministre le prétend. Toutefois, selon l’interprétation « harmonieuse » préconisée par le ministre, la règle 17 ne s’appliquerait pas non plus si, comme la règle 317, il exigeait qu’il y ait une décision ou une ordonnance qui fasse l’objet d’un contrôle judiciaire. En d’autres termes, en ce qui concerne les demandes de *mandamus*, la règle 17 ne s’appliquerait pas « restrictivement »; elle ne s’appliquerait pas, tout simplement. Comme l’a souligné la juge Tremblay-Lamer dans *Douze*, le résultat logique d’une interprétation de la règle 17 qui, comme la règle 317, exigerait qu’il y ait une décision ou une ordonnance faisant l’objet d’un contrôle, est qu’aucun document ne devrait jamais être produit en vertu de cet article dans le contexte d’une demande de *mandamus*.

[36] Before leaving this subject, I should acknowledge that rule 17 operates somewhat awkwardly when the underlying application for judicial review is an application for *mandamus*. When a tribunal has made a decision and that decision becomes subject to judicial review, by the very nature of the matter, the decision-making process will have concluded by the time an order for the production of the CTR is made. When responding to such an order, it makes abundant sense as a general rule to fix the tribunal's record as of the time the decision was made and to produce a CTR accordingly: see *Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 128, 410 D.L.R. (4th) 128, at paragraphs 112–113. On the other hand, in the case of an application for *mandamus*, given that no decision has been made, the decision-making process can still be ongoing even after the CTR has been produced. As a result, the CTR may be only a snapshot of the tribunal's record as it was at the moment when it was compiled into the CTR; it will obviously omit any relevant documents or information that post-date its preparation. (Of course, documents or information that post-date the preparation of the CTR can still find their way into the record by way of the parties' further materials, including affidavits and cross-examinations, as provided for in the standard form of the order granting an application for leave: see subrule 15(1) of the FCCIRPR.)

[37] Be that as it may, it is not this awkwardness that gives rise to the central dispute between the parties in the present matter. Instead, their dispute relates to the completeness of the CTR as of May 10, 2021, the date on which it was submitted to the Court. For the reasons set out above, I do not agree with the Minister that *Alberta Wilderness Association* casts any doubt on the settled understanding of the scope of the requirements of rule 17 of the FCCIRPR in relation to *mandamus* applications.

(au paragraphe 14). Cela est contraire à la pratique établie dans les demandes de *mandamus* présentées en vertu de la LIPR et également difficile à concilier avec le fait que le ministre a produit un DCT en l'espèce (même si son exhaustivité est contestée).

[36] Avant de laisser le sujet, il me faut reconnaître que la règle 17 fonctionne de manière quelque peu étrange lorsque la demande de contrôle judiciaire sous-jacente est une demande de *mandamus*. Lorsqu'un tribunal administratif a rendu une décision et que cette décision fait l'objet d'un contrôle judiciaire, étant donné la nature même de l'affaire, le processus décisionnel sera terminé au moment où une ordonnance de production du DCT sera rendue. En réponse à une telle ordonnance, il est très logique, en règle générale, de corriger le dossier du tribunal au moment où la décision a été rendue et de produire un DCT en conséquence : voir l'arrêt *Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 128, aux paragraphes 112–113. D'autre part, dans le cas d'une demande de *mandamus*, étant donné qu'aucune décision n'a été rendue, le processus décisionnel peut se poursuivre même après la production du DCT. Par conséquent, le DCT peut n'être qu'un instantané du dossier du tribunal tel qu'il était au moment de sa constitution; il ne contiendra évidemment pas les documents ni les renseignements pertinents postérieurs à sa préparation. (Bien entendu, les documents ou renseignements postérieurs à la préparation du DCT peuvent encore être versés au dossier par les parties comme autres documents, notamment les affidavits et les contre-interrogatoires, comme le prévoit la forme standard de l'ordonnance faisant droit à une demande d'autorisation : voir le paragraphe 15(1) des Règles CIPR).

[37] Quoi qu'il en soit, l'étrangeté de la règle n'est pas la question au cœur du litige entre les parties en l'espèce. Le litige porte plutôt sur l'exhaustivité du DCT au 10 mai 2021, date à laquelle il a été soumis à la Cour. Pour les motifs qui précèdent, je ne suis pas d'accord avec le ministre pour dire que l'arrêt *Alberta Wilderness Association* jette un doute sur la compréhension établie de la portée des exigences prévues à la règle 17 des Règles CIPR dans le cas des demandes de *mandamus*.

[38] The next question, then, is whether the Minister has produced a complete CTR in accordance with rule 17, as the Court ordered him to do. I turn to this now.

*B. Has the Minister produced all the documents he is required to produce?*

[39] Mr. Abu submits that, contrary to what is required by paragraph 17(b) [FCCIRPR], the Minister has not produced “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal”. According to Mr. Abu, the Minister should be ordered to produce the missing documents to bring the required production into compliance with rule 17.

[40] Before explaining why I agree with Mr. Abu, I pause to note that, strictly speaking, rule 17 is engaged only indirectly in this case. This is because an order granting leave under rule 15 has not been made yet and this is a precondition for triggering the requirement to produce a CTR under rule 17. Instead, as noted above, the Court ordered the tribunal to produce a certified copy of its record pursuant to subrule 14(2) of the FCCIRPR. It is the common understanding of the parties—with which I agree—that the purpose of this order was to have a CTR produced in accordance with rule 17. It is also important to point out that, as part of the case management of this matter, the parties have been informed that an order granting leave will be issued in due course. However, to complicate matters somewhat, in accordance with the standard form of such orders when an earlier order has been made under subrule 14(2), the order granting leave under rule 15 will not require the tribunal to produce another copy of the CTR. Thus, strictly speaking, rule 17 will never be engaged directly. Nevertheless, given the intended purpose of the order under subrule 14(2) in this case, the parties properly focused their submissions on the substantive question of whether the requirements of paragraph 17(b) have been met.

[38] La prochaine question consiste alors à savoir si le ministre a produit un DCT complet conformément à la règle 17, comme la Cour lui a ordonné de le faire. C’est ce que je vais examiner maintenant.

*B. Le ministre a-t-il produit tous les documents qu’il est tenu de produire?*

[39] M. Abu soutient que, contrairement à ce qu’exige l’alinéa 17b) [des Règles CIPR], le ministre n’a pas produit « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif ». Selon M. Abu, il faudrait ordonner au ministre de produire les documents manquants pour que la production exigée soit conforme à la règle 17.

[40] Avant d’expliquer pourquoi je suis d’accord avec M. Abu, j’aimerais faire remarquer qu’au sens strict, la règle 17 n’est concerné qu’indirectement en l’espèce. En effet, aucune ordonnance faisant droit à une demande d’autorisation présentée en vertu de la règle 15 n’a été rendue, ce qui est une condition préalable pour déclencher l’obligation de produire un DCT en vertu de la règle 17. Au lieu de cela, comme susmentionné, la Cour, en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR, a ordonné au tribunal administratif de produire une copie certifiée de son dossier. Les parties reconnaissent — et je suis d’accord avec elles — que l’objectif de l’ordonnance était de faire produire un DCT conforme à la règle 17. Il est également important de souligner que, dans le cadre de la gestion de l’instance en l’espèce, les parties ont été informées qu’une ordonnance faisant droit à la demande d’autorisation serait rendue en temps utile. Toutefois, pour compliquer quelque peu les choses, conformément à la forme standard d’une telle ordonnance lorsqu’une ordonnance antérieure a été rendue en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR, l’ordonnance faisant droit à la demande d’autorisation présentée en vertu de la règle 15 n’exigera pas du tribunal administratif qu’il produise une autre copie du DCT. Ce qui signifie, à proprement parler, que la règle 17 ne sera jamais appliqué directement. Néanmoins, étant donné l’objectif de l’ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2) en l’espèce, les parties ont correctement axé leurs observations sur la question de fond de savoir si les exigences énoncées à l’alinéa 17b) sont satisfaites.



[41] In this regard, the present case may be contrasted with *Tursunbayev v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 532, and *Abdulahad v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 174 (CanLII), where motions were brought at the pre-leave stage for orders under subrule 14(2) of the FCCIRPR. At that stage, the only issue is whether “documents in the possession or control of the tribunal are required for the proper disposition of the application for leave”. In contrast, under paragraph 17(b), the issue is whether the disputed papers in the possession or control of the tribunal are “relevant to the matter”—i.e. to the application for judicial review for which leave to proceed will be granted.

[42] This brings us, finally, to the question of relevance.

[43] I begin by noting that one of the usual indicators of relevance in the judicial review context—was the document or information before the tribunal when it made its decision?—does not apply in a *mandamus* application because it is the failure or refusal of the tribunal to make a decision that has prompted the application in the first place. While this is a sound indicator of relevance when a decision is being reviewed, it is not exhaustive of the concept of relevance in the judicial review context generally. It is well established that the test for relevance in the context of the production of a CTR is whether a document in the possession or control of the tribunal in question “may affect the decision that the Court will make on the application” (*Canada (Human Rights Commission) v. Pathak*, [1995] 2 F.C. 455 [at page 460], 1995 CarswellNat 666, at paragraph 10 (WL Can.) (C.A.)). The test is the same whether one is under rule 317 [*Federal Courts Rules*] or rule 17 [FCIRPR]: see *Douze*, at paragraph 19; see also *Nguesso v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 102, 474 F.T.R. 217, at paragraph 94. Relevance must be determined in relation to the grounds of review and any affidavit filed in support of the application: *Pathak*, at paragraph 10.

[41] À cet égard, la présente affaire peut être mise en contraste avec *Tursunbayev c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 532, et *Abdulahad c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 174 (CanLII), où des requêtes ont été présentées à l'étape préalable à l'autorisation en vue d'obtenir des ordonnances en vertu du paragraphe 14(2) des Règles CIPR. À cette étape, la seule question qui se pose est de savoir si « les documents en la possession ou sous la garde du tribunal administratif sont nécessaires pour décider de la demande d'autorisation ». En revanche, en vertu de l'alinéa 17b), la question est de savoir si les documents en litige en la possession ou sous la garde du tribunal administratif sont « pertinents » quant à l'affaire — c'est-à-dire quant à la demande de contrôle judiciaire pour laquelle l'autorisation de procéder sera accordée.

[42] Nous arrivons ainsi, finalement, à la question de la pertinence.

[43] Je commencerai par signaler que l'un des indicateurs habituels de la pertinence dans le contexte du contrôle judiciaire — le document ou les renseignements étaient-ils à la disposition du tribunal administratif lorsqu'il a rendu sa décision? — ne s'applique pas dans le cas d'une demande de *mandamus*, car c'est le défaut ou le refus du tribunal administratif de rendre une décision qui est à l'origine de la demande. Bien qu'il s'agisse d'un indicateur fiable de la pertinence lorsqu'une décision fait l'objet d'un contrôle, il ne couvre pas l'ensemble du concept de la pertinence dans le contexte général du contrôle judiciaire. Il est bien établi que le critère de la pertinence dans le contexte de la production d'un DCT est de savoir si un document en possession ou sous la garde du tribunal administratif en question « peut influencer sur la manière dont la Cour disposera de la demande » (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Pathak*, [1995] 2 C.F. 455 (C.A.) [à la page 460], 1995 CarswellNat 666F, au paragraphe 10 (WL Can.) (C.A.)). Le critère est le même, qu'il s'agisse de la règle énoncée à la règle 317 [des *Règles des Cours fédérales*] ou de celle énoncée à la règle 17 : voir *Douze*, au paragraphe 19; voir également *Nguesso c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 102, au paragraphe 94. La pertinence doit être établie en fonction des motifs de contrôle énoncés dans l'avis de requête introductive d'instance et l'affidavit produits : *Pathak*, au paragraphe 10.

[44] When the application for judicial review seeks an order of *mandamus*, relevance must be further determined in relation to the eight requirements stemming from *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742, (1993), 162 N.R. 177 (C.A.). These requirements were summarized in *Lukacs v. Canada (Transportation Agency)*, 2016 FCA 202, 488 N.R. 395, at paragraph 29 as follows:

- (1) there must be a legal duty to act;
- (2) the duty must be owed to the applicant;
- (3) there must be a clear right to performance of that duty;
- (4) where the duty sought to be enforced is discretionary, certain additional principles apply;
- (5) no adequate remedy is available to the applicant;
- (6) the order sought will have some practical value or effect;
- (7) the Court finds no equitable bar to the relief sought; and
- (8) on a balance of convenience an order of *mandamus* should be issued.

[45] Justice Little recently offered the following concise description of the remedy of *mandamus*:

*Mandamus* is an order that compels the performance of a public legal duty. The duty is typically set out in a statute or regulation. An order of *mandamus* is the Court's response to a public decision-maker that fails to carry out a duty, on successful application by an applicant to whom the duty is owed and who is currently entitled to the performance of it. The test for *mandamus* thus requires careful consideration of the statutory, regulatory or other public obligation at issue, to determine whether the decision-maker has an obligation to act in a particular manner as proposed by an applicant and whether the factual circumstances have triggered performance of the obligation in favour of the applicant.

(*Wasylynuk v. Canada (Royal Mounted Police)*, 2020 FC 962, at paragraph 76.)

[44] Lorsque la demande de contrôle judiciaire vise à obtenir une ordonnance de *mandamus*, la pertinence doit être précisée en fonction des huit conditions dégagées dans la décision *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 (C.A.). Ces conditions sont résumées comme suit dans l'arrêt *Lukacs c. Canada (Office des transports)*, 2016 CAF 202, au paragraphe 29 :

- (1) il doit exister une obligation légale d'agir à caractère public;
- (2) l'obligation doit exister envers le requérant;
- (3) il existe un droit clair d'obtenir l'exécution de cette obligation;
- (4) lorsque l'obligation dont on demande l'exécution forcée est discrétionnaire, des principes additionnels s'appliquent;
- (5) le requérant n'a aucun autre recours;
- (6) l'ordonnance sollicitée aura une incidence sur le plan pratique;
- (7) le tribunal estime que rien n'empêche d'obtenir le redressement demandé;
- (8) compte tenu de la balance des inconvénients, une ordonnance de *mandamus* devrait être rendue.

[45] Le juge Little a récemment proposé la description concise suivante du recours à un *mandamus* :

L'ordonnance de *mandamus* vise à contraindre l'exécution d'une obligation légale d'agir à caractère public. Cette obligation est généralement énoncée dans une loi ou un règlement. Une ordonnance de *mandamus* constitue la réponse de la Cour à l'omission, par un décideur, d'exécuter une obligation, et ce, par suite de la demande fructueuse d'un demandeur qui bénéficie de cette obligation et qui est en droit, au moment où il saisit la Cour, d'en réclamer l'exécution. Le critère applicable au *mandamus* exige donc un examen rigoureux de l'obligation publique de nature légale, réglementaire ou autre qui est en jeu, ce qui permet au tribunal de déterminer si le décideur est contraint d'agir d'une façon particulière, comme le prétend le demandeur en l'espèce, et si les circonstances ont rendu nécessaire l'exécution de cette obligation en faveur du demandeur.

(*Wasylynuk c. Canada (Gendarmerie royale)*, 2020 CF 962, au paragraphe 76.)

[46] A key consideration in determining whether an applicant is entitled to the performance of a duty to make a decision is whether the tribunal has taken unreasonably long to do so: see, *Conille v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 F.C. 33, (1998), 1998 CanLII 9097 (T.D.); *Abdolkhaleghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 729, 46 Imm. L.R. (3d) 19, at paragraph 13; *Almuhtadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 712, at paragraph 31; and *Canada (Attorney General) v. Sharafaldin*, 2021 FC 22, at paragraphs 41–44. Documents and information compiled by the tribunal responsible for making the decision can have a direct bearing on this question. While *Alberta Wilderness Association* held that, since only the failure to make a decision is in issue in an application for *mandamus*, “the documents before the decision-make[r] are irrelevant, except for certain narrow exceptions” (at paragraph 39), I do not read this *obiter* comment so broadly as to overturn the well-established principle that the reasonableness of the delay in making a decision is a central issue in *mandamus* applications and, as a result, that documents or information bearing on this question are therefore relevant to the application.

[47] This question is squarely engaged in this case. Documents relating to the processing of Mr. Abu’s application can be expected to shed light on why a decision has not been made yet and whether the delay is reasonable or not. Consequently, any documents relating to this question (or, of course, to any other aspect of the test for *mandamus*) are relevant and must be included in the CTR (provided they are in the possession or control of the tribunal responsible for making the outstanding decision).

[48] As noted above, the Minister argues in the alternative that, if something more than a “limited” CTR is required on a *mandamus* application, the present motion should be granted only in part and he should only be required to provide updated case processing notes up to the date the CTR was produced. I agree that this concession (in the alternative) is well-founded. I would, however, go farther than the Minister proposes.

[46] Pour statuer sur le droit d’un demandeur à l’exécution de l’obligation de rendre une décision, il faut notamment trancher la question de savoir si le tribunal administratif prend un temps déraisonnable pour s’exécuter : *Conille c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 C.F. 33, 1998 CanLII 9097 (1re inst.); *Abdolkhaleghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CF 729, au paragraphe 13; *Almuhtadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 712, au paragraphe 31; et *Canada (Procureur général) c. Sharafaldin*, 2021 CF 22, aux paragraphes 41–44. Les documents et les renseignements qui sont en la possession du tribunal administratif chargé de rendre la décision peuvent avoir une incidence directe sur la question. Bien que, selon *Alberta Wilderness Association*, puisque seule l’absence de décision est en cause dans une demande de *mandamus*, « les documents en la possession du décideur ne sont pas pertinents, sous réserve de quelques exceptions bien précises » (au paragraphe 39), je n’interprète pas la remarque incidente précédente si largement au point de renverser le principe bien établi selon lequel le caractère raisonnable du retard à rendre une décision est une question centrale dans les demandes de *mandamus* et, par conséquent, les documents ou les renseignements portant sur la question sont donc pertinents quant à la demande.

[47] La question est directement en cause en l’espèce. On peut s’attendre à ce que les documents relatifs au traitement de la demande de M. Abu permettent de comprendre pourquoi une décision n’a pas encore été rendue et si le retard est raisonnable ou non. Par conséquent, tous les documents relatifs à la question (ou, bien sûr, à tout autre aspect du critère applicable à un *mandamus*) sont pertinents et doivent être inclus dans le DCT (attendu qu’ils sont en possession ou sous la garde du tribunal administratif chargé de rendre la décision en suspens).

[48] Comme nous l’avons déjà dit, le ministre soutient, à titre subsidiaire, que s’il était tenu de produire plus qu’un DCT « restreint » dans le contexte d’une demande de *mandamus*, la présente requête ne devrait être accueillie qu’en partie et qu’il ne devrait être tenu de fournir que des notes actualisées du traitement du dossier jusqu’à la date à laquelle le DCT a été produit. Je conviens que cette concession (à titre subsidiaire) est fondée. J’irais toutefois plus loin que ce que propose le ministre.

[49] First, it is clear (and the Minister does not dispute) that there are relevant GCMS notes that pre-date May 10, 2021—the date the CTR was produced—that are not included in the CTR. For example, apart from a reference to “possible derog[atory] information” being received by the Lagos office on October 21, 2020, no notes relating to the deactivation and subsequent cancellation of Mr. Abu’s work permit and visa in October 2020 are included in the original version of the CTR. While they may not bear directly on why a decision on the redetermination has not been made yet, any such notes provide important background and context to the question of whether the delay is reasonable given that Mr. Abu has been prevented from returning to Canada (where his wife and children remain) since October 2020.

[50] Further, pursuant to the settlement of the earlier application for judicial review, the redetermination of Mr. Abu’s eligibility for a work permit and TRV began in or around late December 2020. While it is evident that this application was being processed prior to February 18, 2021 (e.g. a procedural fairness letter was sent to Mr. Abu on January 7, 2021), the original CTR does not include any GCMS notes between December 9, 2020, and February 18, 2021. It is also apparent that processing of the application continued after February 18, 2021—for example, the receipt of the FINTRAC report and the request for and receipt of the NSSD report, as described by the IRCC manager in his affidavit. However, no GCMS notes relating to any of this activity have been produced. Given the usual record keeping practices of IRCC, I am satisfied that there are such notes. They are clearly relevant to the underlying application. So too is any correspondence relating to the FINTRAC and NSSD reports that pre-dates May 10, 2021.

[51] Finally, without limiting the generality of what else should be produced (provided that it is relevant and was in the possession or control of the Minister of Citizenship and Immigration as of May 10, 2021), the Minister must also produce any FINTRAC reports relating to Mr. Abu or his business activities as well as

[49] Premièrement, il existe manifestement (et le ministre ne le conteste pas) des notes pertinentes du SMGC antérieures au 10 mai 2021 — date à laquelle le DCT a été produit — qui ne sont pas incluses dans le DCT. Par exemple, à part une référence à la [TRADUCTION] « possibilité de renseignements préjudiciables » reçus par le bureau de Lagos le 21 octobre 2020, aucune note relative à la désactivation puis à l’annulation du permis de travail et du visa de M. Abu en octobre 2020 ne figure dans la version originale du DCT. Même si elles n’expliquent peut-être pas directement pourquoi une décision à la suite du nouvel examen n’a pas encore été rendue, ces notes fournissent des renseignements et des éléments de contexte importants pour établir si le retard est raisonnable étant donné que M. Abu n’a pas pu retourner au Canada (où se trouvent sa femme et ses enfants) depuis octobre 2020.

[50] De plus, conformément au règlement de la demande antérieure de contrôle judiciaire, le nouvel examen de l’admissibilité de M. Abu à un permis de travail et à un VRT a commencé vers la fin décembre 2020. Bien qu’il soit évident que cette demande était en cours de traitement avant le 18 février 2021 (par exemple, une lettre d’équité procédurale a été envoyée à M. Abu le 7 janvier 2021), le DCT original ne comprend aucune note du SMGC datée du 9 décembre 2020 au 18 février 2021. Il est également évident que le traitement de la demande a continué après le 18 février 2021 — par exemple, il a été question de la réception du rapport du CANAFE et de la demande et la réception du rapport de la DFSN, comme l’a décrit le gestionnaire d’IRCC dans son affidavit. Cependant, aucune note du SMGC n’a été produite à cet égard. Compte tenu des pratiques habituelles d’IRCC en matière de tenue de dossiers, je suis convaincu que des notes existent. Elles sont clairement pertinentes quant à la demande sous-jacente. Il en va de même de toute correspondance relative aux rapports du CANAFE et de la DFSN antérieure au 10 mai 2021.

[51] Enfin, sans préjudice de la portée générale des autres éléments qui devraient être produits (pourvu qu’ils soient pertinents et qu’ils aient été en possession ou sous la garde du ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration en date du 10 mai 2021), le ministre doit également produire tous les rapports du CANAFE

any CBSA reports—particularly, any reports from the NSSD—relating to Mr. Abu’s application for a work permit and visa. (I have singled out these particular reports only because they were referred to specifically in the IRCC manager’s affidavit as well as in the parties’ submissions on this motion; there may well be others.)

[52] The Minister acknowledges that FINTRAC and NSSD reports exist. I do not understand him to argue strongly, if at all, that they are irrelevant to the application for *mandamus*. To the extent that the Minister takes this position, I must disagree. There is a clear nexus between the FINTRAC report in particular and the fact that a decision has still not been made on the work permit and TRV application. Information in the report could, for example, bear on whether Mr. Abu is inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(b) of the IRPA for having engaged in money laundering in the context of transnational crime. The need to inquire further into this question could, in turn, explain why a decision on his application has still not been made. The FINTRAC report caused the processing of Mr. Abu’s application to be paused while further inquiries were undertaken, including an assessment by the CBSA. That assessment has yielded a report which is being considered in the processing of the application. All of this has a direct bearing on the question of unreasonable delay. These and any other relevant reports will provide insight into the level of activity surrounding the processing of the application as well as the complexity of the matter (cf. *Douze*, at paragraph 20).

[53] Apart from the question of relevance, the Minister appears to resist producing these reports at this time on three main grounds: first, Mr. Abu is using rule 17 [FCIRPR] for a collateral purpose (namely to obtain prematurely disclosure of information relating to a potential inadmissibility determination); second, Mr. Abu may very well receive this information in the future in any event as a matter of procedural fairness in the processing of his work permit and TRV application; and third, the

concernant M. Abu ou ses activités commerciales ainsi que tous les rapports de l’ASFC — en particulier les rapports de la DFSN — concernant la demande de permis de travail et de visa de M. Abu. (J’ai mis l’accent sur ces rapports précis uniquement parce qu’ils sont mentionnés spécifiquement dans l’affidavit du gestionnaire d’IRCC ainsi que dans les observations des parties sur la requête; il pourrait bien y en avoir d’autres).

[52] Le ministre reconnaît que les rapports du CANAFE et de la DFSN existent. Je ne comprends pas qu’il soutienne fermement, ni même qu’il soutienne tout court, qu’ils ne sont pas pertinents quant à la demande de *mandamus*. Dans la mesure où le ministre adopte la position qui précède, je me dois d’exprimer mon désaccord. Il existe un lien évident entre le rapport du CANAFE en particulier et le fait qu’aucune décision n’a encore été rendue concernant le permis de travail et la demande de VRT. Les renseignements contenus dans le rapport pourraient, par exemple, avoir une incidence sur la question de savoir si M. Abu est interdit de territoire au Canada en vertu de l’alinéa 37(1)b) de la LIPR pour s’être livré au blanchiment d’argent dans le contexte de la criminalité transnationale. La nécessité d’approfondir la question pourrait, à son tour, expliquer pourquoi la demande n’a toujours pas été tranchée. Le rapport du CANAFE a entraîné la suspension du traitement de la demande de M. Abu pendant que d’autres enquêtes étaient entreprises, notamment une évaluation par l’ASFC. Cette évaluation a donné lieu à un rapport dont il est tenu compte dans le traitement de la demande. Tout cela a une incidence directe sur la question du retard déraisonnable. Ces rapports mentionnés et tout autre rapport pertinent donneront un aperçu du degré d’activité entourant le traitement de la demande ainsi que du niveau de complexité de l’affaire (cf. *Douze*, paragraphe 20).

[53] Outre la question de la pertinence, le ministre semble s’opposer à la production de ces rapports à l’heure actuelle pour trois raisons principales : premièrement, M. Abu utilise la règle 17 [des Règles CIPR] à une fin accessoire (à savoir, obtenir la divulgation prématurée de renseignements relatifs à une décision éventuelle d’interdiction de territoire); deuxièmement, M. Abu pourrait très bien recevoir de toute façon ces renseignements à l’avenir pour une question d’équité procédurale dans le traitement

reports are in the nature of recommendations for a final decision on that application and, as such, they should not be produced now.

[54] In my view, none of these objections are tenable. With respect to the first objection, considering that the Court has determined that leave to proceed with the application for judicial review will be granted, there is no basis for any concern that Mr. Abu is abusing rule 17. It cannot be said that he is engaged in an improper fishing expedition or that he is seeking the documents for a collateral purpose. If the records are relevant to the judicial review application, they must be produced. Any overlap between the judicial review application and ongoing inquiries into Mr. Abu's potential inadmissibility (or his wife's, for that matter) is simply inherent in the nature of this case.

[55] With respect to the second objection, nothing in the rules permits the Minister to determine unilaterally *when* relevant documents should be produced. On the contrary, when triggered by an order under subrule 14(2) or rule 15 [FCIRPR], the Minister is required to produce the record "without delay" and, in any event, by the deadline specified in the order. Nor is there anything in the rules that permits the Minister to decline to include relevant documents in the CTR because they might end up being produced to an applicant in some other way.

[56] As discussed above, unlike an application for judicial review of a decision that has been made, in a *mandamus* application the decision-making process is presumably continuing after the application for judicial review has been commenced. Consequently, further disclosure could well be provided to an applicant as a matter of procedural fairness or for some other reason while the judicial review application is proceeding. In fact, in the present case it is clear that investigations into Mr. Abu's potential inadmissibility (and his wife's) are currently underway. However, this does not exempt the Minister from compliance with an order to produce relevant documents in his possession or control in a CTR when such an order has been made. If there is a legal

de sa demande de permis de travail et de VRT; troisièmement, les rapports ont le caractère de recommandations en vue d'une décision définitive relative à la demande et, en tant que tels, ils ne devraient pas être produits maintenant.

[54] À mon avis, aucune de ces objections n'est défendable. En ce qui concerne la première objection, étant donné que la Cour a établi que l'autorisation de procéder à la demande de contrôle judiciaire sera accordée, il n'y a pas lieu de craindre que M. Abu abuse de la règle 17. On ne peut pas dire qu'il se livre à une recherche illégitime de documents ou qu'il cherche à obtenir les documents à une fin accessoire. Si les documents sont pertinents quant à la demande de contrôle judiciaire, ils doivent être produits. Tout chevauchement entre la demande de contrôle judiciaire et les enquêtes en cours sur l'inadmissibilité éventuelle de M. Abu (ou de son épouse, d'ailleurs) est simplement inhérent à la nature de l'espèce.

[55] En ce qui concerne la deuxième objection, rien dans les règles ne permet au ministre de décider unilatéralement du *moment où* des documents pertinents doivent être produits. Au contraire, lorsqu'il est visé par une ordonnance rendue en vertu du paragraphe 14(2) ou de la règle 15 des Règles CIPR, le ministre est tenu de produire le dossier « dès réception de l'ordonnance » et, qui plus est, dans le délai précisé dans l'ordonnance. Rien non plus dans les règles ne permet au ministre de refuser d'inclure des documents pertinents dans le DCT parce que ceux-ci pourraient finir par être transmis à un demandeur d'une autre manière.

[56] Comme nous l'avons mentionné, contrairement à une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue, dans le contexte d'une demande de *mandamus*, le processus décisionnel se poursuit vraisemblablement après l'introduction de la demande de contrôle judiciaire. Par conséquent, une divulgation supplémentaire pourrait bien être fournie à un demandeur pour des raisons d'équité procédurale ou pour toute autre raison pendant que la demande de contrôle judiciaire est en cours. En fait, en l'espèce, il est évident que des enquêtes sur l'inadmissibilité éventuelle de M. Abu (et de son épouse) sont en cours. Toutefois, cela ne dispense pas le ministre de se conformer à une ordonnance de production dans un DCT des documents pertinents en sa possession ou sous

basis to withhold or delay disclosure of relevant documents or parts thereof, there are established procedures for raising this with the Court. The Minister cannot, however, simply decline to produce relevant documents when ordered to do so.

[57] With respect to the Minister's third objection to production of the FINTRAC and NSSD reports, he relies on Justice Tremblay-Lamer's determination in *Douze* that, in the context of a *mandamus* application, the Minister is not required to produce draft recommendations for a decision. As Justice Tremblay-Lamer put it: "A *mandamus* application is not to be used as a means of obtaining an early indication as to what the ultimate decision will be" (at paragraph 21).

[58] I am not persuaded that this exception is as broad as the Minister suggests. Moreover, properly understood, there is no basis for finding in the present case that it exempts the disputed reports from the requirements of rule 17 [FCCIRPR].

[59] To understand the scope and rationale of the exception recognized in *Douze*, it is necessary to consider what exactly was at issue in that case.

[60] Mr. Douze was a citizen of Haiti. His application for permanent residence in Canada was rejected because he was determined to be inadmissible under paragraph 35(1)(b) of the IRPA for having served as part of the Haitian judiciary under a designated regime. In January 2008, Mr. Douze applied for Ministerial relief under subsection 35(2) of the IRPA as it then read (this provision has since been repealed). Not being satisfied with how long it was taking the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to make a decision on his request for relief, Mr. Douze applied for an order of *mandamus* in March 2010. In the course of the litigation of that application, he learned that a draft recommendation for a decision had been prepared in February 2010. However, this document had not been included in the CTR. A senior program officer with the CBSA explained that the document was not included because it was "still

sa garde lorsqu'une telle ordonnance a été rendue. S'il existe un fondement juridique pour justifier le refus ou le retard de la divulgation de documents pertinents ou de parties de ceux-ci, il existe des procédures établies pour le soulever auprès de la Cour. Toutefois, le ministre ne peut pas simplement refuser de produire des documents pertinents lorsqu'on lui ordonne de le faire.

[57] En ce qui concerne la troisième objection du ministre à la production des rapports du CANAFE et de la DFSN, celui-ci s'appuie sur la décision de la juge Tremblay-Lamer dans *Douze* selon laquelle, dans le contexte d'une demande de *mandamus*, le ministre n'est pas tenu de produire un projet de recommandations d'une décision. Comme l'a dit la juge Tremblay-Lamer : « Une demande de *mandamus* ne doit pas servir à obtenir une indication précoce de la décision définitive qui sera prise » (au paragraphe 21).

[58] Je ne suis pas convaincu que l'exception soit aussi large que le donne à penser le ministre. De plus, même si c'était le cas, rien ne permet de conclure en l'espèce qu'elle soustrait les rapports litigieux aux exigences prévues à la règle 17 [des Règles CIPR].

[59] Pour comprendre la portée et le motif de l'exception reconnue dans *Douze*, il faut examiner ce dont il était question exactement en l'espèce.

[60] M. Douze était citoyen d'Haïti. Sa demande de résidence permanente au Canada avait été rejetée parce qu'il avait été jugé interdit de territoire en vertu de l'alinéa 35(1)b) de la LIPR, et ce, en raison des fonctions qu'il avait exercées au sein de la magistrature haïtienne pendant qu'un régime désigné était en place. En janvier 2008, M. Douze a demandé une exemption ministérielle en vertu du paragraphe 35(2) de la LIPR alors en vigueur (la disposition invoquée a été abrogée depuis). N'étant pas satisfait du temps que mettait le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile pour prendre une décision concernant sa demande d'exemption, M. Douze a demandé une ordonnance de *mandamus* en mars 2010. Au cours du traitement de cette demande, il a appris qu'un projet de recommandation de décision avait été préparé en février 2010. Cependant, ce projet n'avait pas été inclus dans le DCT. Une agente

a draft recommendation and [had] not yet been approved by the president of the CBSA for disclosure”. (There was also evidence that it was standard practice to disclose the draft recommendation to the party seeking ministerial relief once it had been approved for disclosure so that they could comment on it before the recommendation was finalized and forwarded to the Minister.) Mr. Douze then brought a motion before a Prothonotary for an order that the Minister comply with rule 17 and provide relevant documents that were missing from the CTR, including the draft recommendation. The Prothonotary granted the motion. The Minister appealed this decision. Justice Tremblay-Lamer granted the appeal in part, concluding that the Minister was not required to disclose the draft recommendation.

[61] As I understand Justice Tremblay-Lamer’s reasoning, her main concern was that the draft recommendation in question had not yet been approved for disclosure. As she explained:

While I recognize that the preliminary draft recommendation may be of some relevance in this regard, when this limited relevance is balanced against the potential for prejudice, I must ultimately conclude that the preliminary draft recommendation is not captured by Rule 17. Requiring the disclosure of a preliminary draft recommendation would have the potential to create, in the applicant, an expectation for a certain result. Given the multiple levels of approval and revision that are still required before this preliminary draft recommendation becomes finalized, it is easy to envisage a scenario whereby the recommendation undergoes a number of significant changes. Exposing this process by requiring production of draft recommendations has the potential to shift the focus on subsequent applications such that the MPS is required to justify each incremental substantive change. This could occasion even more delay in terms of arriving at the final determination.

(*Douze*, at paragraph 22, emphasis added.)

[62] In short, the concern arose from the *preliminary* nature of the document, not from the fact that it was a draft recommendation for a decision (which, after all,

principale de programme de l’ASFC a expliqué que le document n’avait pas été inclus parce qu’il « était encore au stade d’un projet de recommandation et que le président de l’ASFC [n’avait] pas encore autorisé sa divulgation ». (De plus, la preuve montrait qu’il était pratique courante de divulguer le projet de recommandation à la partie demandant l’exemption ministérielle une fois que la divulgation avait été autorisée, afin qu’elle puisse le commenter avant la production de la version définitive et la transmission au ministre). M. Douze a ensuite présenté une requête à une protonotaire pour qu’elle ordonne au ministre de se conformer à la règle 17 et de fournir les documents pertinents qui n’étaient pas inclus dans le DCT, y compris le projet de recommandation. La protonotaire a accueilli la requête. Le ministre a interjeté appel de la décision. La juge Tremblay-Lamer a accueilli l’appel en partie, concluant que le ministre n’était pas tenu de divulguer le projet de recommandation.

[61] Si je comprends bien le raisonnement de la juge Tremblay-Lamer, sa principale réserve était que la divulgation du projet de recommandation en question n’était pas encore autorisée. Elle l’a expliqué en ces termes :

Bien que je reconnaisse que le projet préliminaire de recommandation puisse être d’une quelconque pertinence à cet égard, lorsque cette pertinence limitée est soupesée en fonction du risque de préjudice, je dois conclure en définitive que le projet préliminaire de recommandation ne tombe pas sous le coup de l’article 17 des Règles IPR. Le fait d’exiger la divulgation du projet préliminaire pourrait créer l’attente, chez le demandeur, d’un certain résultat. Étant donné les approbations et les examens de cadres de plusieurs niveaux encore requis avant l’achèvement de ce projet préliminaire de recommandation, on peut facilement envisager que la recommandation subisse un certain nombre de modifications importantes. Le fait d’exposer ce processus en exigeant la production de projets de recommandation pourrait recentrer le débat dans le cadre de futures requêtes de sorte que le MSPPC soit tenu de justifier chaque modification de fond successive. Cela pourrait occasionner d’autres délais avant que la décision définitive ne soit rendue.

(*Douze*, au paragraphe 22, non souligné dans l’original.)

[62] En résumé, la réserve découlait de la nature préliminaire du document, et non du fait qu’il s’agissait d’un projet de recommandation de décision (qui, après tout,



was meant to be disclosed to the applicant once it had been approved for disclosure in any event). It is also important to note that this exception was determined on a case-by-case balancing of relevance and potential prejudicial effect as opposed to on a categorical basis applicable to all draft recommendations for decision. Evidence concerning the nature of the document—in particular, its preliminary character—enabled Justice Tremblay-Lamer to determine that the prejudice that would be caused by producing it in the CTR outweighed the limited relevance of the document.

[63] For present purposes, I am prepared to accept that there can be such an exception to the general obligation under paragraph 17(b) [FCCIRPR] to produce “all papers relevant to the matter that are in the possession or control of the tribunal”. However, the Minister has not put forward any information or evidence about the disputed reports that could establish that they fall within this exception. Put another way, the Minister has not offered any basis on which to find that the disputed reports are “analogous” to the draft recommendations at issue in *Douze*, as he submits. Further, even assuming for the sake of argument that the reports in question include recommendations for a final decision, there is nothing to suggest that any of them are *preliminary* draft recommendations for a decision, as was the case in *Douze*. Thus, in contrast to *Douze*, there is no basis to find that production of these reports would have a prejudicial effect that outweighs their relevance to the issues that must be determined in the *mandamus* application.

## V. Conclusion

[64] For these reasons, I have concluded that the CTR produced under the covering letter dated May 10, 2021, does not comply with paragraph 17(b) of the FCCIRPR. The Minister is therefore required to produce a CTR that complies with this rule and in accordance with these reasons. He may do so by filing a supplementary CTR containing all relevant papers in his possession or control as of May 10, 2021, that were not included in the

était censé être divulgué au demandeur une fois que sa divulgation aurait été autorisée, de toute façon). Il est également important de souligner que l’exception s’est appliquée à la suite d’une mise en balance de la pertinence et de l’effet préjudiciable éventuel, plutôt que catégoriquement à tous les projets de recommandation de décision. La preuve de la nature du document — en particulier son caractère préliminaire — a permis à la juge Tremblay-Lamer de conclure que le préjudice que sa production dans le DCT entraînerait l’emportait sur la pertinence restreinte du document.

[63] Pour les besoins de l’espèce, je suis prêt à accepter qu’il puisse y avoir une telle exception à l’exigence générale, énoncée à l’alinéa 17b) des Règles CIPR, de produire « tous les documents pertinents qui sont en la possession ou sous la garde du tribunal administratif ». Cependant, le ministre n’a pas présenté de renseignements ni d’éléments de preuve concernant les rapports litigieux qui pourraient établir qu’ils font partie de cette exception. En d’autres termes, le ministre n’a offert aucun fondement permettant de conclure que les rapports litigieux sont [TRADUCTION] « analogues » aux projets de recommandation en cause dans *Douze*, comme il le soutient. En outre, même en supposant, pour les besoins de l’argument, que les rapports en question comprennent des recommandations en vue d’une décision définitive, rien ne donne à penser que l’un d’eux soit un projet préliminaire de recommandation de décision, comme c’était le cas dans *Douze*. Par conséquent, contrairement à ce qui était le cas dans *Douze*, rien ne permet de conclure en l’espèce que la production de ces rapports aurait un effet préjudiciable qui l’emporterait sur leur pertinence par rapport aux questions qui doivent être tranchées dans la demande de *mandamus*.

## V. Conclusion

[64] Pour les raisons qui précèdent, je conclus que le DCT accompagné d’une lettre de présentation datée du 10 mai 2021 n’est pas conforme à l’alinéa 17b) des Règles CIPR. Le ministre est donc tenu de produire un DCT conforme à ce paragraphe et aux présents motifs. Il peut le faire en déposant un DCT supplémentaire qui contient tous les documents pertinents en sa possession ou sous sa garde en date du 10 mai 2021, qui n’étaient pas inclus

original CTR or by filing an entirely new CTR to replace the original one. Since this matter has already been much-delayed, the supplementary or replacement CTR (as the case may be) shall be filed no later than 30 days from the date of this order. If more time is required to produce the record, the Minister may submit an informal request for an extension of time.

[65] Finally, as indicated at the outset of these reasons, this order is without prejudice to the right of the Minister, if so advised, to object on public interest grounds to the disclosure of any part of what is now being ordered produced—for example, under section 87 of the IRPA or sections 37 to 39 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5.

#### ORDER in IMM-2107-21

THIS COURT ORDERS that

1. The Minister shall serve and file a supplementary certified tribunal record containing all relevant documents not included in the record produced under covering letter dated May 10, 2021, that were in the possession or control of the Minister as of that date.
2. In the alternative, the Minister may instead produce a replacement certified tribunal record containing all relevant documents that were in the possession or control of the Minister as of May 10, 2021.
3. In either case, the Minister shall do so within 30 days of the date of this order.
4. If more time to produce the record is required, the Minister may submit an informal request for an extension of time.

dans le DCT original, ou en déposant un DCT entièrement nouveau en remplacement du DCT original. Étant donné le retard important en l'espèce, le DCT supplémentaire ou de remplacement (le cas échéant) doit être déposé au plus tard 30 jours à compter de la date de la présente ordonnance. Si un délai supplémentaire est nécessaire pour produire le dossier, le ministre peut soumettre une demande de prorogation du délai de manière officieuse.

[65] Enfin, comme il est indiqué au début des présents motifs, la présente ordonnance ne porte pas atteinte au droit du ministre, le cas échéant, de s'opposer, pour des motifs d'intérêt public, à la divulgation de toute partie des documents dont la production est maintenant ordonnée — par exemple, en vertu de l'article 87 de la LIPR ou des articles 37 à 39 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), c. C-5.

#### ORDONNANCE dans le dossier IMM-2107-21

LA COUR ORDONNE que

1. Le ministre signifie et dépose un dossier certifié supplémentaire du tribunal qui contient tous les documents pertinents non inclus dans le dossier accompagné d'une lettre de présentation datée du 10 mai 2021, qui étaient en sa possession ou sous sa garde à cette date.
2. À titre subsidiaire, le ministre peut plutôt produire un dossier certifié du tribunal de remplacement qui contient tous les documents pertinents qui étaient en sa possession ou sous sa garde en date du 10 mai 2021.
3. Dans un cas comme dans l'autre, le ministre doit le faire dans les trente (30) jours à compter de la date de la présente ordonnance.
4. Si un délai supplémentaire pour produire le document est nécessaire, le ministre peut soumettre une demande de prorogation du délai de manière officieuse.

5. This order is without prejudice to the right of the Minister, if so advised, to object on public interest grounds to the disclosure of any part of what is now being ordered produced.
5. La présente ordonnance est rendue sans préjudice au droit du ministre, le cas échéant, de s'opposer, pour des raisons d'intérêt public, à la divulgation de toute partie des éléments dont la production est maintenant ordonnée.

A-204-18  
2020 FCA 205

A-204-18  
2020 CAF 205

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

**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**BCS Group Business Services Inc.** (*Respondent*)

**BCS Group Business Services Inc.** (*intimée*)

**INDEXED AS: CANADA v. BCS GROUP BUSINESS SERVICES INC.**

**RÉPERTORIÉ : CANADA c. BCS GROUP BUSINESS SERVICES INC.**

Federal Court of Appeal, Gauthier, de Montigny and Locke JJ.A.—By videoconference, October 23; Ottawa, December 2, 2020.

Cour d'appel fédérale, les juges Gauthier, de Montigny et Locke, J.C.A.—Par vidéoconférence, 23 octobre; Ottawa, 2 décembre 2020.

*Income Tax — Practice — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) order granting respondent leave to be represented by Denis Gagnon, its sole shareholder, director, officer, in this proceeding instituted by respondent under Tax Court of Canada Rules (General Procedure) (GP Rules) — Whether T.C.C. can grant leave to individual who is not a lawyer to represent corporation in appeal subject to General Procedure set out in Tax Court of Canada Act (Act), more particularly in Act, s. 17.1 — Appellant arguing corporation cannot appear “in person”, needs to be represented by physical person, i.e. lawyer — Submitting that interpretation adopted by T.C.C. in this matter rendered words “agent” in Act, s. 18.14 meaningless — Stating that, as matter of statutory interpretation of s. 17.1, Mr. Gagnon, who is not a lawyer, cannot represent respondent — In its order, T.C.C. expressly stated that s. 17.1 enabling corporation as of right to appear “in person” through whoever Court might decide to grant leave to — Issue correct interpretation of s. 17.1, specifically words “in person” in expression “may appear in person” — On proper statutory interpretation of s. 17.1, T.C.C. could not find that Mr. Gagnon personified respondent, that he was exercising respondent’s right to appear “in person” — Mr. Gagnon not a lawyer, could not act as counsel for respondent — Expression “in person” referring to a being physically present — Unlike GP Rules, no explicit distinction in Act, s. 17.1 between individual, corporation as party — If ordinary meaning of “in person” meaning adopted by legislator, a party would refer to physical person throughout, but it would include corporation in respect of right to be represented by counsel — Under s. 17.1, a party who is a corporation must be represented by counsel as defined by s. 17.1(2) — Act containing General Procedure, Informal Procedure — Efficiency in administration of justice in proceedings subject to General Procedure prime objective of legislator — Legislator not intending to take away right of physical persons to present their case through their own mouth*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel d’une ordonnance de la Cour canadienne de l’impôt (C.C.I.) autorisant l’intimée à être représentée par Denis Gagnon, son unique actionnaire, administrateur et dirigeant, dans le cadre de l’instance introduite par cette dernière en vertu des Règles de la Cour canadienne de l’impôt (procédure générale) (les Règles PG) — Il s’agissait de savoir si la C.C.I. pouvait autoriser une personne qui n’est pas un avocat à représenter une société dans un appel interjeté sous le régime de la procédure générale prévue dans la Loi sur la Cour canadienne de l’impôt (la Loi), et plus précisément à son article 17.1 — L’appelante a soutenu qu’une société ne pouvait pas comparaître « en personne » et devait être représentée par une personne physique, en l’occurrence un avocat — Elle a affirmé que l’interprétation retenue par la C.C.I. en l’espèce avait pour effet de vider de son sens le mot « représentant » figurant à l’article 18.14 de la Loi — L’appelante a affirmé qu’en vertu de l’interprétation législative de l’article 17.1, M. Gagnon, qui n’est pas un avocat, ne pouvait pas représenter l’intimée — Dans son ordonnance, la C.C.I. a expressément déclaré que l’article 17.1 permet à la société de comparaître de plein droit « en personne » par l’entremise de toute personne à qui la Cour accorderait l’autorisation — Il s’agissait de déterminer l’interprétation appropriée de l’article 17.1, et plus précisément des mots « en personne » dans l’expression « peuvent comparaître en personne » — Selon l’interprétation législative appropriée de l’article 17.1, la C.C.I. ne pouvait pas conclure que M. Gagnon personnifiait l’intimée, qu’il exerçait le droit de cette dernière de comparaître « en personne » — M. Gagnon n’étant pas un avocat, il ne pouvait pas agir à titre de procureur pour l’intimée — L’expression « en personne » fait référence au fait d’être physiquement présent — Contrairement aux Règles PG, l’article 17.1 de la Loi ne fait aucune distinction explicite entre une partie qui est une personne physique et celle qui ne l’est pas — Si le sens ordinaire de l’expression « en personne »*

— T.C.C., other courts having practice rule describing need to construe their rules, apply them to secure most expeditious, least expensive determination of proceedings on its merits — This not meaning that corporations given automatic right to appear in person, nor allowing T.C.C. to construe Act in accordance with its own policy preference — Nothing to suggest that legislator intended to change common law/civil law concept that only individuals had right to appear “in person” or to adopt definition other than ordinary meaning of these words at s. 17.1 — View that how a corporation can appear in person should be left to be defined in GP Rules cannot be accepted — GP Rules, r. 30(2) cannot be considered definition of words “in person” in s. 17.1 — Hence, how s. 17.1 would apply in any given case not left open — Appeal allowed.

This was an appeal from a Tax Court of Canada (T.C.C.) order granting the respondent leave to be represented by Denis Gagnon, its sole shareholder, director and officer, in this proceeding instituted by the respondent under the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)* (GP Rules).

There are conflicting decisions on whether the T.C.C. can grant leave to an individual who is not a lawyer to represent a corporation in an appeal subject to the General Procedure set out in the *Tax Court of Canada Act* (Act), and more particularly, its section 17.1. The appellant argued that a corporation is a legal fiction, that it has no physical body so it cannot appear “in person”, and that it needs to be represented by a physical person, in this case a lawyer. The appellant submitted that the interpretation adopted by the T.C.C. in this matter rendered the words “agent” in section 18.14 of the *Tax Court of Canada Act* meaningless. The appellant added that one cannot presume that the legislator wanted to displace the common law, which never recognized that a corporation can appear “in person” in court. Therefore, the appellant stated that, as a matter of statutory interpretation of section 17.1, Mr. Gagnon, who is not a lawyer, cannot represent the respondent under any circumstances. In

est celui retenu par le législateur, une partie renverrait à une personne physique dans l'ensemble de la Loi, mais elle engloberait une société en ce qui concerne le droit d'être représenté par un avocat — Aux termes de l'article 17.1, une partie qui est une société doit être représentée par un avocat au sens du paragraphe 17.1(2) — La Loi prévoit une procédure générale et une procédure informelle — L'objectif premier du législateur était l'efficacité de l'administration de la justice dans les instances assujetties à la procédure générale — Le législateur n'avait pas l'intention de retirer le droit reconnu et accordé aux personnes physiques de faire valoir leur cause par leur propre bouche — La C.C.I. et d'autres cours ont une règle de pratique décrivant la nécessité d'interpréter leurs règles et de les appliquer de façon à pouvoir apporter une solution au litige qui soit la plus expéditive et économique possible — Cela ne signifie pas que les sociétés se voient accorder un droit automatique de comparaître en personne ni que cela permet à la C.C.I. d'interpréter la Loi selon ses propres préférences politiques — Rien n'indique que le législateur ait voulu modifier le principe de common law et du droit civil selon lequel seuls les individus avaient le droit de comparaître « en personne », ou d'adopter une définition autre que celle correspondant au sens ordinaire de ces mots à l'article 17.1 — La Cour ne peut accepter le point de vue selon lequel la façon dont une société peut comparaître en personne devrait être définie dans les Règles PG — La disposition au paragraphe 30(2) des Règles PG ne peut être considérée comme une définition des mots « en personne » figurant à l'article 17.1 — Ainsi, la question de savoir comment l'article 17.1 s'appliquerait dans toute affaire donnée n'a pas été laissée en suspens — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance rendue par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) autorisant l'intimée à être représentée par Denis Gagnon, son unique actionnaire, administrateur et dirigeant, dans le cadre de l'instance introduite par cette dernière en vertu des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)* (Règles PG).

Des décisions contradictoires ont été rendues sur la question de savoir si la C.C.I. peut autoriser une personne qui n'est pas un avocat à représenter une société dans un appel interjeté sous le régime de la procédure générale prévue dans la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt* (la Loi), et plus précisément à son article 17.1. L'appelante a avancé qu'une société est une fiction juridique et, comme elle n'a pas de corps physique, elle ne peut comparaître « en personne », et doit être représentée par une personne physique, en l'occurrence, un avocat. L'appelante a affirmé que l'interprétation retenue par la C.C.I. en l'espèce a pour effet de vider de son sens le mot « représentant » figurant à l'article 18.14 de la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*. L'appelante a ajouté que l'on ne peut présumer que le législateur entendait supplanter la common law, laquelle n'a jamais reconnu qu'une société pouvait comparaître « en personne » devant une cour. Par conséquent, l'appelante a affirmé

its order, the T.C.C. expressly stated that section 17.1 enables a corporation as of right to appear “in person” through whoever the Court might decide to grant leave to. Like the T.C.C., Mr. Gagnon argued that in accordance with section 17.1, the respondent is not represented by an agent, but rather exercises its right to appear in person by someone like him who personifies the respondent.

At issue was the correct interpretation of section 17.1 of the Act, and specifically the words “in person” in the expression “may appear in person”.

*Held*, the appeal should be allowed.

On the proper statutory interpretation of section 17.1 of the Act, the T.C.C. could not find that Mr. Gagnon personified the respondent and that he was exercising the respondent’s right to appear “in person”. As Mr. Gagnon is not a lawyer, he could not act as counsel for the respondent. The T.C.C. could not grant leave to Mr. Gagnon to act as the respondent’s agent in the appeal before it. The ordinary meaning of the expression “in person” is uncontroversial and refers to a being physically present. Unlike the GP Rules, which clearly distinguish between an individual and a corporation as a party, there is no such explicit distinction in the wording of section 17.1 of the Act. In this case, if the ordinary meaning of “in person” is the meaning adopted by the legislator, then despite the grammatical structure, a party would refer to a physical person throughout, but it would include a corporation in respect of the right to be represented by counsel. The ordinary meaning of the words “in person” (as opposed to the legal concept of “person”), and the common law/civil law concept that a corporation cannot appear in person because of its very nature strongly suggest that under section 17.1, a party who is a corporation must be represented by counsel as defined by subsection 17.1(2). An amendment in 1988 to the Act created two types of procedures: the General Procedure and the Informal Procedure. The scheme of the Act indicates that the two procedures have different purposes. The purpose of the General Procedure was to ensure that the more complex and legally significant cases appearing before the T.C.C., which were not subject to the Informal Procedure, would be dealt with respecting the parties’ right to evidentiary and procedural rules. Efficiency in the administration of justice in proceedings subject to the General Procedure was the prime objective of the legislator. The legislator did not intend to take away the long recognized right of physical persons to present their case through their own mouth. To do otherwise would have been a major change of the common and civil law in the same manner that it would be a major change to grant a corporation an unconditional statutory

qu’en vertu de l’interprétation législative de l’article 17.1, M. Gagnon, qui n’est pas un avocat, ne peut en aucune circonstance représenter l’intimée. Dans son ordonnance, la C.C.I. a expressément déclaré que l’article 17.1 permet à une société de comparaître « en personne » par l’entremise de toute personne à qui la Cour accorderait l’autorisation. À l’instar de la C.C.I., M. Gagnon a fait valoir que, conformément à l’article 17.1, l’intimée n’est pas représentée par un représentant, mais qu’elle exerce plutôt son droit de comparaître en personne par l’entremise d’une personne comme lui qui la personnifie.

Il s’agissait de déterminer l’interprétation appropriée de l’article 17.1 de la Loi, et plus particulièrement des mots « en personne » dans l’expression « peuvent comparaître en personne ».

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

Selon l’interprétation législative appropriée de l’article 17.1 de la Loi, la C.C.I. ne pouvait pas conclure que M. Gagnon personnifiait l’intimée et qu’il exerçait le droit de cette dernière de comparaître « en personne ». M. Gagnon n’étant pas un avocat, il ne pouvait pas agir à titre de procureur pour l’intimée. La C.C.I. ne pouvait pas autoriser M. Gagnon à agir comme représentant de l’intimée dans le cadre de l’appel dont elle était saisie. Le sens ordinaire de l’expression « en personne » ne suscite pas de controverse et fait référence au fait d’être physiquement présent. Contrairement aux Règles PG, qui distinguent clairement entre une partie qui est une personne physique et celle qui est une société, le libellé de l’article 17.1 de la Loi ne fait pas de telle distinction explicite. En l’espèce, si le sens ordinaire de l’expression « en personne » est celui retenu par le législateur, malgré la structure grammaticale, une partie renverrait à une personne physique dans l’ensemble de la Loi, mais elle engloberait une société en ce qui concerne le droit d’être représenté par un avocat. Le sens ordinaire des mots « en personne » (plutôt que le concept juridique de « personne ») et le principe de common law et de droit civil selon lequel une société ne peut pas comparaître en personne en raison de sa nature même, suggèrent fortement qu’aux termes de l’article 17.1, une partie qui est une société doit être représentée par un avocat au sens du paragraphe 17.1(2). La Loi telle qu’amendée en 1988 a créé deux types de règles de procédures : la procédure générale et la procédure informelle. L’économie générale de la Loi révèle que les deux procédures ont des objectifs différents. L’objectif de la procédure générale était de veiller à ce que les instances plus complexes et juridiquement importantes devant la C.C.I. soient traitées en respectant le droit des parties à des règles de preuve et de procédure. L’objectif premier du législateur était l’efficacité de l’administration de la justice dans les instances assujetties à la procédure générale. Le législateur n’avait pas l’intention de retirer le droit reconnu et accordé depuis longtemps aux personnes physiques de faire valoir leur cause par leur

right to appear “in person”. Like the T.C.C., other courts have a practice rule describing the need to construe their rules and apply them to secure the just and most expeditious and least expensive determination of the proceedings on its merits. This does not mean that artificial entities such as corporations are given an automatic right to appear in person, nor that it allows the T.C.C. to construe the Act in accordance with its own policy preference. Other than the grammatical structure of section 17.1 (the reference to “a party”), there is nothing that suggests that the legislator intended to change the common law/civil law concept that only individuals had the right to appear “in person” or to adopt a definition other than the ordinary meaning of these words at section 17.1. This grammatical structure here is insufficient to justify reaching such a conclusion. The view that how a corporation can appear in person should simply be left to be defined in the GP Rules cannot be accepted. Subsection 30(2) of the GP Rules, in its latest iteration (“[w]here a party to a proceeding is not an individual, that party shall be represented by counsel except with leave of the Court and on any conditions that it may determine”) cannot by any stretch of the imagination be considered a definition of the words “in person” in section 17.1. Hence, how section 17.1 would apply in any given case was not left open.

propre bouche. Faire autrement reviendrait à modifier considérablement la common law et le droit civil, au même titre que l’octroi à une société d’un droit inconditionnel prévu par la loi de comparaître « en personne » constituerait une modification majeure. À l’instar de la C.C.I., d’autres cours ont une règle de pratique décrivant la nécessité d’interpréter leurs règles et de les appliquer de façon à pouvoir apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. Cela ne signifie pas que les entités artificielles, telles que les sociétés, se voient accorder un droit automatique de comparaître en personne ni que cela permet à la C.C.I. d’interpréter la Loi selon ses propres préférences politiques. Outre la structure grammaticale de l’article 17.1 (la mention « [l]es parties »), rien n’indique que le législateur ait voulu modifier le principe de common law et du droit civil selon lequel seuls les individus avaient le droit de comparaître « en personne », ou d’adopter une définition autre que celle correspondant au sens ordinaire de ces mots à l’article 17.1. Cette structure grammaticale ne suffit pas pour justifier une telle conclusion. Le point de vue selon lequel la façon dont une société peut comparaître en personne devrait simplement être définie dans les Règles PG ne peut être accepté. Sous sa forme la plus récente, la Règle PG, au paragraphe 30(2) (« [l]a partie à une instance qui n’est pas une personne physique se fait représenter par un avocat, sauf avec l’autorisation de la Cour et sous réserve des conditions que celle-ci fixe ») ne peut en toute logique être considérée comme une définition des mots « en personne » figurant à l’article 17.1. Ainsi, la question de savoir comment l’article 17.1 s’appliquerait dans toute affaire donnée n’a pas été laissée en suspens.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-146, *An Act to amend the Tax Court of Canada Act and other Acts in consequence thereof*, 2nd Sess., 33rd Parl., 1988.
- Bill C-167, *An Act respecting the Tax Court of Canada and to amend the Federal Court Act, the Judges Act and the Unemployment Insurance Act*, 1st Sess., 32nd Parl., 1983.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 11, 12.
- Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, arts. 87, 542.
- Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 66(2)(c).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 3.
- Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 21(1).
- Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2, ss. 12, 15, 17.1, 17.3, 17.6, 18–18.3, 18.11, 18.14, 18.24, 18.28, 20.
- Tax Court of Canada Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 158, ss. 14, 15.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 11, 12.
- Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25.01, art. 87, 542.
- Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1.
- Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 21(1).
- Loi sur la Commission de révision de l’impôt*, S.C. 1970-71-72, ch. 11, art. 10(1).
- Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 12, 15, 17.1, 17.3, 17.6, 18 à 18.3, 18.11, 18.14, 18.24, 18.28, 20.
- Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, art. 14, 15.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.
- Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 66(2)c).

*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688, r. 30.

*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a, rr. 4, 30(1),(2)

*Tax Review Board Act*, S.C. 1970-71-72, c. 11, s. 10(1).

*Tax Review Board Rules*, SOR/73-512, rr. 2(1),(3).

Projet de loi C-146, *Loi modifiant la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt et d'autres lois en conséquence*, 2<sup>e</sup> sess., 33<sup>e</sup> lég., 1988.

Projet de loi C-167, *Loi concernant la Cour canadienne de l'impôt et modifiant la Loi sur la Cour fédérale, la Loi sur les juges et la Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 1983.

*Règles de la Commission de révision de l'impôt*, DORS/73-512, règles 2(1),(3).

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688, règle 30.

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a, règles 4, 30(1),(2).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 3.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

##### CONSIDERED:

*Sutlej Foods Inc. v. The Queen*, 2019 TCC 20, 2019 D.T.C. 1022; *National Bank of Canada v. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 S.C.R. 1059; *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, 2011 NBCA 59, 375 N.B.R. (2d) 141; *TPG Technology Consulting Ltd. v. Canada*, 2011 FCA 345, 428 N.R. 226; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144.

##### REFERRED TO:

*Masa Sushi Japanese Restaurant Inc. v. The Queen*, 2017 TCC 239, [2018] 6 C.T.C. 2027; *Suchocki Accounting Ltd. v. The Queen*, 2018 TCC 88, 2018 D.T.C. 1073; *1532099 Ontario Ltd. v. The Queen*, 2020 TCC 30, [2020] G.S.T.C. 8; *Groupe Nepveu Inc. v. The Queen*, 2020 TCC 80, 2020 D.T.C. 1056.

#### AUTHORS CITED

Barber, Katherine, *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, "person".  
Lefebvre, Denis Q.C., "A Government Perspective of the Amendments to the Tax Court of Canada Act" in *Report of the Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Sutlej Foods Inc. c. La Reine*, 2019 CCI 20; *Banque Nationale du Canada c. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 R.C.S. 1059; *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, 2011 NBCA 59; *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2011 CAF 345; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Masa Sushi Japanese Restaurant Inc. c. La Reine*, 2017 CCI 239; *Suchocki Accounting Ltd. c. La Reine*, 2018 CCI 88; *1532099 Ontario Ltd. c. La Reine*, 2020 CCI 30; *Groupe Nepveu Inc. c. La Reine*, 2020 CCI 80.

#### DOCTRINE CITÉE

Barber, Katherine, *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd., Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « *person* ».  
Lefebvre, Denis c.r., « A Government Perspective of the Amendments to the Tax Court of Canada Act » dans *Report of the Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto : Fondation canadienne de fiscalité, 1989.



*Report of the Task Force on Revenue Canada*, Ottawa: Progressive Conservative Party of Canada, 1984.

Robert, Paul, *Le Petit Robert* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Alain Rey and Josette Rey-Debove, eds, Paris: Le Robert, 2018, “*personne*”.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2018 TCC 120) granting the respondent leave to be represented by Denis Gagnon, its sole shareholder, director and officer, in this proceeding instituted by the respondent under the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*. Appeal allowed.

#### APPEARANCES

*Bruce Senkpiel* and *Sara Fairbridge* for appellant.

*Denis Gagnon* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*BCS Group Business Services Inc.*, West Vancouver, for respondent.

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

[1] GAUTHIER J.A.: This is an appeal of Her Majesty the Queen from a decision of the Tax Court of Canada (T.C.C.) (2018 TCC 120, *per* Campbell Miller J.) granting BCS Group Business Services Inc. (BCS) leave to be represented by Denis Gagnon, its sole shareholder, director and officer, in this proceeding instituted by BCS under the *Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688a (GP Rules).

[2] Since 2017, there have been conflicting decisions by various judges of the T.C.C. on whether the T.C.C. can grant leave to an individual who is not a lawyer to represent a corporation in an appeal subject to the General Procedure set out in the *Tax Court of Canada*

*Rapport du Groupe d'étude sur les activités de Revenu Canada*, Ottawa : Parti progressiste-conservateur du Canada, 1984.

Robert, Paul, *Le Petit Robert* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Alain Rey et Josette Rey-Debove, dir., Paris: Le Robert, 2018, « *personne* ».

APPEL d'une décision (2018 CCI 120) rendue par la Cour canadienne de l'impôt autorisant l'intimée à être représentée par Denis Gagnon, son unique actionnaire, administrateur et dirigeant, dans le cadre de l'instance introduite par l'intimée en vertu des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*. Appel accueilli.

#### ONT COMPARU :

*Bruce Senkpiel* et *Sara Fairbridge* pour l'appelante.

*Denis Gagnon* pour l'intimée.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.

*BCS Group Business Services Inc.*, West Vancouver, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Il s'agit d'un appel interjeté par Sa Majesté la Reine à l'encontre d'une décision rendue par le juge Campbell Miller de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2018 CCI 120), autorisant BCS Group Business Services Inc. (BCS) à être représentée par Denis Gagnon, son unique actionnaire, administrateur et dirigeant, dans le cadre de l'instance introduite par cette dernière en vertu des *Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688a (les Règles PG).

[2] Depuis 2017, des décisions contradictoires ont été rendues par différents juges de la C.C.I. sur la question de savoir si la C.C.I. peut autoriser une personne qui n'est pas un avocat à représenter une société dans un appel interjeté sous le régime de la procédure générale

*Act*, R.S.C., 1985, c. T-2 (the Act), and more particularly, its section 17.1.

[3] Before proceeding with the interpretation of section 17.1 of the Act, it is important to state that it is not the role of this Court to change the authentic meaning of legislation, properly interpreted. We are not to envisage what the best policy might be, or examine our own personal preferences about who should represent corporations before the T.C.C. in a proceeding subject to the General Procedure. Instead, our task is to interpret legislation following the accepted method set out by the Supreme Court of Canada and call it as it is. If the authentic meaning of legislation is bad in policy terms, it is for the legislator to change the legislation. The Court must apply the authentic meaning of the legislation.

#### I. Positions of the Parties

[4] The appellant relies heavily on the reasoning set out in *Masa Sushi Japanese Restaurant Inc. v. The Queen*, 2017 TCC 239, [2018] 6 C.T.C. 2027 (*Masa Sushi*), which has been endorsed by other judges of the T.C.C. (see *Suchocki Accounting Ltd. v. The Queen*, 2018 TCC 88, 2018 D.T.C. 1073; *1532099 Ontario Ltd. v. The Queen*, 2020 TCC 30, [2020] G.S.T.C. 8). Generally, the appellant argues that a corporation is a legal fiction. It has no physical body, so it cannot appear in person at the hearing as required by the ordinary meaning of the expression “in person”. It needs to be represented by a physical person: in this case, a lawyer. This is also apparent, says the appellant, when the words of section 17.1 are read in their proper context, including section 18.14 of the Act. The appellant submits that the interpretation adopted by the T.C.C. in this matter renders the words “agent” and in French “*représentant*” in this section meaningless. The appellant adds that one cannot presume that the legislator wanted to displace the common law, which never recognized that a corporation can appear “in person” in court, even though it had the status of a separate legal entity and is a legal person. Therefore, the appellant says that, as a matter of statutory interpretation of section 17.1, Mr. Gagnon, who is not a lawyer, cannot represent the corporation under any circumstances.

prévues dans la *Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2 (la Loi), et plus précisément à son article 17.1.

[3] Avant de procéder à l'interprétation de l'article 17.1 de la Loi, il importe de préciser qu'il n'incombe pas à notre Cour de modifier le sens véritable d'un texte législatif proprement interprété. Nous ne devons pas envisager quelle pourrait être la meilleure politique ni tenir compte de nos préférences personnelles quant à la question de savoir qui devrait représenter les sociétés devant la C.C.I. dans le cadre d'une instance assujettie à la procédure générale. Notre tâche consiste plutôt à interpréter le texte législatif en suivant la méthode acceptée et établie par la Cour suprême du Canada, et à le qualifier sans ambages. Si le sens véritable d'un texte législatif ne convient pas sur le plan politique, c'est au législateur qu'il incombe de le modifier. La Cour se doit d'appliquer le sens véritable du texte législatif.

#### I. Thèses des parties

[4] L'appelante s'appuie fortement sur le raisonnement énoncé dans la décision *Masa Sushi Japanese Restaurant Inc. c. La Reine*, 2017 CCI 239 (*Masa Sushi*), auquel ont souscrit d'autres juges de la C.C.I. (voir *Suchocki Accounting Ltd. c. La Reine*, 2018 CCI 88; *1532099 Ontario Ltd. c. La Reine*, 2020 CCI 30). De manière générale, l'appelante avance qu'une société est une fiction juridique. N'ayant pas de corps physique, elle ne peut comparaître en personne à l'audience comme l'exige le sens ordinaire de l'expression « en personne ». Elle doit être représentée par une personne physique, en l'occurrence, un avocat. Selon l'appelante, cela ressort également du libellé de l'article 17.1, lorsqu'il est lu dans son contexte, y compris l'article 18.14 de la Loi. L'appelante affirme que l'interprétation retenue par la C.C.I. en l'espèce a pour effet de vider de leur sens les mots « représentant » et « *agent* » en anglais figurant à cet article. L'appelante ajoute que l'on ne peut présumer que le législateur entendait supplanter la common law, laquelle n'a jamais reconnu qu'une société pouvait comparaître « en personne » devant une cour, bien qu'elle soit une entité juridique distincte et une personne morale. Par conséquent, l'appelante affirme qu'en vertu de l'interprétation législative de l'article 17.1, M. Gagnon, qui n'est pas un avocat, ne peut en aucune circonstance représenter la société.

[5] On the other hand, Mr. Gagnon who was granted leave by this Court to argue the appeal on behalf of BCS, relies heavily on the reasons of the T.C.C. (the Order) in this case and on the fact that a corporation is a “person” and a party to this appeal. He argues that because of its grammatical structure, section 17.1 should be interpreted as enabling the corporation as of right to appear “in person” through its director or sole shareholder. In the Order before us, the T.C.C. expressly stated that a corporation could do so through whoever the Court might decide to grant leave (the Order, at paragraph 12). Like the T.C.C., Mr. Gagnon argues that in accordance with section 17.1, BCS is not represented by an agent, but rather exercises its right to appear in person by someone like him who personifies BCS. To supplement his representations, I have considered the reasons of the other judges of the T.C.C. who adopted the same conclusion in other decisions, including those expressed in *Sutlej Foods Inc. v. The Queen*, 2019 TCC 20, 2019 D.T.C. 1022 (*Sutlej Foods*) and in *Groupe Nepveu Inc. v. the Queen*, 2020 TCC 80, 2020 D.T.C. 1056.

[6] For the reasons that follow, I have concluded that the legislator did not intend to oust the common law and civil law principle that a corporation, because of its very nature, cannot appear “in person” before a court. It can only be represented by an agent who is a distinct person than the corporation. In my view, the grammatical structure of the provision is not sufficient to reach a different conclusion when one considers the nature of the rights described in the paragraph, the clear statutory scheme and its object. By adopting detailed provisions dealing with representation in the Act, the legislator limited the T.C.C.’s implied power to control who may represent the corporation in their courtroom, especially in proceedings subject to the General Procedure.

## II. Legislative Framework

[7] It is appropriate to reproduce immediately the most relevant provisions of the Act and of the GP Rules. Also, in light of the arguments that I had to consider, I

[5] Pour sa part, M. Gagnon, qui a été autorisé par cette Cour à présenter cet appel au nom de BCS, s’appuie fortement sur les motifs de la C.C.I. (l’ordonnance) en l’espèce et sur le fait qu’une société est une [TRANSDUCTION] « personne » et une partie au présent appel. Il affirme qu’en raison de sa structure grammaticale, il convient d’interpréter l’article 17.1 comme permettant de plein droit à la société de comparaître « en personne », par l’entremise de son administrateur ou de son actionnaire unique. Dans l’ordonnance dont nous sommes saisis, la C.C.I. a expressément déclaré qu’une société pouvait ce faire par l’entremise de toute personne à qui la Cour accorderait l’autorisation (l’ordonnance, au paragraphe 12). À l’instar de la C.C.I., M. Gagnon postule que conformément à l’article 17.1, BCS n’est pas représentée par un représentant, mais qu’elle exerce plutôt son droit de comparaître en personne par l’entremise d’une personne qui, comme lui, la personnifie. Afin de compléter ses représentations, j’ai examiné les motifs des autres juges de la C.C.I. qui ont adopté la même conclusion dans d’autres décisions, notamment ceux exprimés dans les décisions *Sutlej Foods Inc. c. La Reine*, 2019 CCI 20 (*Sutlej Foods*) et *Groupe Nepveu Inc. c. La Reine*, 2020 CCI 80.

[6] Pour les motifs qui suivent, j’ai conclu que le législateur n’avait pas l’intention de supplanter le principe de la common law et du droit civil selon lequel une société, de par sa nature même, ne peut pas comparaître « en personne » devant une cour. Elle ne peut être représentée que par un représentant qui est une personne distincte de la société. À mon avis, la structure grammaticale de la disposition ne suffit pas pour parvenir à une conclusion différente considérant la nature des droits décrits dans la disposition, le régime législatif précis et son objet. En adoptant des dispositions détaillées dans la Loi quant à la représentation, le législateur a restreint le pouvoir implicite de la C.C.I. de décider qui peut représenter la société devant elle, particulièrement dans le cadre d’instances assujetties à la procédure générale.

## II. Cadre législatif

[7] Il convient de reproduire d’emblée les dispositions les plus pertinentes de la Loi et des Règles PG. De même, au vu des arguments que je devais examiner, je

reproduce the two previous iterations of the GP Rule subsection 30(2) since the adoption of section 17.1 of the Act.

*Tax Court of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. T-2

### General Procedure

...

#### Right to appear

**17.1 (1)** A party to a proceeding in respect of which this section applies may appear in person or be represented by counsel, but where the party wishes to be represented by counsel, only a person who is referred to in subsection (2) shall represent the party.

#### Officers of the Court

**(2)** Every person who may practise as a barrister, advocate, attorney or solicitor in any of the provinces may so practise in the Court and is an officer of the Court.

...

### Informal Procedure

...

#### Right to appear

**18.14** All parties to an appeal referred to in section 18 may appear in person or may be represented by counsel or an agent.

*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688

(Original version adopted in 1990)

*Representation of Person or Corporation by Counsel*

30. (1) ...

(2) Except as expressly provided by or under any enactment, a body corporate may not begin or carry on a proceeding otherwise than by counsel.

*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688

(Version as amended in 1993 by SOR/93-96)

reproduit les deux versions antérieures de la Règle PG paragraphe 30(2), qui sont entrées en vigueur suite à l'adoption de l'article 17.1 de la Loi.

*Loi sur la Cour canadienne de l'impôt*, L.R.C. (1985), ch. T-2

### Procédure générale

[...]

#### Comparution

**17.1 (1)** Les parties à une procédure peuvent comparaître en personne ou être représentées par avocat; dans ce dernier cas, toutefois, seules les personnes visées au paragraphe (2) peuvent agir à titre d'avocat.

#### Qualité de fonctionnaire judiciaire

**(2)** Quiconque peut exercer à titre d'avocat ou de procureur dans une province peut exercer à ce titre à la Cour et en est fonctionnaire judiciaire.

[...]

### Procédure informelle

[...]

#### Comparution

**18.14** Les parties à un appel visé à l'article 18 peuvent comparaître en personne ou être représentées par avocat ou par un autre représentant.

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688

(version originale adoptée en 1990)

*Représentation d'une personne ou d'une personne morale par avocat*

30. (1) [...]

(2) Sauf disposition contraire contenue dans un texte législatif, une personne morale ne peut engager ou continuer une instance que par avocat.

*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688

(version modifiée en 1993 par DORS/93-96)

30. (1) ...

(2) A corporation shall be represented by counsel in all proceedings in the Court, unless the Court, in special circumstances, grants leave to the corporation to be represented by an officer of the corporation.

*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*,  
SOR/90-688a

(Current version adopted in 2007)

### Representation

#### Representation by Counsel

**30 (1)** Subject to subsection (3), a party to a proceeding who is an individual may act in person or be represented by counsel.

(2) Where a party to a proceeding is not an individual, that party shall be represented by counsel except with leave of the Court and on any conditions that it may determine.

(3) Unless the Court orders otherwise, a person who is the representative of a party under a legal disability in a proceeding shall be represented by counsel, except where that person is also counsel acting in such a capacity.

### III. Issues and Standard of Review

[8] There is only one issue before us: the interpretation of section 17.1. This is a question of law subject to the standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8).

[9] Nobody has argued before us that if the interpretation suggested by the appellant is the right one, the T.C.C. could still grant leave to Mr. Gagnon. As a matter of fact, the T.C.C. stated in the Order that it would be revoked if this Court concluded that Mr. Gagnon did not personify BCS so that it could not be said that BCS was exercising its statutory right to appear in person pursuant to section 17.1.

30. (1) [...]

(2) Une personne morale se fait représenter par un avocat dans toute instance devant la Cour, sauf lorsque dans des circonstances spéciales, la Cour autorise la personne morale à se faire représenter par un de ses dirigeants.

Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688a

(version actuelle adoptée en 2007)

### Représentation

#### Représentation par avocat

**30 (1)** Sous réserve du paragraphe (3), la partie à une instance qui est une personne physique peut agir en son nom ou se faire représenter par un avocat.

(2) La partie à une instance qui n'est pas une personne physique se fait représenter par un avocat, sauf avec l'autorisation de la Cour et sous réserve des conditions que celle-ci fixe.

(3) Sauf ordonnance contraire de la Cour, la personne qui agit à titre de représentant d'une partie frappée d'incapacité et qui n'est pas avocat se fait représenter par un avocat.

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

[8] Nous sommes saisis d'une seule question, soit l'interprétation de l'article 17.1. Il s'agit d'une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8).

[9] Personne n'a fait valoir devant notre Cour que, si l'interprétation proposée par l'appelante est la bonne, la C.C.I. pourrait quand même autoriser M. Gagnon à agir comme représentant. En fait, l'ordonnance de la C.C.I. prévoit que l'autorisation serait révoquée si notre Cour concluait que M. Gagnon ne personnifiait pas BCS, et donc que l'on ne pouvait affirmer que BCS exerçait son droit de comparaître en personne, en vertu de l'article 17.1.

IV. Preliminary Comments

[10] Before proceeding with the analysis, it is appropriate to outline the issues that are not in dispute in this appeal and some relevant context arising from the special nature of the legislation in question.

[11] First, it is not in issue that a corporation is a legal person that can sue and be sued (*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 21(1)). Thus, in a proceeding, a corporation is a party that is distinct from its shareholders, directors, officers and other employees.

[12] Second, there is no issue arising in appeals instituted under the Informal Procedure set out at sections 18 to 18.3 of the Act. Pursuant to section 18.14 of the Act, “all parties” may appear in person, through counsel or through an agent (“*représentant*” in French). Thus, both a physical person and a corporation may choose who will represent them without any intervention of the T.C.C.

[13] As for the relevant legal context, at the time section 17.1 of the Act was drafted, neither the common law nor the civil law (as codified in the *Code of Civil Procedure* of Quebec, C.Q.L.R., c. C-25.01 (CCP)) recognized that a corporation could appear “in person” through its officers, directors, or shareholders. The reason for this at civil law was explained as follows by Gonthier J. in *National Bank of Canada v. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 S.C.R. 1059, at page 1070, emphasis added:

As a preliminary point, I would note that Tardi [a physical individual] and Atomic [a corporation] were not represented by counsel. Tardi is fully entitled to appear on his own behalf, but he claimed to represent Atomic. The very nature of a corporation is such that it cannot appear in person (art. 365 C.C.L.C.). It can only appear through an agent. In Quebec, only lawyers are entitled to represent a party before the courts (art. 61 C.C.P. and s. 128 of the *Act respecting the Barreau du Québec*, R.S.Q., c. B-1) and it follows that a corporation can only appear in court through counsel (*Thomassin v. General Finance Corp.*, [1953] Que. Q.B. 375).

IV. Commentaires préliminaires

[10] Avant de procéder à l'analyse, il convient de préciser les questions qui ne sont pas en litige dans le présent appel ainsi que le contexte pertinent découlant de la nature particulière de la loi en question.

[11] Premièrement, il n'est pas contesté qu'une société constitue une personne morale ayant le pouvoir d'ester en justice (*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, paragraphe 21(1)). Ainsi, dans le cadre d'une instance, une société est une partie distincte de ses actionnaires, administrateurs, dirigeants et autres employés.

[12] Deuxièmement, les appels interjetés sous le régime de la procédure informelle prévue aux articles 18 à 18.3 de la Loi ne soulèvent aucune question. En vertu de l'article 18.14 de la Loi, « [I]es parties » peuvent comparaître en personne ou par l'entremise d'un avocat ou d'un autre représentant (« *agent* » en anglais). Ainsi, tant une personne physique qu'une société ont le droit de choisir qui les représentera, sans intervention de la C.C.I.

[13] Quant au contexte juridique pertinent, au moment de la rédaction de l'article 17.1 de la Loi, ni la common law ni le droit civil (tel que codifié par le *Code de procédure civile* du Québec, R.L.R.Q., ch. C-25.01 (Cpc)) ne reconnaissaient qu'une société pouvait comparaître « en personne » par l'entremise de ses dirigeants, administrateurs ou actionnaires. Le juge Gonthier a expliqué la raison d'être de cette non-reconnaissance en droit civil dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 R.C.S. 1059, à la page 1070, je souligne :

À titre préliminaire, je dois noter que Tardi [une personne physique] et Atomic [une société] ne sont pas représentés par avocat. Tardi peut fort bien plaider en son nom mais il prétend vouloir représenter Atomic. La qualité même de corporation s'oppose à ce qu'elle compareisse en personne (art. 365 C.c.B.-C.). Elle ne peut plaider que par mandataire. Or, au Québec, seuls les avocats ont le droit de représenter une partie à l'instance (art. 61 C.p.c. et l'art. 128 de la *Loi sur le Barreau*, L.R.Q., ch. B-1) et il s'ensuit qu'une corporation ne peut ester en justice que par ministère d'avocat (*Thomassin v. General Finance Corp.*, [1953] B.R. 375).

[14] In *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, 2011 NBCA 59, 375 N.B.R. (2d) 141, at paragraph 20, Justice Quigg uses similar words to describe the state of the common law. She wrote that “[u]nlike individuals, who are legally and logically capable of self-representation, corporations must inevitably rely on representation by individual agent. Even if the agent is the corporate director and sole shareholder, he or she is still considered to be legally distinct from the corporation and, therefore, a third party to it.”

[15] It is useful in such circumstances to put GP Rule subsection 30(2) in context and to consider that it is not unique in its approach. Courts, including statutory courts like the Federal Courts, have an implicit power or discretion to control their own process, unless limited by specific legislation (see for example article 87 of Quebec’s CCP, which lists who must be represented by counsel). This is why for many years, many courts have adopted rules of procedure allowing them to grant leave to corporations to be represented by physical individuals other than counsel in special circumstances. This has become particularly important given the increase in the legal costs of litigation and the need to foster access to justice. This approach, based on a by leave process, enables the court to balance this need with the need for efficiency in the administration of justice. In none of those cases did a statute give a corporation a statutory right to appear “in person”. The granting of leave is a privilege arising from the court’s discretion to control its own process. Therefore, this discretion can be taken away by an express clause in the legislation constituting the court when Parliament expressly deals with representation in the courtroom.

[16] Where no such limitation exists, as in the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 for example, such leaves are granted neither automatically nor easily. Typically, many factors are considered before leave is granted to a particular physical individual to represent a corporation. These factors include the complexity of the issues,

[14] Dans l’arrêt *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, 2011 NBCA 59, au paragraphe 20, la juge Quigg a utilisé des mots semblables pour décrire l’état de la common law. Elle a indiqué que « [c]ontrairement aux particuliers, qui sont légalement et logiquement capables d’agir en leur propre nom, les corporations doivent inévitablement compter sur une personne mandatée pour les représenter. Même si le mandataire est le directeur et actionnaire unique de la corporation, il continue d’être considéré juridiquement distinct de la corporation et est considéré en conséquence comme un tiers ».

[15] Dans les circonstances, il est utile de considérer la Règle PG paragraphe 30(2) dans son contexte et de tenir compte du fait que son approche n’est pas unique. Les cours, y compris les cours statutaires comme les Cours fédérales, disposent d’un pouvoir ou d’une discrétion implicite leur permettant de contrôler leur propre procédure, sous réserve des limites imposées par une loi précise (voir par exemple l’article 87 du Cpc qui précise les personnes qui doivent être représentées par avocat). C’est pourquoi, depuis plusieurs années, de nombreuses cours ont adopté des règles de procédure leur permettant d’autoriser des sociétés à être représentées par des personnes physiques qui ne sont pas des avocats, dans des circonstances particulières. Ceci est devenu particulièrement important en raison de l’augmentation des frais associés au litige et de la nécessité de favoriser l’accès à la justice. Cette approche, qui repose sur une procédure d’autorisation, permet à la cour de concilier cette nécessité avec le souci d’efficacité dans l’administration de la justice. Une loi n’a jamais conféré à une société le droit de comparaître « en personne ». L’octroi d’une autorisation est un privilège découlant du pouvoir discrétionnaire de la cour de contrôler sa propre procédure. Par conséquent, le législateur peut lui retirer ce pouvoir discrétionnaire en adoptant une disposition expresse à cet effet dans la loi constitutive de la cour traitant expressément de la représentation en salle d’audience.

[16] Lorsque de telles limites n’existent pas, comme par exemple dans la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, ces autorisations ne sont octroyées ni automatiquement ni facilement. Généralement, de nombreux facteurs sont pris en compte avant qu’une autorisation de représenter une société ne soit accordée à une

the competence of the individual to represent the corporation, the individual's capability to deal expeditiously with the issues, whether the individual will be a witness, etc. The T.C.C. applies those same factors under GP Rule subsection 30(2). The factors I just mentioned are not directed to the question of whether or not the individual can be considered to "personify" the corporation.

[17] In *TPG Technology Consulting Ltd. v. Canada*, 2011 FCA 345, 428 N.R. 226, at paragraph 8, Pelletier J.A. explains the rationale for general rules such as the one applicable in the Federal Courts (very similar to the GP Rule subsection 30(2)) as follows:

The general rule is that corporations must be represented by solicitor: see Rule 120, *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, .... There could be many reasons for such a rule but one which is particularly compelling is that those who have received the benefits of incorporation in the form of tax planning opportunities, immunity from liability in tort etc. should also bear the costs of incorporation, one of which is that the corporation must be represented before the courts by a solicitor.

[18] At the time sections 17.1 and 18.14 were adopted, legislators in Canada had created many so-called small claims procedures where the main aim was to simplify procedure and facilitate access to justice. In most cases, all parties (physical individual and corporations) are expressly granted the right to be represented by a physical individual other than a counsel. Who that individual may be varies depending on the provisions applicable (see for example article 542 of Quebec's CCP, where a physical individual may be represented by a member of his family, etc.). This is similar to the terms used at section 18.14 and will become relevant when one considers the scheme of the Act and the purpose or object of the Informal Procedure versus the General Procedure.

[19] Obviously, if section 17.1 creates an automatic and new right of audience "in person" for a corporation, as opposed to a discretionary privilege granted by

personne physique particulière. Ces facteurs sont notamment la complexité des questions, la faculté de la personne à représenter la société, la capacité de la personne à traiter des questions avec célérité, si la personne témoignera ou non, etc. La C.C.I. applique ces mêmes facteurs en vertu de la Règle PG paragraphe 30(2). Les facteurs que je viens de mentionner ne portent pas sur la question de savoir si l'on peut considérer que la personne « personnifie » la société.

[17] Dans l'arrêt *TPG Technology Consulting Ltd. c. Canada*, 2011 CAF 345, au paragraphe 8, le juge Pelletier explique comme suit la raison d'être des règles générales comme celle qui s'applique aux Cours fédérales (qui est très semblable à la Règle PG paragraphe 30(2)) :

La règle générale veut que les personnes morales soient représentées par un avocat : voir l'article 120, *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, [...] Plusieurs raisons pourraient expliquer cette règle, mais l'une d'elles – particulièrement convaincante – veut que ceux qui bénéficient des avantages de la constitution en personne morale, qu'il s'agisse par exemple de planification fiscale, de l'immunité contre la responsabilité civile délictuelle, etc., assument également les charges liées à la constitution en personne morale, dont l'obligation de se faire représenter en justice par un avocat.

[18] Au moment de l'adoption des articles 17.1 et 18.14, les législateurs canadiens avaient établi de nombreuses règles de procédure relatives aux petites créances, visant principalement à simplifier la procédure et à faciliter l'accès à la justice. Dans la plupart des cas, toutes les parties (personne physique et sociétés) se voient expressément accorder le droit d'être représentées par une personne physique qui n'est pas un avocat. L'identité de cette personne peut varier en fonction des dispositions applicables (voir par exemple l'article 542 du Cpc qui prévoit qu'une personne physique peut être représentée par un membre de sa famille, etc.). Cette terminologie s'apparente à celle employée à l'article 18.14, laquelle sera pertinente lors de l'examen de l'économie générale de la Loi et du but ou de l'objet de la procédure informelle par rapport à la procédure générale.

[19] De toute évidence, si l'article 17.1 crée pour une société un droit nouveau et automatique de comparaître « en personne », plutôt qu'un privilège octroyé à la



a judge, this right would be available to all corporations, be it Google, Loblaws, or a one-person corporation. This also means that, for example, this right could not be made subject to conditions such as the one set out in the Order before us, that BCS would lose its right to appear “in person” through its main shareholder if Mr. Gagnon missed a deadline in the proceedings before the Court (the Order, at paragraph 18).

[20] Finally, being supreme in law making, Parliament obviously has the power to modify the common law and civil law in its legislation. It can also adopt a definition of ordinary words that is different from their ordinary meaning.

#### V. Analysis

[21] As stated above, the only issue in this appeal is the correct interpretation of section 17.1 of the Act, and specifically the words “in person” in the expression “may appear in person”. The modern approach to statutory interpretation is well established. The words of the Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Act, the object and the intention of Parliament. This means that one must read the text, taking into account the purpose of the Act and of the provision at issue and all relevant context, including established common law and civil law concepts unless these are clearly ousted by legislation.

##### A. *Grammatical and ordinary meaning of the words*

[22] There is no statutory definition of the expression “in person”. However, the ordinary meaning of the expression “in person” is uncontroversial. Both in French and in English, “in person” refers to a being physically present, “*en chair et en os* [in the flesh]” before the Court (Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary* (Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004) *sub verbo* “person”; Paul Robert, *Le Petit Robert* (Paris: Le Robert, 2018) *sub verbo* “*personne*”).

discretion d’un juge, toutes les sociétés, qu’il s’agisse de Google, Loblaws ou d’une société à propriétaire unique, pourront s’en prévaloir. Cela signifie également que, par exemple, ce droit ne pourrait être assujéti à des conditions comme celle prévue dans l’ordonnance dont nous sommes saisis, selon laquelle BCS perdrait son droit de comparaître « en personne » par l’entremise de son actionnaire unique, si M. Gagnon ne respectait pas un délai fixé par la Cour (l’ordonnance, au paragraphe 18).

[20] Enfin, le Parlement détenant le pouvoir ultime de légiférer, il a évidemment le pouvoir de modifier la common law et le droit civil dans ses lois. Il peut aussi retenir une définition de mots ordinaires qui s’écarte de leur sens ordinaire.

#### V. Analyse

[21] Comme je l’ai mentionné ci-dessus, la seule question en litige dans le présent appel est l’interprétation appropriée de l’article 17.1 de la Loi, et plus précisément des mots « en personne » dans l’expression « peuvent comparaître en personne ». L’approche moderne d’interprétation législative est bien établie. Il faut lire les mots employés dans une loi dans leur contexte global, suivant leur sens ordinaire et grammatical, en harmonie avec l’économie générale de la loi, son objet et l’intention du législateur. Il faut donc interpréter le texte en tenant compte de l’objet de la Loi et de la disposition en question, ainsi que de tout le contexte pertinent, y compris les principes de la common law et du droit civil, à moins qu’ils ne soient clairement écartés par la loi.

##### A. *Sens grammatical et ordinaire des mots*

[22] L’expression « en personne » n’est pas définie dans la loi. Cependant, le sens ordinaire de cette expression ne suscite pas de controverse. Tant en français qu’en anglais, l’expression « en personne » fait référence au fait d’être physiquement présent, « *en chair et en os* [*in the flesh*] » devant la Cour (Katherine Barber, *Canadian Oxford Dictionary* (Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004) *sub verbo* « *person* » en anglais; Paul Robert, *Le Petit Robert* (Paris : Le Robert, 2018) *sub verbo* « *personne* »).

[23] Unlike the GP Rules, which clearly distinguish between an individual and a corporation as a party (GP Rules subsections 30(1) and (2)), there is no such explicit distinction in the wording of section 17.1 of the Act. The subject of the sentence is “a party”, and this would ordinarily include a corporation. In the view of some T.C.C. judges, the interpretation effectively ends here, because to say otherwise would mean reading out the full meaning of the word “party” and would ignore the presumption against tautology (*Sutlej Foods*).

[24] But grammatical and logical interpretations must complement each other. For example, if section 17.1 of the Act read “a party may appear in person or may be represented by their wife or husband, or any another member of their family or by counsel”, would it be logical to conclude that the enumeration applies to all parties regardless of the inherent characteristics of the party? My answer is no. In this case, if the ordinary meaning of “in person” is the meaning adopted by the legislator, I believe that despite the grammatical structure, a party would refer to a physical person throughout, but it would include a corporation in respect of the right to be represented by counsel. I will now explain why.

[25] While recognizing that there are distinctions between the interpretation of the Constitution and of ordinary statutes, I believe that some constitutional precedents can still provide some guidance in understanding how grammatical and logical interpretations must complement each other. In that respect, there are no real distinctions between the approach taken by the Supreme Court of Canada in ordinary statutory construction and constitutional interpretation.

[26] Some jurisprudence of the Supreme Court of Canada concerning section 11 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (the Charter), is particularly helpful because the grammatical structure of this section is similar in the following respect to that of section 17.1. In both sections, the right holder

[23] Contrairement aux Règles PG, qui distinguent clairement entre une partie qui est une personne physique et celle qui ne l’est pas (Règles PG paragraphes 30(1) et (2)), le libellé de l’article 17.1 de la Loi ne fait aucune telle distinction explicite. Le sujet de la phrase est « [l]es parties », ce qui engloberait habituellement une société. Selon certains juges de la C.C.I., l’interprétation se termine effectivement ici, puisqu’affirmer autrement reviendrait à exclure la pleine signification du mot « partie » et à ignorer la présomption contre la tautologie (*Sutlej Foods*).

[24] Or, l’interprétation grammaticale et l’interprétation logique doivent se compléter. Par exemple, si le libellé de l’article 17.1 de la Loi prévoyait que : « les parties peuvent comparaître en personne ou être représentées par leur épouse ou leur époux, par un autre membre de leur famille ou par avocat », serait-il logique de conclure que l’énumération s’applique à toutes les parties, quelles que soient leurs caractéristiques inhérentes? Je réponds par la négative. En l’espèce, si le sens ordinaire de l’expression « en personne » est celui retenu par le législateur, je pense que malgré la structure grammaticale, une partie renverrait à une personne physique dans l’ensemble de la Loi, mais qu’elle engloberait une société en ce qui concerne le droit d’être représenté par un avocat. Je vais maintenant expliquer pourquoi.

[25] Toute en reconnaissant les distinctions entre l’interprétation de la Constitution et celle des lois ordinaires, je pense que certains précédents constitutionnels peuvent tout de même nous guider dans notre compréhension de la manière dont l’interprétation grammaticale et l’interprétation logique doivent se compléter mutuellement. À cet égard, il n’existe pas de réelles distinctions entre l’approche adoptée par la Cour suprême du Canada en ce qui concerne l’interprétation des lois ordinaires et celle relative à l’interprétation de la Constitution.

[26] Certaines décisions de la Cour suprême du Canada concernant l’article 11 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), sont particulièrement utiles puisque la structure grammaticale de cet article est semblable à celle de l’article 17.1 au regard de ce qui suit. Dans les deux articles, la

is described by a general expression. Whereas in section 17.1, “a party” is said to have the right to appear, in section 11 of the Charter, “any person charged with an offence” has the right described in the subsections. The description of the right in section 17.1 has two alternatives: in person or be represented by counsel. This is why I have also referred to the hypothesis above where the enumeration is slightly longer, but not as long as that found in section 11 of the Charter which has nine subsections. In my view, the general principle should apply in the same manner.

[27] What is of interest in the jurisprudence concerning section 11 of the Charter is that the description of the right will have an impact on the meaning of the general expression used to describe the right holder. Indeed, the Supreme Court found that the word “person”, which is always the only subject of the sentence, may apply or may not apply to a corporation. For example, while paragraph 11(c) does not, some others like paragraph 11(b) do.

[28] In *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21 (see pages 39–41), Justice Sopinka, writing for the Court, considered whether a corporation has the right set out in paragraph 11(c) of the Charter dealing with the compellability of an accused to be a witness. The Court found that even if the words “any person charged with an offence” at paragraph 11(c) would ordinarily include corporations, it would strain the interpretation of this section if an artificial entity were held to be a witness. According to the Court, when an officer of the corporation testifies in a proceeding against the corporation, he does so as an individual and as a distinct person who can only invoke that right for himself. It is not the corporation being compelled to testify, as was argued by the respondent corporation. Therefore, under paragraph 11(c), “any person” does not include a corporation.

[29] On the other hand, in *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, the Supreme Court of Canada found that the right to be tried within a reasonable time afforded by paragraph 11(b) of the Charter applies to a corporation. The Court could not find a reason to distinguish between the application of the right to an individual and its application

description du détenteur du droit se fait au moyen d’une expression générale. Alors qu’à l’article 17.1, ce sont « [l]es parties » qui ont le droit de comparaître, à l’article 11 de la Charte, c’est « [t]out inculpé » qui a les droits qui y sont décrits. La description du droit à l’article 17.1 offre deux possibilités : comparaître en personne ou être représenté par avocat. C’est pourquoi j’ai également fait référence à l’hypothèse susmentionnée qui comporte une énumération légèrement plus longue, mais moins longue que celle qui figure à l’article 11 de la Charte, lequel compte neuf alinéas. À mon avis, le principe général devrait s’appliquer de la même manière.

[27] Ce qui est intéressant dans la jurisprudence concernant l’article 11 de la Charte, c’est que la description du droit aura une incidence sur le sens de l’expression générale utilisée pour décrire le détenteur du droit. En effet, la Cour suprême a conclu que le mot « personne », qui est toujours l’unique sujet de la phrase, peut ou non s’appliquer à une société. Par exemple, l’alinéa 11c) ne s’applique pas, alors que d’autres, comme l’alinéa 11b), s’appliquent.

[28] Dans l’arrêt *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21 (voir pages 39 à 41), le juge Sopinka, s’exprimant au nom de la Cour, a examiné la question de savoir si une société a le droit énoncé à l’alinéa 11c) de la Charte, portant sur la contraignabilité d’un accusé à témoigner. La Cour a conclu que, même si les mots « [t]out inculpé » à l’alinéa 11c) engloberaient normalement les sociétés, l’interprétation de cet article serait faussée si une entité artificielle était considérée comme témoin. Selon la Cour, lorsqu’un dirigeant de la société témoigne dans une procédure contre celle-ci, il le fait à titre individuel et en tant que personne distincte ne pouvant invoquer ce droit que pour elle-même. Ce n’est pas la société qui est contrainte à témoigner, comme l’a fait valoir la société intimée. Par conséquent, en vertu de l’alinéa 11c), « [t]out inculpé » n’inclut pas une société.

[29] En revanche, dans l’arrêt *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, la Cour suprême du Canada a conclu que le droit d’être jugé dans un délai raisonnable conféré par l’alinéa 11b) de la Charte s’applique à une société. Ne pouvant justifier une distinction entre l’application de ce droit à un individu et son application à une société, la

to a corporation, so it concluded that in respect of paragraph 11(b), “any person” includes a corporation.

[30] Inasmuch as an artificial entity could not be held to be a witness, even when its officer testified, an artificial entity under section 17.1 could not appear in person in flesh and blood because of its very nature. It simply cannot present its case through its own mouth.

[31] Very recently the Supreme Court of Canada provided another example in *Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 SCC 32, [2020] 3 S.C.R. 426 (*Quebec (Attorney General)*) of how the nature of a right will have an impact on the meaning of a general expression like “everyone” (which is as general as “a party”). This decision concerned the application of section 12 of the Charter to a corporation. The Court found that even though section 12 of the Charter uses wording that would normally include a corporation as a legal person (“[e]veryone has the right ... to”), other words used in their ordinary meaning in the provision, such as “cruel”, strongly suggest that it could not have been intended by the legislator to apply to inanimate objects or legal entities such as corporations. On this point, the dissenting judges agreed with the majority that the word “[e]veryone” as found in the text of section 12 cannot, by virtue of its literal meaning, expand the protection to corporations (see paragraphs 82–87).

[32] I digress here to note that in that case, the Supreme Court reaffirmed the distinction between a corporation and its shareholders and officers when it rejected the argument accepted by the majority of the Court of Appeal of Quebec that one could rely on the prejudice suffered by individuals within a corporation to assess if the corporation was subjected to an unusual and cruel treatment. In rejecting this argument, Abella J. (dissenting but not on this point), noted that corporations are separate legal persons, as was stressed by Lamer C.J. in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154 [*Wholesale*], even if in a closely held corporation, the stigma which affects the corporation can carry over to those individuals (see page 182 of *Wholesale* last paragraph). Whether a punishment could put the corporation in financial difficulty, which would affect its shareholders, was held

Cour a conclu qu’en ce qui concerne l’alinéa 11b), l’expression « [t]out inculpé » inclut une société.

[30] Dans la mesure où une entité artificielle ne peut être considérée comme témoin même si son dirigeant témoigne, une telle entité ne peut, de par sa nature même, comparaître en personne, en chair et en os, au sens de l’article 17.1. Elle ne peut tout simplement pas faire valoir sa position par sa propre bouche.

[31] Très récemment, la Cour suprême du Canada a fourni un autre exemple dans l’arrêt *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, [2020] 3 R.C.S. 426 (*Québec (Procureure générale)*) de la façon dont la nature d’un droit aura une incidence sur le sens d’une expression générale comme « chacun » (qui est aussi générale que l’expression « [l]es parties »). Cette décision concernait l’application de l’article 12 de la Charte à une société. La Cour a conclu que, même si le libellé de l’article 12 de la Charte engloberait normalement une société en tant que personne morale (« [c]hacun a droit à »), le sens ordinaire d’autres mots employés dans la disposition, comme « cruels », suggère fortement que le législateur ne pouvait avoir l’intention de l’appliquer à des objets inanimés ou à des entités juridiques telles que les sociétés. À ce sujet, les juges dissidents ont souscrit à la conclusion de la majorité selon laquelle le mot « [c]hacun » figurant à l’article 12, ne saurait, de par son sens littéral, accorder la protection aux personnes morales (voir les paragraphes 82 à 87).

[32] Je m’écarte ici du sujet pour souligner que dans cette affaire, la Cour suprême a confirmé la distinction entre une société et ses actionnaires et dirigeants en rejetant l’argument retenu par la majorité de la Cour d’appel du Québec, selon lequel on pourrait évaluer si la société avait subi un traitement cruel et inusité sur la base du préjudice subi par des individus au sein de celle-ci. En rejetant cet argument, la juge Abella (dissidente, mais pas sur ce point), a indiqué que les sociétés sont des personnes morales distinctes, comme l’avait souligné le juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154 [*Wholesale*], même si, dans le cas d’une société à actionnariat restreint, le préjudice subi par la société peut se répercuter sur ces individus (voir la page 182 de *Wholesale*, au dernier paragraphe). La question de savoir si une peine pourrait

irrelevant. The following words from *Wholesale*, which are reproduced at paragraph 129 of *Quebec (Attorney General)*, are perfectly in line with the rationale expressed by Pelletier J.A. (see paragraph 17 above):

The corporate form of business organization is chosen by individuals because of its numerous advantages (legal and otherwise). Those who cloak themselves in the corporate veil, and who rely on the legal distinction between themselves and the corporate entity when it is to their benefit to do so should not be allowed to deny this distinction in these circumstances (where the distinction is not to their benefit).

[33] At this stage, the ordinary meaning of the words “in person” (as opposed to the legal concept of “person”), and the common law/civil law concept that a corporation cannot appear in person because of its very nature strongly suggest that under section 17.1, a party who is a corporation must be represented by counsel as defined by subsection 17.1(2).

#### B. *Other meaning*

[34] I must now consider whether the words “in person” are used elsewhere in the Act and if so, whether it would suggest a special meaning to be attributed to the words “in person” in section 17.1. There is only one other provision where they are used—section 18.14 under the Informal Procedure. These words appear in a longer enumeration at section 18.14, which states that all parties “may appear in person or may be represented by counsel or an agent.” This would suggest that “in person” is not synonymous with “represented by ... an agent” (in French, “représenté ... par un autre représentant”).

[35] Before I go on to examine the legislative evolution of the Act and the object and purpose of section 17.1, I ought to say a few words about one of the arguments raised by the T.C.C., at paragraphs 5 to 8 of its Order. It appears that the T.C.C. did not give any

entraîner des difficultés financières pour la société, et ainsi avoir un impact sur ses actionnaires a été jugée sans pertinence. Les mots suivants tirés de l’arrêt *Wholesale*, qui sont reproduits au paragraphe 129 de l’arrêt *Québec (Procureure générale)*, concordent parfaitement avec le raisonnement exprimé par le juge Pelletier (voir le paragraphe 17 ci-dessus) :

Les particuliers choisissent la constitution d’une société par actions parce qu’elle comporte de nombreux avantages (juridiques et autres). Ceux qui recourent au paravent de la personnalité morale et qui invoquent la distinction juridique entre eux-mêmes et la personne morale quand ils peuvent en tirer profit, ne doivent pas être autorisés à nier cette distinction dans les circonstances qui nous occupent (lorsque la distinction n’opère pas à leur avantage).

[33] À ce stade, le sens ordinaire des mots « en personne » (plutôt que le concept juridique de « personne ») et le principe de common law et de droit civil selon lequel une société ne peut pas comparaître en personne en raison de sa nature même, suggèrent fortement qu’aux termes de l’article 17.1, une partie qui est une société doit être représentée par un avocat au sens du paragraphe 17.1(2).

#### B. *Autre signification*

[34] Je dois maintenant considérer si les mots « en personne » sont utilisés ailleurs dans la Loi et, dans l’affirmative, s’il en découle qu’un sens particulier doit être attribué aux mots « en personne » à l’article 17.1. Ces mots ne sont employés que dans une seule autre disposition, à savoir l’article 18.14 sous le régime de la procédure informelle. Ils figurent dans une énumération plus longue à l’article 18.14, lequel prévoit que les parties « peuvent comparaître en personne ou être représentées par avocat ou par un autre représentant ». Cela laisserait entendre que « en personne » n’est pas synonyme de « représentées [...] par un autre représentant » (en anglais, « represented by [...] an agent »).

[35] Avant de passer à l’examen de l’évolution législative de la Loi et de l’objet de l’article 17.1, il convient de commenter brièvement l’un des arguments énoncés par la C.C.I., aux paragraphes 5 à 8 de son ordonnance. Il semble que la C.C.I. n’ait accordé aucun poids au sens

weight to the ordinary meaning of the words or the traditional common law interpretation described in *Masa Sushi* on the basis that the T.C.C. is a specialized Court that has never had to apply the common law concept that only physical individual parties have the right of audience “in person”. With all due respect, it is clear that all courts of law are bound by the Supreme Court of Canada, and must apply the same approach to statutory interpretation when dealing with statutes such as the Act. This matter does not involve the *Income Tax Act* [R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1], or other fiscal or taxation legislation. Nor does it involve any special expertise of the T.C.C. Moreover, the issue here is not whether the T.C.C. is bound by certain courts’ precedents. Rather the question is whether the legislator, who is presumed to know the common law or civil law interpretation, intended to change it.

[36] Nobody has suggested that the expression “in person” had a special “technical” meaning before the Tax Review Board at the time it was included in the Act. When the T.C.C. was first created in 1983, section 15 of the Act did not require one to consider the meaning of “in person” and whether it could apply to corporations because it simply stated that all parties “may appear in person or may be represented at the hearings by counsel or an agent.” As will be explained, this provision reproduced subsection 10(1) of the *Tax Review Board Act*, S.C. 1970-71-72, c. 11 (see also subsections 2(1) and (3) of the *Tax Review Board Rules*, SOR/73-512).

[37] As a matter of fact, if one looks at the language used by the T.C.C. itself in the Order before us in this appeal, under “Appearances”, Denis Gagnon is listed as the agent for the appellant. This is also true in all the other Orders of the T.C.C. that were produced before us where an individual was seeking leave to represent a corporation pursuant to GP Rule subsection 30(2). This would suggest that “in person” is synonymous with “represented by an agent”, if this is supposed to be a technical meaning.

ordinaire des mots ou à l’interprétation traditionnelle de la common law décrite dans la décision *Masa Sushi*, au motif que la C.C.I. est une cour spécialisée qui n’a jamais eu à appliquer le principe de la common law selon lequel seules les parties qui sont des personnes physiques ont le droit de comparaître « en personne ». Avec égards, il est évident que toutes les cours de justice sont liées par la Cour suprême du Canada et qu’elles doivent adopter la même méthode d’interprétation législative lorsqu’elles traitent de lois comme celle dont il est question en l’espèce. La présente affaire ne concerne pas la *Loi de l’impôt sur le revenu* [L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1] ou d’autres lois fiscales. Elle ne fait pas non plus appel à l’expertise particulière de la C.C.I. De plus, la question qui se pose n’est pas de savoir si la C.C.I. est liée par la jurisprudence de certaines cours. La question consiste plutôt à savoir si le législateur, qui est présumé connaître l’interprétation en common law ou en droit civil, entendait la modifier.

[36] Personne n’a prétendu devant la Commission de révision de l’impôt que l’expression « en personne » revêtait une signification « technique » particulière à l’époque de son ajout dans la Loi. Lorsque la C.C.I. a été créée en 1983, l’article 15 de la Loi n’exigeait pas que l’on se penche sur le sens des mots « en personne » y figurant et sur la question de savoir si cet article pouvait s’appliquer aux sociétés, puisqu’il prévoyait simplement que toutes les parties pouvaient « comparaître en personne ou être représentées par un procureur ou autre mandataire ». Comme je l’expliquerai, cette disposition reproduisait le paragraphe 10(1) de la *Loi sur la Commission de révision de l’impôt*, S.C. 1970-71-72, ch. 11 (voir aussi les paragraphes 2(1) et (3) des *Règles de la Commission de révision de l’impôt*, DORS/73-512).

[37] En fait, si l’on examine le libellé qu’utilise la C.C.I. elle-même dans l’ordonnance dont nous sommes saisis dans le présent appel, dans la section « Comparutions », Denis Gagnon est désigné à titre de représentant de l’appelante. C’est également le cas dans toutes les autres ordonnances de la C.C.I. qui ont été produites devant nous et dans lesquelles un individu demandait l’autorisation de représenter une société en vertu de la Règle PG paragraphe 30(2). Cela tendrait à suggérer que « en personne » est synonyme de « représentées par un

[38] As mentioned, the general principles of statutory interpretation at this stage of my analysis do not allow me to accept or conclude that the words “in person” mean the same thing as the words “represented by an agent”, either by leave or not.

### C. Object and Purpose

[39] To ascertain the object and purpose of section 17.1, one should consider the legislative evolution and history of the Act and the GP Rules. The Tax Review Board was created in 1970, but in 1983, it was replaced by the T.C.C. (*Tax Court of Canada Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 158, introduced as Bill C-167 the same year). The T.C.C., a superior court of record, was meant to enhance the status of the former Tax Review Board and more clearly establish its judicial independence. However, it still shared its jurisdiction on income tax matters (the majority of its work) with the Federal Court, which had concurrent original jurisdiction.

[40] Also, even when a taxpayer chose to go first before the T.C.C., the decisions of the T.C.C. were subject to an appeal *de novo* to the Federal Court. Needless to say that, when matters were introduced at first instance by a taxpayer before the Federal Court or on an appeal *de novo*, the rules and procedure of the Federal Court applied.

[41] The 1983 Act appears to have been the subject of criticism, even if it maintained the practice of the Tax Review Board, at least insofar as there was no special form required to file an appeal, legal or evidentiary rules did not apply, and as mentioned, all parties could appear in person, or be represented by counsel or an agent (sections 14 and 15 of the 1983 Act).

autre représentant », si cette expression est censée avoir un sens technique.

[38] Comme je l’ai déjà mentionné, à ce stade de mon analyse, les principes généraux d’interprétation législative ne me permettent pas d’accepter ou de conclure que les mots « en personne » ont le même sens que les mots « représentées par un autre représentant », sur autorisation ou non.

### C. Objet

[39] Pour déterminer l’objet de l’article 17.1, il faut examiner l’évolution législative et l’historique de la Loi et des Règles PG. La Commission de révision de l’impôt a été créée en 1970, mais en 1983, elle a été remplacée par la C.C.I. (*Loi sur la Cour canadienne de l’impôt*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 158, déposée sous la forme du projet de loi C-167 la même année). La C.C.I., une cour supérieure d’archives, était censée renforcer le statut de l’ancienne Commission de révision de l’impôt et établir plus clairement son indépendance judiciaire. Cependant, elle partageait toujours sa compétence en matière d’impôt sur le revenu (la majorité de son travail) avec la Cour fédérale, qui disposait d’une compétence concurrente en première instance.

[40] De plus, même lorsqu’un contribuable choisissait d’abord d’aller devant la C.C.I., les décisions qu’elle rendait pouvaient faire l’objet d’un appel *de novo* auprès de la Cour fédérale. Il va sans dire que, lorsqu’un contribuable intentait un recours devant la Cour fédérale, que ce soit en première instance ou dans le cadre d’un appel *de novo*, les règles et procédures de la Cour fédérale s’appliquaient.

[41] Même si elle reprenait les pratiques de la Commission de révision de l’impôt, la Loi de 1983 semble avoir fait l’objet de critiques, du moins en ce qui concerne le fait qu’aucun formulaire spécial n’était exigé pour interjeter appel, que les règles de droit et de preuve ne s’appliquaient pas et que, comme je l’ai déjà mentionné, toutes les parties pouvaient comparaître en personne ou être représentées par avocat ou par un autre représentant (articles 14 et 15 de la Loi de 1983).

[42] While in opposition, the Progressive Conservative Party even formed a task force on Revenue Canada and published a report on April 8, 1984 [*Report of the Task Force on Revenue Canada*] advising that a new tribunal, which might be known as the Small Claims Tax Tribunal, could be interposed between Revenue Canada and the T.C.C. to hear small disputes on a strictly informal basis “without the intervention of counsel” (see Denis Lefebvre Q.C., Assistant Deputy Attorney General Tax Law, Department of Justice, “A Government Perspective of the Amendments to the Tax Court of Canada Act” (*Report of the Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report* (Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989), pages 49:1–5)).

[43] Between 1984 and 1987, the Act was amended three times: (i) in 1984 to provide for the award of costs to appellants, (ii) in 1985 to require parties to apply for, rather than request, *in camera* hearings; and (iii) in 1987 to modify the tenure of the T.C.C. judges. However, the overall scheme of the Act did not change.

[44] But in 1988, Bill C-146 was introduced. Although the Bill received Royal Assent in 1988, only those parts dealing with the Rules Committee came into force on September 29, 1988. The rest of the amended Act was proclaimed in force as of January 1, 1991 (by an Order in Council dated September 28, 1990). It is worth mentioning that the first version of GP Rules subsections 30(1) and (2) adopted by the new Rules Committee, was approved before the amended Act actually came into force (SOR/90-688, dated September 7, 1990). This first version of this rule clearly spelled out that corporations had to be represented by counsel. There was no exception. This indicates that at least those who were very close to the development of Bill C-146 and lived through this major change in the scheme of the Act understood that the right to appear in person did not apply to a corporation.

[42] Le Parti progressiste-conservateur, à une époque où il formait l’opposition, a même mis sur pied un groupe de travail sur Revenu Canada et publié un rapport le 8 avril 1984 [*Rapport du Groupe d’étude sur les activités de Revenu Canada*] recommandant la mise en place d’un nouvel organisme, appelé le Tribunal des petites créances fiscales, qui s’interposerait entre Revenu Canada et la C.C.I. afin d’entendre les petits différends de manière strictement informelle [TRADUCTION] « sans l’intervention d’un avocat » (voir Denis Lefebvre Q.C., sous-procureur général adjoint, portefeuille des services du droit fiscal du ministère de la Justice, « A Government Perspective of the Amendments to the Tax Court of Canada Act » (*Report of the Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report* (Toronto : Canadian Tax Foundation, 1989), pages 49 :1–5).

[43] Entre 1984 et 1987, la Loi a été modifiée à trois reprises : (i) en 1984, pour prévoir l’attribution des dépens aux appelants, (ii) en 1985, pour enjoindre aux parties de présenter une demande d’audience à huis clos avec motifs à l’appui, plutôt que de présenter une simple demande, et (iii) en 1987, pour modifier la durée du mandat des juges de la C.C.I. Cependant, l’économie générale de la Loi n’a pas changé.

[44] Or, en 1988, le projet de loi C-146 a été déposé. Bien qu’il ait reçu la sanction royale en 1988, seules les dispositions portant sur le comité des règles sont entrées en vigueur le 29 septembre 1988. Le reste de la Loi modifiée est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1991 (en vertu d’un décret daté du 28 septembre 1990). Il convient de mentionner que la première version des Règles PG paragraphes 30(1) et (2) adoptée par le nouveau comité des règles, a été approuvée avant l’entrée en vigueur de la Loi modifiée (DORS/90-688, datée du 7 septembre 1990). La première version de ces règles énonçait clairement que les sociétés devaient être représentées par avocat. Il n’y avait aucune exception. Cela révèle, à tout le moins, que ceux qui ont participé de près à l’élaboration du projet de loi C-146 et qui ont vécu ce changement majeur à l’économie générale de la Loi comprenaient que le droit de comparaître en personne ne s’appliquait pas à une société.



[45] The important changes that took place under the 1988 amendment should not be understated, for they shed much light on the purpose of section 17.1 and the new scheme of the Act. The T.C.C. was given exclusive original jurisdiction for appeals under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, as well as jurisdiction under other legislation (section 12 of the Act). Appeals from its decisions would now be made directly to the Federal Court of Appeal and would no longer be on a *de novo* basis (sections 17.6 and 18.24 of the Act).

[46] Notably, the Act as amended created two types of procedures: the General Procedure and the Informal Procedure. I understand that the aim of the procedure under the title General Procedure was to subject those matters to the rules of evidence and procedure generally applicable before other superior courts of law, as this was formerly the case when such matters came before the Federal Court before 1988. One exception to this is very clearly spelled out in the General Procedure. At section 17.3, the extent of the right to examine for discovery is limited in certain cases. It is worth noting that in such cases, the Act expressly identifies when the T.C.C. has discretion to grant leave otherwise, and when a more extensive examination is in fact mandatory. My view and understanding is confirmed by Lefebvre, at page 49:2, who appears to describe section 17.3 as the only exception to the general purpose of adopting a procedure not unlike that before most other courts of law at the time. I ought to mention that when Bill C-146 was reviewed by the Banking, Trade and Commerce Committee of the Senate, Mr. Lefebvre was the government representative and the only witness.

[47] As mentioned, section 17.1 was introduced under the General Procedure, replacing the statutory provision dealing with representation that had previously applied to all cases before the T.C.C. and the Tax Review Board before it (see paragraph 36 above). Importantly, for the purpose of this analysis, the word “agent” was removed while it was retained in the Informal Procedure (section 18.14 of the Act).

[45] Les changements importants opérés par les amendements de 1988 ne devraient pas être sous-estimés, parce qu’ils illustrent l’objectif de l’article 17.1 et de la nouvelle économie générale de la Loi. La C.C.I. s’est vue conférer une compétence exclusive pour entendre les appels interjetés en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, ainsi qu’une compétence en vertu d’autres lois (article 12 de la Loi). Les appels interjetés à l’encontre de ses décisions le seraient désormais directement auprès de la Cour d’appel fédérale et ne seraient plus instruits *de novo* (articles 17.6 et 18.24 de la Loi).

[46] Plus précisément, la Loi telle qu’amendée a créé deux types de règles de procédures : la procédure générale et la procédure informelle. Je comprends que la procédure générale visait à soumettre ces affaires aux règles de preuve et de procédure généralement applicables devant les autres cours supérieures de justice, comme cela se faisait lorsque de telles affaires étaient portées devant la Cour fédérale avant 1988. Une exception à ces règles est très clairement énoncée dans la procédure générale. À l’article 17.3, l’étendue du droit à l’interrogatoire préalable est limitée dans certains cas. Il convient de noter que, dans de tels cas, la Loi précise expressément les circonstances où la C.C.I. a le pouvoir discrétionnaire d’accorder autrement une autorisation, et où un interrogatoire plus approfondi est en fait obligatoire. M. Lefebvre confirme mon point de vue et ma compréhension à la page 49:2, où il semble décrire l’article 17.3 comme la seule exception à l’objet général d’adopter une procédure semblable à celle de la plupart des autres cours de justice à l’époque. Je dois préciser que lorsque le projet de loi C-146 a été étudié par le Comité sénatorial des banques et du commerce, M. Lefebvre était le représentant du gouvernement et le seul témoin.

[47] Comme je l’ai déjà mentionné, l’article 17.1 a été inséré sous le régime de la procédure générale, pour remplacer la disposition législative qui portait sur la représentation et qui s’appliquait auparavant à toutes les instances dont étaient saisies la C.C.I. et la Commission de révision de l’impôt l’ayant précédée (voir le paragraphe 36 ci-dessus). Plus important encore, aux fins de la présente analyse, le mot « représentant » a été supprimé alors qu’il a été conservé dans la procédure informelle (article 18.14 de la Loi).

[48] Although the legislator retained the right of taxpayers to be represented by counsel under the Informal Procedure, it is clear in my view that the prime aim of the Informal Procedure was to continue to provide easy and less costly access to justice to all taxpayers for the type of claims to which the procedure applied. As mentioned, it was expected at the time that this would apply to 70 percent of the matters brought before the T.C.C.

[49] I need not say much more in respect of the Informal Procedure as it is not the focus of the appeal. However, it is certainly important to consider that the scheme of the Act indicates that the two procedures have different purposes. Lefebvre, at page 49:2, confirms that with the introduction of the new chapter on Informal Procedure, the legislator upheld the concept of providing taxpayers with small claims with access to a kind of small claims court. The T.C.C. adopted five sets of Informal Procedure rules to deal with various types of matters now within its jurisdiction. Finally, as explained by Lefebvre, at pages 49:2 to 49:5, although not totally new, the Informal Procedure does differ from the one that was applicable before the T.C.C. and the Tax Review Board prior to 1988.

[50] To my knowledge, there is nothing else in the legislative evolution and history of section 17.1 or of the Act as amended in 1988 that can shed light on the intention of the legislator.

[51] Thus, while access to justice was the prime objective of the Informal Procedure, it was not the prime objective of the provisions under the General Procedure. The T.C.C. now had exclusive original jurisdiction to deal with more complex and legally significant cases. The purpose of the General Procedure was to ensure that these cases, which were not subject to the Informal Procedure (including those to which section 18.11 applies) would be dealt with respecting the parties' right to evidentiary and procedural rules, as in any other court of law. Unlike the Informal Procedure, precedential value applied to the decisions under the General Procedure (section 18.28 of the Act).

[48] Bien que le législateur ait maintenu le droit des contribuables d'être représentés par un avocat sous le régime de la procédure informelle, il est évident, à mon avis, que le principal objectif de la procédure informelle était de continuer à fournir un accès à la justice facile et moins coûteux à tous les contribuables pour le type d'instances auxquelles la procédure s'appliquait. Comme indiqué précédemment, à l'époque, on s'attendait à ce que cette procédure s'applique à 70 p. 100 des affaires portées devant la C.C.I.

[49] Il n'est pas nécessaire d'en dire plus sur la procédure informelle puisqu'elle ne fait pas l'objet du présent appel. Toutefois, il importe certainement de tenir compte du fait que l'économie générale de la Loi révèle que les deux procédures ont des objectifs différents. À la page 49:2, M. Lefebvre confirme qu'avec l'ajout du nouveau chapitre sur la procédure informelle, le législateur a retenu l'idée d'offrir aux contribuables ayant des petites créances fiscales l'accès à une sorte de cour des petites créances. La C.C.I. a adopté cinq ensembles de règles de procédure informelle pour traiter de divers types d'affaires relevant désormais de sa compétence. Enfin, comme l'a expliqué M. Lefebvre, aux pages 49:2 à 49:5, bien qu'elle ne soit pas entièrement nouvelle, la procédure informelle diffère de celle qui s'appliquait devant la C.C.I. et la Commission de révision de l'impôt avant 1988.

[50] À ma connaissance, il n'y a rien d'autre dans l'évolution législative et l'historique de l'article 17.1 ou de la Loi modifiée en 1988 qui puisse nous éclairer sur l'intention du législateur.

[51] Ainsi, si l'accès à la justice était le principal objectif de la procédure informelle, ce n'était pas le cas des dispositions de la procédure générale. La C.C.I. disposait désormais d'une compétence exclusive pour traiter d'instances plus complexes et juridiquement importantes. L'objectif de la procédure générale était de veiller à ce que ces instances, qui n'étaient pas soumises à la procédure informelle (y compris celles auxquelles s'applique l'article 18.11), soient traitées en respectant le droit des parties à des règles de preuve et de procédure, comme devant toute autre cour de justice. Contrairement à la procédure informelle, la valeur de précédent s'appliquait aux décisions rendues sous le régime de la procédure générale (article 18.28 de la Loi).

[52] I note that in *Sutlej Foods*, the judge mentioned that “[h]aving a lawyer represent an appellant is important, for a lawyer would be expected to know applicable jurisprudence, courtroom procedure and pre-hearing proceedings. General procedure is not informal procedure” (paragraph 20). In my view, these words, although expressed in a slightly different context, still capture the important distinction in the prime object and purpose of section 17.1, and that of section 18.14, particularly in respect of corporations. Efficiency in the administration of justice in proceedings subject to the General Procedure was the prime objective of the legislator. It is also evident that the legislator did not intend to take away the long recognized right of physical persons to present their case through their own mouth. To do otherwise would have been a major change of the common and civil law in the same manner that it would be a major change to grant a corporation an unconditional statutory right to appear “in person”.

[53] It is worth recalling the following statement of the Supreme Court in *TELUS Communications Inc. v. Wellman*, 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, at paragraph 83:

Hence, while there can be no doubt as to the importance of promoting access to justice (see *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 1), this objective cannot, absent express direction from the legislature, be permitted to overwhelm the other important objectives pursued by the *Arbitration Act* ....

[54] Finally, I cannot agree with the comments of the T.C.C. at paragraph 8 of the Order, that suggest that it is relevant here to consider the uniqueness of the T.C.C. Like the T.C.C. (GP Rule 4), other courts, including this Court and the Federal Court have a practice rule (see rule 3 of *Federal Courts Rules*, SOR/98-106), describing the need to construe their rules and apply them to secure the just and most expeditious and least expensive determination of the proceedings on its merits. But as mentioned, this does not mean that artificial entities such as corporations are given an automatic right to appear in person, nor that it allows the T.C.C. to construe the Act in accordance with its own policy preference.

[52] Je constate que, dans la décision *Sutlej Foods*, le juge a mentionné qu’« [i]l est important qu’un avocat représente un appellant, car l’avocat est censé connaître la jurisprudence applicable, la procédure à l’audience et la procédure avant l’audience. La procédure générale n’est pas une procédure informelle » (paragraphe 20). À mon avis, ces propos, bien qu’exprimés dans un contexte légèrement différent, reflètent toujours la distinction importante entre l’objectif principal de l’article 17.1 et celui de l’article 18.14, en particulier à l’égard des sociétés. L’objectif premier du législateur était l’efficacité de l’administration de la justice dans les instances assujetties à la procédure générale. Il est également évident que le législateur n’avait pas l’intention de retirer le droit reconnu et accordé depuis longtemps aux personnes physiques de faire valoir leur cause par l’intermédiaire de leur propre bouche. Faire autrement reviendrait à modifier considérablement la common law et le droit civil, au même titre que l’octroi à une société d’un droit inconditionnel prévu par la loi de comparaître « en personne » constituerait une modification majeure.

[53] Il convient de rappeler la déclaration suivante de la Cour suprême dans l’arrêt *TELUS Communications Inc. c. Wellman*, 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144, au paragraphe 83 :

Certes, l’importance de promouvoir l’accès à la justice ne fait aucun doute (voir *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 1). On ne saurait pour autant permettre, à moins d’une directive du législateur, que cet objectif prenne le dessus sur les autres objectifs importants visés par la *Loi sur l’arbitrage* [...]

[54] Enfin, je ne peux souscrire aux commentaires de la C.C.I. au paragraphe 8 de l’ordonnance, qui suggèrent qu’il est pertinent, en l’espèce, de tenir compte du caractère unique de la C.C.I. À l’instar de la C.C.I. (Règle PG 4), d’autres cours, y compris notre Cour et la Cour fédérale, ont une règle de pratique (voir la règle 3 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106) décrivant la nécessité d’interpréter leurs règles et de les appliquer de façon à pouvoir apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible. Cependant, comme mentionné précédemment, cela ne signifie pas que les entités artificielles, telles que les sociétés, se voient accorder un droit automatique

[55] At this stage of my analysis again, other than the grammatical structure of section 17.1 (the reference to “a party”), there is nothing that suggests that the legislator intended to change the common law/civil law concept that only individuals had the right to appear “in person” or to adopt a definition other than the ordinary meaning of these words at section 17.1. As explained, this grammatical structure here is insufficient to justify reaching such a conclusion.

[56] Furthermore, as I said, despite what I believe to be an inadvertently flawed grammatical structure, the Rules Committee tasked with adopting the GP Rules before the amended Act came in force appears to have had no difficulty understanding exactly what the words at section 17.1 meant. Their interpretation at the time is in line with my purposive interpretation: corporations can only be represented by counsel.

[57] None of the T.C.C. judges that concluded that the words “in person” were meant to mean something more than their ordinary meaning came up with a definition or a different meaning of these words in section 17.1. Rather, in their view, how a corporation can appear in person was simply left to be defined in the GP Rules. I cannot accept this view.

[58] First, I note that there is nothing in section 20 of the Act dealing with this (see to the contrary paragraph 66(2)(c) of Ontario’s *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43). It is not one of the matters expressly set out as being within the jurisdiction of the Rules Committee. Even if this were so, as indicated the very first version of this rule did not attempt to define “in person” vis-à-vis a corporation; rather, it completely rules out the notion of a corporation being able to appear in person.

de comparaître en personne ni que cela permet à la C.C.I. d’interpréter la Loi selon ses propres préférences politiques.

[55] Encore une fois, à ce stade de mon analyse, outre la structure grammaticale de l’article 17.1 (la mention « [l]es parties »), rien n’indique que le législateur ait voulu modifier le principe de common law et du droit civil selon lequel seuls les individus avaient le droit de comparaître « en personne », ou d’adopter une définition autre que celle correspondant au sens ordinaire de ces mots à l’article 17.1. Comme je l’ai expliqué, cette structure grammaticale ne suffit pas pour justifier une telle conclusion.

[56] De plus, comme je l’ai dit, même si j’estime qu’il s’agit d’une structure grammaticale involontairement défailante, le comité des règles chargé d’adopter les Règles PG avant l’entrée en vigueur de la Loi modifiée semble n’avoir eu aucune difficulté à comprendre exactement le sens du libellé de l’article 17.1. Son interprétation à l’époque concorde avec mon interprétation téléologique : les sociétés ne peuvent être représentées que par un avocat.

[57] Aucun des juges de la CCI qui ont conclu que les mots « en personne » devaient avoir un sens plus large que leur sens ordinaire n’a proposé une définition ou un sens différent de ces mots à l’article 17.1. Selon eux, la façon dont une société peut comparaître en personne devait simplement être définie dans les Règles PG. Je ne peux pas accepter ce point de vue.

[58] Tout d’abord, je remarque que l’article 20 de la Loi ne traite aucunement de cette question (voir en revanche l’alinéa 66(2)c) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.43). Il ne s’agit pas d’une des questions expressément énoncées comme relevant de la compétence du comité des règles. Même s’il en était ainsi, tel qu’indiqué, la toute première version de cette règle n’a pas tenté de définir l’expression « en personne » vis-à-vis d’une société; au contraire, elle écarte totalement l’idée qu’une société puisse comparaître en personne.

[59] Furthermore, even if I assumed that the GP Rule subsection 30(2) as amended in 1993 could be interpreted as meaning that only an officer of the corporation could personify a corporation within the meaning of section 17.1, the T.C.C. Rules Committee could not then subdelegate its jurisdiction to each individual judge by making a right presumably granted unconditionally by the legislator subject to a leave to be granted only “in special circumstances”. This is especially so considering that the factors used to assess whether to grant such leave have little, if anything, to do with whether an individual “personifies” the corporation. Obviously, the individual must be authorised to represent the corporation in respect of a specific litigation, but this is a distinct issue for a corporation could adopt a resolution granting such authority to its accountant.

[60] The GP Rule subsection 30(2) in its latest iteration, which appears to enable any individual (including one outside of the corporation, such as its regular accountant) to represent it on leave, could not by any stretch of the imagination be considered a definition of the words “in person” in section 17.1.

[61] Hence, I cannot agree that how section 17.1 would apply in any given case was left open. In fact, as mentioned, at the time the Act came into force, the GP Rules of the T.C.C. had already been approved and published, and GP Rule subsection 30(2) was clearly in line with my purposive interpretation of section 17.1.

[62] In 1988, the adoption of the General Procedure and the restriction as to who could represent a party (see paragraph 36 [above]) was a major change in the procedure to be followed by the judges of the Tax Review Board, who were now sitting on the T.C.C., as well as the new judges appointed in 1983, for they now had to follow more formal rules that characterized a court of law such as the Federal Court. The purpose of this restructuration may have been lost in the last iterations of the GP Rules, especially because it is somewhat unusual to find a statutory provision dealing expressly with matters of procedures such as the one under discussion.

[59] En outre, à supposer que la Règle PG paragraphe 30(2), telle que modifiée en 1993, puisse être interprétée comme signifiant que seul un dirigeant de la société pourrait personnifier une société au sens de l'article 17.1, le comité des règles de la C.C.I. ne pourrait pas sous-déléguer sa compétence à chaque juge en soumettant un droit prétendument accordé inconditionnellement par le législateur à une autorisation qui ne serait accordée que [TRADUCTION] « dans des circonstances spéciales ». Cela est d'autant plus vrai considérant que les critères utilisés pour apprécier si une telle autorisation doit être accordée ont peu, voire rien, à voir avec la question de savoir si un individu « personnifie » la société. De toute évidence, l'individu doit être autorisé à représenter la société dans le cadre d'une instance particulière, mais il s'agit là d'une question distincte, puisqu'une société pourrait adopter une résolution conférant ce pouvoir à son comptable.

[60] Sous sa forme la plus récente, la Règle PG paragraphe 30(2), qui semble permettre à toute personne (y compris une tierce personne, comme le comptable ordinaire de la société) de la représenter sur autorisation, ne peut en toute logique être considérée comme une définition des mots « en personne » figurant à l'article 17.1.

[61] Ainsi, je ne peux pas convenir que la question de savoir comment l'article 17.1 s'appliquerait dans toute affaire donnée a été laissée en suspens. En fait, comme je l'ai mentionné, au moment de l'entrée en vigueur de la Loi, les Règles PG de la C.C.I. avaient déjà été approuvées et publiées et la Règle PG paragraphe 30(2) était manifestement conforme à mon interprétation téléologique de l'article 17.1.

[62] En 1988, l'adoption de la procédure générale et de la restriction quant aux personnes qui pouvaient représenter une partie (voir le paragraphe 36 ci-dessus) a apporté des changements importants à la procédure à suivre par les juges de la Commission de révision de l'impôt, qui siégeaient désormais à la C.C.I., ainsi que par les nouveaux juges nommés en 1983, puisqu'ils devaient désormais suivre des règles plus formelles qui caractérisaient une cour de justice telle que la Cour fédérale. Il se peut que l'objectif de cette restructuration ait été perdu dans les dernières versions des Règles PG, surtout parce qu'il est plutôt inhabituel de trouver une

[63] Certainly, section 17.1 could have been worded more clearly, as was the 1990 version of GP Rules subsections 30(1) and (2). However, at the relevant time, nobody could have thought that a corporation could appear in person.

#### VI. Conclusion

[64] I conclude from all of the above that on the proper statutory interpretation of section 17.1 of the Act, the T.C.C. could not find that Mr. Gagnon personified BCS and that he was exercising BCS's right to appear "in person". As Mr. Gagnon is not a lawyer, he could not act as counsel for BCS. The T.C.C. could not grant leave to Mr. Gagnon to act as BCS's agent in the appeal before it.

[65] At the hearing, the appellant made it clear that it does not seek costs. Therefore, I propose that the appeal be allowed without costs. The T.C.C. Order at paragraph 18 states that it will be revoked if this Court concludes that Mr. Gagnon cannot act for BCS pursuant to section 17.1. It is not clear if this revocation is automatic, so to avoid any uncertainty, I propose to set it aside.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

LOCKE J.A.: I agree.

disposition législative traitant expressément de questions de procédure comme celle en l'espèce.

[63] Certes, l'article 17.1 aurait pu être formulé en termes plus clairs, à l'instar de la version de 1990 des Règles PG paragraphes 30(1) et (2). Cependant, à l'époque pertinente, personne n'aurait pu penser qu'une société pouvait comparaître en personne.

#### VI. Conclusion

[64] À la lumière de tout ce qui précède, je conclus que selon l'interprétation législative appropriée de l'article 17.1 de la Loi, la C.C.I. ne pouvait pas conclure que M. Gagnon personnifiait BCS et qu'il exerçait le droit de BCS de comparaître « en personne ». M. Gagnon n'étant pas un avocat, il ne pouvait pas agir à titre de procureur pour BCS. La C.C.I. ne pouvait pas autoriser M. Gagnon à agir comme représentant de BCS dans le cadre de l'appel dont elle était saisie.

[65] À l'audience, l'appelante a précisé qu'elle ne demandait pas de dépens. Par conséquent, je propose que l'appel soit accueilli, sans dépens. L'ordonnance de la C.C.I., au paragraphe 18, stipule qu'elle sera révoquée si notre Cour conclut que M. Gagnon ne peut pas agir pour le compte de BCS, en vertu de l'article 17.1. Il n'est pas précisé si cette révocation est automatique, donc pour éviter toute incertitude, je propose de l'annuler.

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

LE JUGE LOCKE, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

A-185-21  
2022 FCA 25

A-185-21  
2022 CAF 25

**Commissioner of Competition** (*Appellant*)

**Commissaire de la concurrence** (*appellant*)

v.

c.

**Secure Energy Services Inc. and Tervita Corporation**  
(*Respondents*)

**Secure Energy Services Inc. et Tervita Corporation**  
(*intimées*)

**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION)  
v. SECURE ENERGY SERVICES INC.**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE)  
c. SECURE ENERGY SERVICES INC.**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Locke and LeBlanc JJ.A.—By videoconference, January 19; Ottawa, February 9, 2022.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Locke et LeBlanc, J.C.A.—Par vidéoconférence, 19 janvier; Ottawa, 9 février 2022.

*Competition — Appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under Competition Act, s. 104 — Application under s. 104 (Section 104 Application) was application for interim relief pending hearing of application under Act, s. 92 (Section 92 Application) — Section 92 Application that prompted Section 104 Application, then Application in Issue sought to enjoin proposed transaction through which respondents would merge (Proposed Transaction) — Section 104 Application sought interim order prohibiting proposed merger until Section 92 Application could be heard, decided — Application in Issue sought “interim interim relief” to prevent merger pending hearing of Section 104 Application — Tribunal finding it lacked jurisdiction to grant appellant’s requested relief — In present appeal, appellant seeking reversal of Tribunal’s finding that it lacked jurisdiction ever to grant interim interim relief — Given closing of Proposed Transaction, absence of live controversy on Application in Issue, present appeal moot — Discretion exercised to hear, decide appeal despite mootness — Main issue was whether Tribunal having jurisdiction to grant requested relief — Appellant arguing that Act, s. 104 providing jurisdiction necessary to grant requested relief or that such jurisdiction existing by necessary implication — Text, context, purpose of s. 104 examined — Act, s. 104(1) indicating it applies when application pursuant to s. 92 has been filed, which was case in present appeal — Since s. 104(1) applying in present situation, text not to be read more narrowly than plain textual reading suggested — Reference in s. 104(1) to “any interim order” encompassing both “interlocutory”, “interim” relief as terms used in superior courts — Also, Parliament provided detailed, specific tools to appellant, related powers to Tribunal, to intervene in transactions of concern under Act — Concerning purpose of s. 104, intent of merger review scheme to ensure*

*Concurrence — Appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appellant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la Loi sur la concurrence — La demande en vertu de l’article 104 de la Loi (demande au titre de l’article 104) était une demande de mesure provisoire dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 92 de la Loi (demande au titre de l’article 92) — La demande au titre de l’article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l’article 104 de la Loi, puis la demande en cause, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée) — La demande au titre de l’article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu’à ce que la demande au titre de l’article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée — La demande en cause visait à obtenir une « mesure provisoire provisoire » afin d’empêcher le fusionnement en attendant l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi — Le Tribunal a conclu qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure demandée par l’appellant — Dans le présent appel, l’appellant demandait l’annulation de la conclusion du Tribunal selon laquelle il n’a jamais eu compétence pour accorder une mesure provisoire provisoire — Compte tenu de la clôture de la transaction proposée, de l’absence de contentieux actuel au sujet de la demande en cause, le présent appel était théorique — Le pouvoir discrétionnaire a été exercé pour entendre et trancher l’appel malgré son caractère théorique — La principale question à trancher était de savoir si le Tribunal avait compétence pour accorder la mesure demandée — L’appellant a soutenu que l’article 104 de la Loi conférerait la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée ou que cette compétence existait par déduction nécessaire — Le texte, le contexte, et l’objet de l’article 104 ont été examinés — Le*

*that proposed mergers could be reviewed, challenged before they close — Nothing in goal of encouraging completion of merger review before closing suggesting narrow interpretation of term “any interim order” — Therefore, Act, s. 104 providing that Tribunal having jurisdiction, in proper circumstances, to grant both interlocutory relief pending decision on application under s. 92, interim relief pending decision on whether to grant interlocutory relief — Accordingly, Tribunal erring in concluding that it lacked jurisdiction necessary to grant relief requested in Application in Issue — Appeal allowed.*

*Practice — Mootness — Whether appeal should be heard despite its mootness — Question arising in context of appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under Competition Act, s. 104 seeking interim order prohibiting proposed merger — Given closing of proposed transaction (i.e. merger), absence of live controversy on Application in Issue, present appeal moot — Courts having discretion to hear appeal despite its mootness — In deciding whether to exercise such discretion, court should consider factors discussed by Supreme Court of Canada in Borowski v. Canada (Attorney General) — Factors are (i) whether adversarial context remains; (ii) concern for judicial economy; (iii) respect for proper law-making function of Court — Question in issue in present appeal likely to recur — All three factors listed in Borowski favouring hearing appeal — Therefore, discretion exercised to hear, decide present appeal.*

*paragraphe 104(1) de la Loi indique qu’il s’applique lorsque la demande en vertu de l’article 92 a été déposée, ce qui était le cas en l’espèce — Puisque le paragraphe 104(1) s’appliquait en l’espèce, le texte ne devait pas être interprété de façon plus restrictive que le suggérait l’interprétation simple du texte — Le renvoi au paragraphe 104(1) à « toute ordonnance provisoire » englobe à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire » comme termes utilisés dans les cours supérieures — De plus, le législateur a fourni à l’appelant des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal les pouvoirs connexes d’intervenir dans des transactions préoccupantes aux termes de la Loi — Concernant l’objet de l’article 104, l’intention du régime d’examen des fusionnements est de s’assurer que les fusionnements proposés puissent faire l’objet d’un examen et être contestés, au besoin, avant leur clôture — Rien à propos de l’objectif d’encourager l’achèvement de l’examen d’un fusionnement avant la clôture de celui-ci ne laissait entendre une interprétation restrictive de « toute ordonnance provisoire » — Par conséquent, l’article 104 de la Loi prévoit que le Tribunal ayant compétence, dans les circonstances appropriées, accorde à la fois un redressement interlocutoire en attendant qu’une décision concernant la demande au titre de l’article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire en attendant qu’une décision sur la question d’accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue — Par conséquent, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’il n’avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en cause — Appel accueilli.*

*Pratique — Caractère théorique — Il s’agissait de savoir si l’appel devait être entendu malgré son caractère théorique — La question a été soulevée dans le contexte de l’appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appelant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la Loi sur la concurrence, demandant une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé — Compte tenu de la clôture de la transaction proposée, de l’absence de contentieux actuel au sujet de la demande en cause, le présent appel était théorique — Les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d’entendre un appel malgré son caractère théorique — Pour décider s’ils doivent exercer ce pouvoir discrétionnaire, les tribunaux devraient tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt Borowski c. Canada (Procureur général) — Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l’économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l’élaboration du droit — La question en litige dans le présent appel était susceptible de se répéter — Les trois facteurs énumérés dans l’arrêt Borowski militaient en faveur de l’admission du présent appel — Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire d’entendre et de trancher le présent appel a donc été exercé.*



*Practice — Appeals and New Trials — Whether appellant raised new issue on appeal — Question arising in context of appeal from Competition Tribunal decision dismissing appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending hearing of application under Competition Act, s. 104 — Appeal raising no new issue that should not be considered — While appellant’s argument before Tribunal not directed explicitly to interpretation of s. 104, Tribunal clearly considered that section when it concluded that it lacked jurisdiction to grant requested relief — Appellant entitled to appeal its consideration on this point — Thus, appellant made new argument on existing issue but not raising new issue.*

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing the appellant’s request for short-term relief (Application in Issue) pending the hearing of an application under section 104 of the *Competition Act*. The application under section 104 (Section 104 Application) was an application for interim relief pending the hearing of an application under section 92 of the Act (Section 92 Application). The Section 92 Application that prompted the Section 104 Application and then the Application in Issue sought to enjoin a proposed transaction through which the respondents would merge (the Proposed Transaction). The Section 104 Application sought an interim order prohibiting the proposed merger until the Section 92 Application could be heard and decided. Citing the imminent date of the proposed merger, the Application in Issue sought “interim interim relief” to prevent the merger pending the hearing of the Section 104 Application.

In March, 2021, the respondents submitted to the appellant a pre-merger notification pursuant to subsection 114(1) of the Act. A month later, the appellant issued a Supplementary Information Request (SIR) pursuant to subsection 114(2) to which the respondents responded. In June 2021, the respondents undertook to provide 72 hours’ notice of their intention to close the proposed transaction. They then provided that notice late in the evening on June 28, 2021, thus opening the possibility that the respondents would effect their merger as early as July 1, 2021 in the late evening. The appellant responded by filing the Section 92 Application and then the Section 104 Application on June 29, 2021. Upon notice from the respondents later that day that they would not voluntarily delay the merger until a ruling on the Section 104 Application, the appellant requested an emergency case management

*Pratique — Appels et nouveaux procès — Il s’agissait de savoir si l’appelant a soulevé une nouvelle question en appel — La question a été soulevée dans le contexte de l’appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appelant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la Loi sur la concurrence — L’appel ne soulevait aucune nouvelle question qui ne devrait pas être prise en considération — Bien que l’argument de l’appelant devant le Tribunal n’ait pas porté explicitement sur l’interprétation de l’article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu’il a conclu qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure demandée — L’appelant avait le droit d’interjeter appel sur ce point — De sorte que l’appelant a présenté un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne soulevait pas une nouvelle question.*

Il s’agissait d’un appel à l’encontre de la décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande de mesure à court terme de l’appelant (demande en cause) dans l’attente de l’audition de la demande en vertu de l’article 104 de la *Loi sur la concurrence*. La demande présentée en vertu de l’article 104 (demande au titre de l’article 104 de la Loi) était une demande de mesure provisoire dans l’attente de l’audition d’une demande présentée en vertu de l’article 92 (demande au titre de l’article 92 de la Loi). La demande au titre de l’article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l’article 104 de la Loi, puis la demande en cause, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée). La demande au titre de l’article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu’à ce que la demande au titre de l’article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée. La demande en cause, qui mentionnait la date imminente du fusionnement proposé, demandait une « mesure provisoire provisoire » afin d’empêcher le fusionnement en attendant l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi.

En mars 2021, les intimées ont présenté à l’appelant un avis préalable au fusionnement conformément au paragraphe 114(1) de la Loi. Un mois plus tard, l’appelant a présenté une demande de renseignements supplémentaires (DRS) en vertu du paragraphe 114(2), à laquelle les intimées ont répondu. En juin 2021, les intimées se sont engagées à donner un préavis de 72 heures afin de signifier leur intention de conclure la transaction proposée. Elles ont donc fourni ce préavis plus tard dans la soirée du 28 juin 2021, ce qui laissait ainsi aux intimées la possibilité d’effectuer leur fusionnement tard dans la soirée du 1<sup>er</sup> juillet 2021. Le 29 juin 2021, l’appelant a répondu en déposant la demande au titre de l’article 92 de la Loi, puis la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Après avoir reçu plus tard, ce même jour, un avis des intimées selon lequel elles choisissaient délibérément de ne pas différer le fusionnement,

conference to address the Application in Issue. That application was heard by the Competition Tribunal the next day (June 30, 2021). The Tribunal's Decision dismissed the Application in Issue on July 1, 2021, just minutes before the possible merger. The appellant immediately appealed the decision and made a motion "on an emergency basis for an interim interim order prohibiting closing the Proposed Transaction pending a hearing on a later motion for an interim injunction." The emergency motion was dismissed and the respondents closed the Proposed Transaction a few minutes later, merging the respondents. They continue now as a single entity with the same name as one of the merging entities: SECURE Energy Services Inc. (respondent). Since then, the Section 104 Application was amended to recognize the merger and to seek different relief. That Application was heard and dismissed. The Section 92 Application was also amended to reflect the fact that the merger occurred and to seek to dissolve it rather than block it.

The Tribunal saw two issues before it. The first was whether it had the jurisdiction to grant the "interim interim" relief sought in the Application in Issue. The second was whether, if the Tribunal had jurisdiction, it should grant said relief. In the end, the Tribunal concluded that there was no need to address the second issue because it found that it lacked the jurisdiction to grant the requested relief.

The present appeal was no longer concerned with whether the "interim interim" relief sought in the Application in Issue should have been granted on the facts of this case. Rather, the appellant limited himself to seeking a reversal of the Tribunal's finding that it lacked jurisdiction ever to grant such relief. Because the Proposed Transaction was now closed and the respondents merged to continue as SECURE, there was no longer a live controversy on the Application in Issue and the present appeal was moot. Also, the respondent argued that the appellant's submission that the Tribunal's jurisdiction to grant the requested relief came from section 104 of the Act was not made to the Tribunal and thus it raised a new issue for the first time on appeal. Therefore, there were preliminary issues that needed to be addressed.

The two preliminary issues were whether the appeal should be heard despite its mootness and whether the appellant raised a new issue on appeal. The main issue was whether the Tribunal has jurisdiction to grant the requested relief.

malgré le fait que la demande au titre de l'article 104 n'avait pas encore été tranchée, le commissaire a requis la tenue en urgence d'une conférence de gestion des instances afin de traiter la demande en cause. La demande a été entendue par le Tribunal de la concurrence le jour suivant (le 30 juin 2021). Dans sa décision, le Tribunal a rejeté la demande en cause le 1<sup>er</sup> juillet 2021, quelques minutes avant le fusionnement éventuel. L'appellant a immédiatement fait appel de la décision et a présenté une requête [TRADUCTION] « d'urgence afin d'obtenir une ordonnance provisoire interdisant la clôture de la transaction proposée dans l'attente de l'audition d'une requête ultérieure en injonction provisoire ». La requête d'urgence a été rejetée, et les intimées ont conclu la transaction proposée quelques minutes plus tard et leur fusionnement a eu lieu. Elles poursuivent maintenant leurs activités comme une seule entité dont le nom est le même que celui de l'une des entités fusionnantes : SECURE Energy Services Inc. (intimée). Depuis, la demande au titre de l'article 104 de la Loi a été modifiée afin de reconnaître le fusionnement et pour obtenir une mesure différente. La demande a été entendue et rejetée. La demande au titre de l'article 92 de la Loi a aussi été modifiée afin de tenir compte du fait que le fusionnement a été réalisé et pour chercher à le faire annuler, plutôt qu'à le bloquer.

Le Tribunal a été saisi de deux questions. La première cherchait à savoir s'il avait compétence pour accorder la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » recherchée dans la demande en cause. La deuxième consistait à savoir si le Tribunal devait accorder cette mesure s'il avait compétence pour le faire. Finalement, le Tribunal a conclu qu'il n'était pas nécessaire de traiter la deuxième question en litige, car il a estimé qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée.

Le présent appel ne portait plus sur la question de savoir si la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » sollicitée dans la demande en cause aurait dû être accordée compte tenu des faits de la présente affaire. L'appellant se limitait plutôt à demander que la conclusion du Tribunal selon laquelle il n'avait jamais eu compétence pour accorder cette mesure soit infirmée. Il n'y avait plus de contentieux actuel concernant la demande en cause et le présent appel était théorique, étant donné que la transaction proposée était maintenant conclue et que les intimées ont fusionné pour poursuivre leurs activités en formant l'entreprise SECURE. De plus, l'intimée a soutenu que l'observation de l'appellant selon laquelle la compétence du Tribunal d'accorder la mesure demandée émanait de l'article 104 de la Loi n'avait pas été conférée au Tribunal, et qu'elle soulevait donc une nouvelle question pour la première fois en appel. Par conséquent, il y avait des questions préliminaires à régler.

Les deux questions préliminaires étaient de savoir si l'appel devait être entendu malgré son caractère théorique et si l'appellant avait soulevé une nouvelle question en appel. La principale question à trancher était de savoir si le Tribunal avait compétence pour accorder la mesure demandée.

*Held*, the appeal should be allowed.

Courts have discretion to hear an appeal despite its mootness. In deciding whether to exercise such discretion, a court should consider the factors discussed by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*. The factors are (i) whether an adversarial context remains, (ii) the concern for judicial economy, and (iii) respect for the proper law-making function of the Court. There was an adversarial context in the present appeal. Both sides of the debate were well and vigorously argued by parties who had an ongoing dispute. Regarding judicial economy, the Court's decision on this appeal would have no practical effects on the rights of the parties. However, judicial economy nevertheless favoured hearing the appeal because the absence of practical effects for the parties was outweighed by the other considerations. The question of the Tribunal's jurisdiction to grant the relief that was sought by the appellant was evasive of appeal since the need for such short-term relief is fleeting and will typically not last beyond the hearing of the original application for interim relief under section 104. Also, although there is no inconsistent case law on the question in issue, and little judicial consideration of the relevant statutory provisions, this was a weak basis for concluding that the question was unlikely to recur. The dearth of judicial consideration does not necessarily indicate any particular commonly held understanding of the scope of the Tribunal's jurisdiction on the question. Therefore the question in issue in the present appeal was likely to recur. With respect to the proper law-making function of the Court, the respondent argued that this factor favoured refusing to hear the moot appeal, in particular since the appellant sought an interpretation of section 104 of the Act that was not put in issue before the Tribunal. Despite the fact that the appellant's argument before the Tribunal did not appear to have focused explicitly on the interpretation of section 104 itself, the Tribunal clearly reached a conclusion that it lacked jurisdiction to grant the requested relief, and it indicated clearly that it considered section 104 among other provisions. The present appeal sought a different interpretation of section 104 than that reached by the Tribunal. Statutory interpretation is clearly part of the proper law-making function of the courts. Thus, this factor favoured the exercise of discretion to hear the appeal in the present matter. Therefore, all three of the factors listed in *Borowski* favoured hearing the appeal. Discretion was therefore exercised to hear and decide the present appeal.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

Les tribunaux judiciaires ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel, malgré son caractère théorique. En décidant d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire, un tribunal devrait tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*. Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l'économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit. Il y a un débat contradictoire dans le présent appel. Les parties, qui continuent de s'opposer, ont bel et bien débattu avec vigueur des arguments de l'une et de l'autre. En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, la décision relative au présent appel que la Cour rendra n'aura aucun effet pratique sur les droits des parties. Toutefois, l'économie des ressources judiciaires milite en faveur de l'audition du présent appel, car les autres considérations l'emportent sur l'absence d'effet pratique pour les parties. La question de la compétence qu'a le Tribunal pour accorder la mesure que l'appelant demandait est susceptible de ne jamais faire l'objet d'un appel, étant donné que la nécessité de cette mesure à court terme est provisoire et ne durera généralement pas au-delà de l'audition de la demande initiale d'une mesure provisoire présentée au titre de l'article 104 de la Loi. Ensuite, bien qu'il n'existe aucune jurisprudence incohérente sur la question en litige et que les examens judiciaires des dispositions législatives pertinentes aient été peu nombreux, il ne s'agissait pas là d'un motif suffisant pour conclure à la résurgence peu probable de la question. Le peu d'examen judiciaires n'indique pas nécessairement une interprétation particulière généralement admise de la portée de la compétence du Tribunal sur la question. Par conséquent, la question en litige dans le présent appel était susceptible de se répéter. En ce qui concerne la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit, l'intimée a fait valoir que ce facteur favorisait le refus d'entendre l'appel théorique, en particulier parce que l'appelant a demandé une interprétation de l'article 104 de la Loi qui n'a pas été mise en cause devant le Tribunal. Malgré le fait que l'argument soulevé par l'appelant devant le Tribunal ne semblait pas avoir mis l'accent explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée et il a clairement indiqué qu'il a tenu compte de l'article 104 de la Loi, parmi d'autres dispositions. Dans le présent appel, une interprétation différente de celle faite par le Tribunal de l'article 104 de la Loi était recherchée. L'interprétation de la Loi fait clairement partie de la fonction véritable des tribunaux judiciaires dans l'élaboration du droit. Par conséquent, ce facteur favorisait l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel en l'espèce. Ainsi, les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski* militent en faveur de l'audition du présent appel. Le pouvoir discrétionnaire a donc été exercé pour entendre et trancher le présent appel.

As to the second preliminary issue, the appeal raised no new issue that should not be considered. The respondent argued that the present appeal raised a new issue that was not argued before the Tribunal (the Tribunal's jurisdiction under section 104 to grant the relief requested in the Application in Issue), which issue should not be heard for the first time by the Court. This argument involved some of the same considerations in relation to the proper law-making function of the Court: though the appellant's argument before the Tribunal was not directed explicitly to the interpretation of section 104, the Tribunal clearly considered section 104 when it concluded that it lacked jurisdiction to grant the requested relief. Regardless of the arguments that were made before the Tribunal, the appellant was entitled to appeal its conclusion on this point. Essentially, the appellant was making a new argument on an existing issue but was not raising a new issue.

Regarding the jurisdiction of the Competition Tribunal to grant the requested relief, the appellant relied on two separate grounds for the Tribunal's jurisdiction. First, the appellant argued that section 104 of the Act, properly interpreted, provides the jurisdiction necessary to grant the requested relief. Second, even if section 104 itself does not provide the necessary jurisdiction, such jurisdiction exists by necessary implication. The text, context and purpose of section 104 of the Act were examined. The key provision of section 104 is subsection 104(1), which provides that, where a certain condition has been met ("an application has been made for an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3"), the Tribunal "may issue any interim order that it considers appropriate", subject to the restriction set out in the concluding words of the subsection ("having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief"). The text of subsection 104(1) indicates that it applies when an application pursuant to section 92 of the Act has been filed, and that was the case here. Since subsection 104(1) applied in the present situation, there was no reason in the text thereof to read it as being limited in the way the respondent urged. Subsection 104(1) contemplates "any interim order" that the Tribunal considers appropriate, and this broad scope is limited only by reference to "principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief." However, the wording of subsection 104(1) does not preclude the type of "interim interim" relief that the appellant sought before the Tribunal. Subject to the context and the purpose of section 104, the reference therein to "any interim order" in the text of subsection 104(1) appears to encompass, at least in the technical sense, both "interlocutory" and "interim" relief, as these terms are typically used in superior courts. A reading of subsection 104(1) is that the Section 92 Application could be the application that supported

Quant à la deuxième question préliminaire, l'appel ne soulevait aucune nouvelle question qui ne devrait pas être examinée. L'intimée a affirmé que le présent appel soulevait une nouvelle question qui n'a pas été débattue devant le Tribunal (la compétence du Tribunal aux termes de l'article 104 pour accorder la mesure demandée dans la demande en cause), question qui ne devrait pas être entendue pour la première fois par la Cour. Cet argument comportait certaines des considérations relatives à la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit : bien que l'argument soulevé par l'appelant devant le Tribunal n'ait pas porté explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée. Quels que soient les arguments qui ont été soulevés devant le Tribunal, l'appelant avait le droit d'interjeter appel de la conclusion du Tribunal sur ce point. En substance, l'appelant a présenté un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne soulevait pas une nouvelle question.

En ce qui concerne la compétence du Tribunal de la concurrence d'accorder la mesure demandée, l'appelant a invoqué deux motifs distincts relativement à la compétence du Tribunal. Premièrement, l'appelant a affirmé que l'article 104 de la Loi, lorsqu'il est correctement interprété, confère la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée. Deuxièmement, même si, en soi, l'article 104 de la Loi ne confère pas la compétence nécessaire, cette compétence existe par déduction nécessaire. Le libellé, le contexte et l'objet de l'article 104 de la Loi ont été examinés. La principale disposition de l'article 104 est le paragraphe 104(1), qui prévoit que, lorsqu'une certaine condition a été satisfaite (« une demande d'ordonnance a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3 »), le Tribunal « peut [...] rendre toute ordonnance provisoire qu'il considère justifiée », sous réserve de la restriction énoncée dans le membre de phrase final du paragraphe (« conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction »). Le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi indique que ce dernier s'applique lorsqu'une demande présentée en application de l'article 92 de la Loi a été déposée et c'était le cas en l'espèce. Puisque le paragraphe 104(1) de la Loi s'appliquait dans la situation en l'espèce, il n'y avait aucune raison d'interpréter le libellé du paragraphe comme ayant la portée limitée que l'intimée préconisait. Le paragraphe 104(1) de la Loi prévoit « toute ordonnance provisoire » que le Tribunal considère justifiée et cette vaste portée n'est limitée que par le renvoi aux « principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d'injonction ». Cependant, le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi n'empêche pas la prise en compte du type de mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » que l'appelant a cherché à obtenir devant le Tribunal. Sous

both the Section 104 Application and the Application in Issue. As to the context of section 104, Parliament has provided detailed and specific tools to the appellant, and related powers to the Tribunal, to intervene in transactions that are of concern under the Act, and has decided not to grant other such tools and powers. However, there was nothing in the context of section 104, including section 100, that suggested that the broad power of the Tribunal to issue “any interim order that it considers appropriate” should be read more narrowly than a plain textual reading suggested, so as to exclude the relief sought in the Application in Issue. Concerning the purpose of section 104 of the Act, the appellant rightly provided a review of the intent of the merger review scheme provided for in the Act, including in section 104 thereof. He explained that the goal of the scheme was to ensure that proposed mergers could be reviewed and, if necessary, challenged before they close. This is because Parliament recognized that it can be very difficult to reverse or offset anti-competitive effects of a merger after it has been completed. Contrary to the respondent’s argument, there was nothing in the goal of encouraging completion of merger review before closing that would suggest a narrow interpretation of the term “any interim order”.

Having considered the text, context and purpose of section 104 of the Act, that section provides that the Tribunal has jurisdiction, in the proper circumstances, to grant both interlocutory relief (as that term is typically used in superior courts) pending a decision on application under section 92, and interim relief (as that term is typically used in superior courts) pending a decision on whether to grant interlocutory relief. Accordingly, the Tribunal erred in concluding that it lacked the jurisdiction necessary to grant the relief requested in the Application in Issue. The Tribunal might well have been justified in refusing to grant such relief in this case based on the facts, but that was not the basis for the decision.

réserve du contexte et de l’objet de l’article 104 de la Loi, le renvoi à « toute ordonnance provisoire » dans le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi semble comprendre, du moins au sens technique, à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire », étant donné que les cours supérieures utilisent généralement ces termes. L’interprétation du paragraphe 104(1) de la Loi veut que la demande au titre de l’article 92 de la Loi pourrait être la demande qui était à la fois la demande au titre de l’article 104 de la Loi et la demande en cause. En ce qui concerne le contexte de l’article 104, le législateur a offert à l’appelant des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal des pouvoirs connexes pour intervenir lorsque des transactions, aux termes de la Loi, sont préoccupantes et il a décidé de ne pas donner d’autres outils et pouvoirs. Cependant, il n’y a aucun élément du contexte de l’article 104 de la Loi, y compris l’article 100 de la Loi, qui indique que le vaste pouvoir qu’exerce le Tribunal pour rendre « toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée » doit être interprété de manière plus restrictive, en excluant la mesure recherchée dans la demande en cause, que ce que suggère une simple interprétation textuelle. En ce qui concerne l’objet de l’article 104 de la Loi, l’appelant a fourni à juste titre un examen de l’intention du régime d’examen du fusionnement prévu par la Loi, notamment à l’article 104. Il a expliqué que le but du régime était de veiller à ce que les fusionnements proposés puissent faire l’objet d’un examen et être contestés, au besoin, avant leur clôture. Ce but s’explique par le fait que le législateur a reconnu qu’il peut être très difficile d’annuler ou de contrer les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement après qu’il a eu lieu. Contrairement à l’argument de l’intimée, il n’y avait rien à propos de l’objectif d’encourager l’achèvement de l’examen d’un fusionnement avant la clôture de celui-ci qui laissait entendre une interprétation étroite de l’expression « toute ordonnance provisoire ».

Ayant examiné le texte, le contexte et l’objet de l’article 104 de la Loi, cet article dispose que le Tribunal a compétence, dans les circonstances appropriées, pour accorder à la fois un redressement interlocutoire (selon l’utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu’une décision concernant la demande en application de l’article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire (selon l’utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu’une décision sur la question d’accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue. Par conséquent, le Tribunal a commis une erreur en concluant qu’il n’avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en cause. Il était possible que le refus par le Tribunal d’accorder cette mesure en l’espèce ait été justifié par les faits, mais la décision n’était pas fondée sur ceux-ci.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1.1, 75 to 107, 92, 100, 103.3, 104, 114(1),(2), 123.

*Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, ss. 8(2), 9(2), 13(1).

*Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141, rr. 2, 34(1).

*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 372(1).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598; *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company*, 2020 FCA 141, [2021] 1 F.C.R. 551, 452 D.L.R. (4th) 318.

## CONSIDERED:

*Canada (Commissioner of Competition) v. Secure Energy Services Inc.*, 2021 Comp. Trib. 7, 2021 CanLII 76988; *Canadian Standard Travel Agent Registry v. International Air Transport Association*, 2008 Comp. Trib. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WL Can.); *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 487 N.R. 202.

## REFERRED TO:

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FCA 22, 289 D.L.R. (4th) 500, [2008] 2 F.C.R. D-10; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; *The Commissioner of Competition v. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Comp. Trib. 4, 2015 CanLII 154097.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal (2021 Comp. Trib. 4, 2021 CanLII 56985) dismissing the appellant's request for short-term relief pending the hearing of an application under section 104 of the *Competition Act* for interim relief pending the hearing of an application under section 92 of the Act. Appeal allowed.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1.1, 75 à 107, 92, 100, 103.3, 104, 114(1),(2), 123.

*Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 8(2), 9(2), 13(1).

*Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141, règles 2, 34(1).

*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 372(1).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598; *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company*, 2020 CAF 141, [2021] 1 R.C.F. 551.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Commissaire de la concurrence) c. Secure Energy Services Inc.*, 2021 Trib. conc. 7, 2021 CanLII 76988; *Canadian Standard Travel Agent Registry c. Association du transport aérien international*, 2008 Trib. conc. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WL Can.); *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Commissaire de la concurrence c. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 CAF 22, [2008] 2 R.C.F. F-12; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Le commissaire de la concurrence c. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Trib. conc. 4, 2015 CanLII 154097.

APPEL à l'encontre d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence (2021 Trib. conc. 4, 2021 CanLII 56985) a rejeté la demande de mesure à court terme de l'appelant dans l'attente de l'audition d'une demande en vertu de l'art. 104 de la *Loi sur la concurrence* pour une mesure provisoire dans l'attente de l'audition d'une demande présentée au titre de l'article 92 de la Loi. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*Paul Klippenstein and Alexander Gay* for appellant.  
*Elder C. Marques and Liam Kelley* for respondent Secure Energy Services Inc.  
No one appearing for respondent Tervita Corporation.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, for respondent Secure Energy Services Inc.  
*Bennett Jones LLP*, Washington D.C., for respondent Tervita Corporation.

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

LOCKE J.A.:

I. Overview

[1] The appellant, the Commissioner of Competition (the Commissioner), appeals from a decision of the Competition Tribunal (2021 Comp. Trib. 4, 2021 CanLII 56985, *per* Crampton C.J., the Decision) that dismissed the Commissioner's request for short-term relief pending the hearing of an application under section 104 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act). That application under section 104 was an application for interim relief pending the hearing of an application under section 92 of the Act. For ease of reference, the request for short-term relief is hereinafter referred to as the "Application in Issue", and the other applications are referred to, respectively, as the "Section 104 Application" and the "Section 92 Application".

[2] The Section 92 Application that prompted the Section 104 Application and then the Application in Issue sought to enjoin a proposed transaction through which the respondents would merge (the Proposed Transaction). The Section 104 Application sought an

## ONT COMPARU :

*Paul Klippenstein et Alexander Gay* pour l'appellant.  
*Elder C. Marques et Liam Kelley* pour l'intimée Secure Energy Services Inc.  
Personne n'a comparu pour l'intimée Tervita Corporation.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Toronto, pour l'intimée Secure Energy Services Inc.  
*Bennett Jones LLP*, Washington D.C., pour l'intimée Tervita Corporation.

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

LE JUGE LOCKE, J.C.A. :

I. Aperçu

[1] L'appelant, le commissaire de la concurrence (le commissaire), interjette appel d'une décision du Tribunal de la concurrence (2021 Trib. conc. 4, 2021 CanLII 56985, rendue par le juge en chef Crampton, la décision) qui a rejeté la demande de mesure à court terme du commissaire dans l'attente de l'audition d'une demande présentée au titre de l'article 104 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C.(1985), ch. C-34 (la Loi). La demande présentée au titre de l'article 104 de la Loi était une demande de mesure provi-soire dans l'attente de l'audition d'une demande présentée au titre de l'article 92 de la Loi. Par souci de commodité, la demande de mesure à court terme est ci-après désignée la « demande en question » et les autres demandes sont appelées, respectivement, la « demande au titre de l'article 104 de la Loi » et la « demande au titre de l'article 92 de la Loi ».

[2] La demande au titre de l'article 92 de la Loi, qui a déclenché la demande au titre de l'article 104 de la Loi, puis la demande en question, visait à interdire une transaction proposée au moyen de laquelle les intimées fusionneraient (la transaction proposée). La demande

interim order prohibiting the proposed merger until the Section 92 Application could be heard and decided. Citing the imminent date of the proposed merger, the Application in Issue sought what was called “interim interim relief” to prevent the merger pending the hearing of the Section 104 Application. Presumably, this inelegant phrase was intended to capture the idea of short-term interim relief in the course of an interlocutory proceeding such as the Section 104 Application.

[3] A brief description of some of the relevant facts will help to understand the issues. On March 12, 2021, the respondents submitted to the Commissioner a pre-merger notification pursuant to subsection 114(1) of the Act. On April 9, 2021, the Commissioner issued a Supplementary Information Request (SIR) pursuant to subsection 114(2). The respondents responded to the SIR on May 31, 2021 with the production of some 396,000 documents. Pursuant to section 123 of the Act, the respondents could close the Proposed Transaction 30 days later.

[4] On June 25, 2021, the respondents undertook to provide 72 hours’ notice of their intention to close the Proposed Transaction. They then provided that notice at 11:15 pm ET on June 28, 2021, thus opening the possibility that the respondents would effect their merger as early as 11:15 pm on July 1, 2021.

[5] The Commissioner responded by filing the Section 92 Application and then the Section 104 Application on June 29, 2021. Upon notice from the respondents later that day that they would not voluntarily delay the merger until a ruling on the Section 104 Application, the Commissioner requested an emergency case management conference to address the Application in Issue. That application was heard by the Competition Tribunal (the Tribunal) the next day (June 30, 2021).

au titre de l’article 104 de la Loi visait à obtenir une ordonnance provisoire interdisant le fusionnement proposé jusqu’à ce que la demande au titre de l’article 92 de la Loi ait pu être entendue et tranchée. La demande en question, qui mentionnait la date imminente du fusionnement proposé, a été appelée [TRADUCTION] « mesure provisoire provisoire » afin d’empêcher le fusionnement en attendant l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Vraisemblablement, cette formulation maladroite visait à exprimer l’idée d’une mesure provisoire à court terme au cours d’une procédure interlocutoire, comme la demande au titre de l’article 104 de la Loi.

[3] Une brève description de certains des faits pertinents aidera à comprendre les questions en litige. Le 12 mars 2021, les intimées ont présenté au commissaire un avis préalable au fusionnement conformément au paragraphe 114(1) de la Loi. Le 9 avril 2021, le commissaire a envoyé une demande de renseignements supplémentaires (DRS) conformément au paragraphe 114(2) de la Loi. Le 31 mai 2021, les intimées ont répondu à la DRS en produisant près de 396 000 documents. Conformément à l’article 123 de la Loi, les intimées pouvaient conclure la transaction proposée 30 jours plus tard.

[4] Le 25 juin 2021, les intimées se sont engagées à donner un préavis de 72 heures afin de signifier leur intention de conclure la transaction proposée. Elles ont donc fourni ce préavis à 23 h 15, heure de l’Est, le 28 juin 2021, ce qui laissait ainsi aux intimées la possibilité d’effectuer leur fusionnement dès 23 h 15, le 1<sup>er</sup> juillet 2021.

[5] Le 29 juin 2021, le commissaire a répondu en déposant la demande au titre de l’article 92 de la Loi, puis la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Après avoir reçu plus tard, ce même jour, un avis des intimées selon lequel elles choisissaient délibérément de ne pas différer le fusionnement, malgré le fait que la demande au titre de l’article 104 n’avait pas encore été tranchée, le commissaire a requis la tenue en urgence d’une conférence de gestion des instances afin de traiter la demande en question. La demande a été entendue par le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) le jour suivant (le 30 juin 2021).



[6] The Tribunal’s Decision dismissed the Application in Issue at 10:49 pm ET on July 1, 2021, just minutes before the possible merger. The Commissioner immediately appealed the Decision to this Court and made a motion “on an emergency basis for an interim interim order prohibiting closing the Proposed Transaction pending a hearing on a later motion for an interim injunction.” The emergency motion was heard by Justice David Stratas beginning at 12:15 am on July 2, 2021, and was dismissed shortly before 2:00 am. The respondents closed the Proposed Transaction a few minutes later, merging the respondents. They continue now as a single entity with the same name as one of the merging entities: SECURE Energy Services Inc. (SECURE).

[7] Since then, the Section 104 Application was amended to recognize the merger and to seek different relief. The Section 104 Application was heard on August 4, 2021, and dismissed on August 16, 2021 (see 2021 Comp. Trib. 7, 2021 CanLII 76988).

[8] The Section 92 Application has likewise been amended to reflect the fact that the merger has occurred, and to seek to dissolve it rather than block it. The Section 92 Application is scheduled to be heard in May and June of this year.

## II. The Tribunal’s Decision

[9] The Tribunal saw two issues before it. The first was whether it had the jurisdiction to grant the “interim interim” relief sought in the Application in Issue. The second was whether, if the Tribunal had jurisdiction, it should grant said relief. In the end, the Tribunal concluded that there was no need to address the second issue because it found that it lacked the jurisdiction to grant the requested relief.

[10] The Tribunal began its analysis by summarizing the parties’ respective positions. It noted that the

[6] Dans sa décision, le Tribunal a rejeté la demande en question à 22 h 49, heure de l’Est, le 1<sup>er</sup> juillet 2021, quelques minutes avant le fusionnement éventuel. Le commissaire a immédiatement fait appel de la décision à notre Cour et a présenté une requête [TRADUCTION] « d’urgence afin d’obtenir une ordonnance provisoire interdisant la clôture de la transaction proposée dans l’attente de l’audition d’une requête ultérieure en injonction provisoire ». La requête d’urgence a été entendue par le juge David Stratas dès 00 h 15, le 2 juillet 2021 et elle a été rejetée peu de temps avant 2 h. Les intimées ont conclu la transaction proposée quelques minutes plus tard et leur fusionnement a eu lieu. Elles poursuivent maintenant leurs activités comme une seule entité dont le nom est le même que celui de l’une des entités fusionnantes : SECURE Energy Services Inc. (SECURE).

[7] Depuis, la demande au titre de l’article 104 de la Loi a été modifiée afin de reconnaître le fusionnement et pour obtenir une mesure différente. La demande au titre de l’article 104 de la Loi a été entendue le 4 août 2021, puis rejetée le 16 août 2021 (voir la décision 2021 Trib. conc. 7, 2021 CanLII 76988).

[8] De même, la demande au titre de l’article 92 de la Loi a été modifiée afin de tenir compte du fait que le fusionnement a été réalisé et pour chercher à le faire annuler, plutôt qu’à le bloquer. La demande au titre de l’article 92 de la Loi devrait être entendue en mai ou en juin de cette année.

## II. La décision du Tribunal

[9] Le Tribunal a été saisi de deux questions. La première cherchait à savoir s’il avait compétence pour accorder la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » recherchée dans la demande en question. La deuxième consistait à savoir si le Tribunal devait accorder cette mesure s’il avait compétence pour le faire. Finalement, le Tribunal a conclu qu’il n’était pas nécessaire de traiter la deuxième question en litige, car il a estimé qu’il n’avait pas compétence pour accorder la mesure demandée.

[10] Le Tribunal a commencé son analyse en résumant les thèses respectives des parties. Il a souligné que le

Commissioner argued in favour of the Tribunal’s jurisdiction based on subrule 34(1) of the *Competition Tribunal Rules*, SOR/2008-141 (the Rules). Sometimes called the “gap rule”, this provision permits the Tribunal to follow the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, for questions not provided for by the Rules. The Commissioner cited the decision in *Canadian Standard Travel Agent Registry v. International Air Transport Association*, 2008 Comp. Trib. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WLNNext Can.) (*CSTAR*), and its reliance on subrule 372(1) of the *Federal Courts Rules*, as authority for finding that the Tribunal had jurisdiction to grant interim relief, though it declined to do so in that case. In addition to the gap rule, the Commissioner cited rule 2 of the Rules, which provides as follows:

#### **Dispensing with Compliance**

##### **Variation**

**2 (1)** The Tribunal may dispense with, vary or supplement the application of any of these Rules in a particular case in order to deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.

##### **Urgent matters**

**(2)** If a party considers that the circumstances require that an application be heard urgently or within a specified period, the party may request that the Tribunal give directions about how to proceed.

[11] Finally, the Commissioner cited subsection 9(2) of the *Competition Tribunal Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19 (CTA), which provides that “[a]ll proceedings before the Tribunal shall be dealt with as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit.”

[12] Despite these arguments, the Tribunal agreed with the essence of the respondents’ contrary position. The respondents argued that there was no gap to be filled by resort to the *Federal Courts Rules*. They argued that section 104 of the Act, and related provisions, are specific and detailed, providing a complete code, and do not provide for the “interim interim” relief requested in

commissaire s’est prononcé en faveur de la compétence du Tribunal, en se fondant sur le paragraphe 34(1) des *Règles du Tribunal de la concurrence*, DORS/2008-141 (les Règles). Parfois appelée la règle dite des « lacunes », cette disposition permet au Tribunal de suivre les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, pour des questions que les Règles ne prévoient pas. Le commissaire a invoqué la décision *Canadian Standard Travel Agent Registry c. Association du transport aérien international*, 2008 Trib. conc. 12, 2008 CarswellNat 2589 (WLNNext Can.) (*CSTAR*) et le paragraphe 372(1) des *Règles des Cours fédérales* sur lequel elle se fondait, pour conclure que le Tribunal avait compétence pour accorder une mesure provisoire, même si, dans cette affaire, il a refusé d’en accorder une. En plus de la règle dite des « lacunes », le commissaire a invoqué la règle 2 des Règles qui est rédigé ainsi :

#### **Dispense d’observation des règles**

##### **Dérégation**

**2 (1)** Le Tribunal peut, dans des cas particuliers, modifier ou compléter les présentes règles ou dispenser de l’observation de tout ou partie de celles-ci en vue d’agir sans formalisme et en procédure expéditive dans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent.

##### **Demandes urgentes**

**(2)** La partie qui est d’avis que les circonstances exigent qu’une demande soit entendue sans délai ou dans un délai précis peut demander au Tribunal de lui donner des directives sur la façon de procéder.

[11] Enfin, le commissaire a invoqué le paragraphe 9(2) de la *Loi sur le Tribunal de la concurrence*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 19 (LTC), qui dispose que « [d]ans la mesure où les circonstances et l’équité le permettent, il appartient au Tribunal d’agir sans formalisme, en procédure expéditive ».

[12] Malgré ces arguments, le Tribunal était d’accord avec l’essentiel de la thèse contraire des intimées. Les intimées ont affirmé qu’il n’y avait pas de lacune à combler par le recours aux *Règles des Cours fédérales*. Elles ont fait valoir que l’article 104 de la Loi et les dispositions connexes, qui sont précis et détaillés, offrent un code complet, mais qu’ils ne prévoient pas la mesure

the Application in Issue. The respondents distinguished *CSTAR* on the basis that that case concerned a situation that had not been contemplated in the Act. The respondents argued that the Commissioner in this case could have sought more time under section 100 of the Act, but that this provision became unavailable when he filed the Section 92 Application. Section 100 empowers the Tribunal, among other things, to give the Commissioner more time to complete an inquiry into whether grounds exist for making an order under section 92.

[13] The Tribunal noted that it has only the jurisdiction that is accorded to it by Parliament, together with plenary powers “necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record” (per subsection 8(2) of the CTA). The Tribunal concluded as follows [at paragraphs 50–55]:

Given the detailed nature of the merger review scheme set forth in the Act and the Rules, Parliament can be taken to have addressed its mind to the specific types of relief it wished to make available to the Commissioner and the different points in time at which such relief is available pursuant to sections 100, 104 and 92, respectively. In not providing for the type of relief that the Commissioner is now seeking, it can be inferred that Parliament decided not to grant the Tribunal the jurisdiction to provide such relief.

That relief would constitute a new, third type of interim relief that would seriously curtail respondents’ rights to procedural fairness. Indeed, this was demonstrated during the hearing yesterday, when the Respondents stated that they were unable to address the three-prong test applicable to injunctive relief because they had only received the Commissioner’s very lengthy application record late the prior day.

Although Parliament is free to curtail the procedural fairness rights of parties who appear before the Tribunal, it

[TRADUCTION] « provisoire provisoire » sollicitée dans la demande en question. Les intimées ont affirmé que la décision *CSTAR* est un précédent qui peut être écarté pour le motif que cette affaire concernait une situation que la Loi ne prévoyait pas. Les intimées ont soutenu qu’en l’espèce, aux termes de l’article 100 de la Loi, le commissaire aurait pu demander plus de temps, mais que cette disposition a cessé d’être disponible lorsqu’il a déposé la demande au titre de l’article 92 de la Loi. L’article 100 de la Loi autorise notamment le Tribunal à accorder au commissaire plus de temps pour achever une enquête tenue pour déterminer s’il existe des motifs pour rendre une ordonnance aux termes de l’article 92 de la Loi.

[13] Le Tribunal a fait remarquer qu’il ne jouissait que de la compétence que lui conférait le législateur, ainsi que des pouvoirs pléniers « pour la comparution, la prestation de serment et l’interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l’examen des pièces, l’exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, [d]es attributions d’une cour supérieure d’archives » (aux termes du paragraphe 8(2) de la LTC). Voici la conclusion du Tribunal [aux paragraphes 50 à 55] :

Vu la nature détaillée du régime d’examen des fusions que prévoient la Loi et les Règles, il est possible de tenir pour acquis que le législateur s’est penché sur les types particuliers de réparations qu’il souhaitait mettre à la disposition du commissaire ainsi que sur les différents moments où il est possible d’accorder ces réparations en vertu des articles 100, 104 et 92, respectivement. Le type de réparation que sollicite maintenant le commissaire n’étant pas prévu, il est possible d’inferer que le législateur a décidé de ne pas accorder au Tribunal le pouvoir de l’accorder.

Cette réparation constituerait un troisième et nouveau type de réparation provisoire qui restreindrait sérieusement les droits à l’équité procédurale des défenderesses. En fait, cela a été démontré à l’audience d’hier, quand les défenderesses ont déclaré qu’il leur était impossible de satisfaire au critère à trois volets qui s’applique à une injonction parce qu’elles n’avaient reçu que la veille le dossier de demande fort long du commissaire.

Il est loisible au législateur de restreindre les droits à l’équité procédurale des parties qui comparaissent devant

cannot be understood to have done so in the absence of express language or by necessary implication: *Kane v Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 SCR 1105, at 1113; *P. & S. Holdings Ltd. v Canada*, 2017 FCA 41, at para 39. No such express language is present in the Act, nor can it be said that the “interim interim” relief being sought by the Commissioner is contemplated by necessary implication.

That relief would also undermine the predictability, certainty and transparency that is achieved by the existing scheme of the Act. Among other things, that scheme clearly informs merging parties of what their obligations are in the merger review process, how long they must wait before they can close their merger, and the potential remedies that are available to the Commissioner to prevent them from doing so.

Although Rule 2 and section 9(2) of the CTA provides the Tribunal with considerable flexibility to deal with matters, including urgent matters, as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness permit, they do not assist the Commissioner to the extent that he would like in the present circumstances. This is because they do not contemplate the type of substantial curtailment of procedural fairness rights that resulted from the manner in which he proceeded. In any event, Rule 2 and subsection 9(2) are procedural provisions. They cannot be relied upon as a source for substantive remedies that are not contemplated by the Act.

Based on the foregoing, I conclude that the Tribunal does not have the jurisdiction to grant the interim relief pending the hearing of the Section 104 Application that is being sought by the Commissioner.

[14] As indicated, the Tribunal found it unnecessary to decide the merits of the Commissioner’s request in the Application in Issue, based on the conclusion that it had no jurisdiction to grant the request. However, the Tribunal added that, if it had been necessary to decide whether to grant the requested relief, it would have been in an untenable position since the respondents did not have an opportunity to address the issue, and the Tribunal did not have sufficient time to properly review the record.

le Tribunal, mais on ne peut pas considérer qu’il l’a fait en l’absence d’un texte de loi exprès ou nettement implicite en ce sens : *Kane c Cons. d’administration de l’U.C.B.*, [1980] 1 RCS 1105, à la page 1113; *P. & S. Holdings Ltd. c Canada*, 2017 CAF 41, au paragraphe 39. Aucun libellé exprès de ce genre ne figure dans la Loi, pas plus qu’on ne peut dire que la réparation [TRADUCTION] « provisoire provisoire » que sollicite le commissaire est envisagée par déduction nécessaire.

Cette réparation minerait également la prévisibilité, la certitude et la transparence que permet d’obtenir le régime actuel de la Loi. Notamment, ce régime informe clairement les parties fusionnantes de leurs obligations dans le cadre du processus d’examen du fusionnement, du temps pendant lequel elles doivent attendre avant de pouvoir conclure leur fusionnement, ainsi que des recours dont dispose le commissaire pour les empêcher de le faire.

Bien que l’article 2 des Règles et le paragraphe 9(2) de la Loi sur le Tribunal de la concurrence procurent au Tribunal une latitude considérable pour ce qui est de traiter de diverses questions, dont des questions urgentes, de la manière la plus informelle et expéditive que le permettent les circonstances et les principes d’équité, ces deux dispositions n’aident pas le commissaire dans la mesure où il le voudrait dans les circonstances actuelles. Cela s’explique par le fait que ces dispositions n’envisagent pas le genre de restriction importante des droits à l’équité procédurale que sa manière de procéder a causée. Quoi qu’il en soit, l’article 2 des Règles et le paragraphe 9(2) de la Loi sur le Tribunal de la concurrence sont des dispositions de nature procédurale, et elles ne peuvent pas être invoquées pour justifier une réparation au fond que la Loi n’envisage pas.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le Tribunal n’a pas compétence pour accorder la réparation provisoire que sollicite le commissaire en attendant l’instruction de la demande présentée au titre de l’article 104.

[14] Comme je l’ai indiqué, le Tribunal a conclu qu’il n’était pas nécessaire qu’il se prononce sur le bien-fondé de la demande du commissaire dans la demande en question, étant donné qu’il avait conclu qu’il n’avait aucune compétence pour accueillir la demande. Cependant, le Tribunal a ajouté que, s’il avait été nécessaire de décider d’accorder ou non la mesure demandée, il se serait trouvé dans une position intenable, puisque les intimées n’avaient pas eu l’occasion de traiter la question et le Tribunal n’avait pas suffisamment de temps pour étudier correctement le dossier.

### III. Issues

[15] It is important to note that the present appeal is no longer concerned with whether the “interim interim” relief sought in the Application in Issue should have been granted on the facts of this case. Rather, the Commissioner limits himself to seeking a reversal of the Tribunal’s finding that it lacked jurisdiction ever to grant such relief. Before addressing this substantive issue, however, it is necessary to address two preliminary issues.

[16] Firstly, because the Proposed Transaction has now closed and the respondents have merged to continue as SECURE, there is no longer a live controversy on the Application in Issue, and the present appeal is moot. The Commissioner recognizes this, but requests that the appeal be heard and decided despite its mootness. SECURE opposes hearing this moot appeal.

[17] The second preliminary issue concerns an argument by SECURE that part of the Commissioner’s appeal on the question of the Tribunal’s jurisdiction to grant “interim interim” relief should not be considered because it raises a new issue for the first time on appeal. Specifically, SECURE argues that the Commissioner’s submission that the Tribunal’s jurisdiction to grant the requested relief comes from section 104 of the Act was not made to the Tribunal.

[18] These issues are analysed below as follows:

- A. Mootness
- B. New Issue Raised on Appeal
- C. Jurisdiction of the Competition Tribunal to Grant the Requested Relief

### III. Les questions en litige

[15] Il est important de noter que le présent appel ne porte plus sur la question de savoir si la mesure [TRANSDUCTION] « provisoire provisoire » sollicitée dans la demande en question aurait dû avoir été accordée compte tenu des faits de la présente affaire. Le commissaire se limite plutôt à demander que la conclusion du Tribunal selon laquelle il n’avait jamais eu compétence pour accorder cette mesure soit infirmée. Avant de traiter la question de fond, toutefois, il convient de régler deux questions préliminaires.

[16] D’abord, il n’y a plus de contentieux actuel concernant la demande en question et le présent appel est théorique, étant donné que la transaction proposée est maintenant conclue et que les intimées ont fusionné pour poursuivre leurs activités en formant l’entreprise SECURE. Le commissaire reconnaît ce fait, mais demande que l’appel soit entendu et tranché, malgré son caractère théorique. SECURE s’oppose à l’audition de cet appel théorique.

[17] Ensuite, la deuxième question préliminaire porte sur un argument de SECURE selon lequel une partie de l’appel du commissaire concernant la question de la compétence du Tribunal pour accorder une mesure [TRANSDUCTION] « provisoire provisoire » ne devrait pas être examinée, car elle soulève une nouvelle question pour la première fois en appel. Plus précisément, SECURE soutient que l’argument du commissaire, selon lequel la compétence du Tribunal pour accorder la mesure demandée émane de l’article 104 de la Loi, n’a pas été présenté au Tribunal.

[18] Ces questions sont ainsi analysées :

- A. Caractère théorique
- B. Nouvelle question soulevée en appel
- C. Compétence du Tribunal de la concurrence pour accorder la mesure demandée

#### IV. Standard of Review

[19] As noted by the appellant, this is a statutory appeal pursuant to subsection 13(1) of the CTA. Accordingly, the appellate standards of review apply: *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 paragraph 37.

[20] The only substantive issue in this appeal being the Tribunal's conclusion that it lacked jurisdiction to grant the relief requested by the Commissioner in the Application in Issue (a pure question of law), the applicable standard of review is correctness: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8. On this, the parties agree.

#### V. Analysis

##### A. *Mootness*

[21] As noted at paragraph 16 above, the present appeal is moot because there is no longer a live controversy between the parties. Generally speaking, a court will not hear a moot appeal. However, courts have discretion to hear an appeal despite its mootness. The parties agree that, in deciding whether to exercise such discretion, a court should consider the factors discussed by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231 (*Borowski*), at pages 358–363. The factors are (i) whether an adversarial context remains, (ii) the concern for judicial economy, and (iii) respect for the proper law-making function of the Court. These factors are considered below.

(1) July 2, 2021 Order by Justice Stratas

[22] Before addressing the factors in *Borowski*, SECURE argues that the Court should not hear this moot appeal based on the following recital in Justice Stratas's

#### IV. La norme de contrôle

[19] Comme l'a souligné l'appelant, il s'agit d'un appel prévu par la loi en application du paragraphe 13(1) de la LTC. Par conséquent, les normes de contrôle en appel s'appliquent : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (arrêt *Vavilov*), au paragraphe 37.

[20] Comme la seule question de fond dans le présent appel porte sur la conclusion du Tribunal, selon laquelle il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée par le commissaire dans la demande en question (une pure question de droit), la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8. Les parties sont d'accord sur ce point.

#### V. Discussion

##### A. *Caractère théorique*

[21] Comme je l'ai mentionné au paragraphe 16 ci-dessus, le présent appel est théorique, car il n'existe plus de contentieux actuel entre les parties. En général, un tribunal judiciaire n'entendra pas un appel théorique. Cependant, les tribunaux judiciaires ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel, malgré son caractère théorique. Les parties conviennent qu'en décidant d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire, un tribunal judiciaire devrait tenir compte des facteurs examinés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (arrêt *Borowski*), aux pages 358 à 363. Les facteurs sont (i) la question de savoir si un débat contradictoire demeure, (ii) le souci à propos de l'économie des ressources judiciaires et (iii) le respect de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit. Ces facteurs sont examinés ci-dessous.

1) Ordonnance rendue par le juge Stratas le 2 juillet 2021

[22] Avant de traiter les facteurs examinés dans l'arrêt *Borowski*, SECURE soutient que la Cour ne devrait pas entendre cet appel théorique, compte tenu du préambule

July 2, 2021 order: “AND WHEREAS, if the practical effect of this Order is to render this appeal moot, the Court directs the appellant to file a notice of discontinuance.” In its memorandum of fact and law, SECURE argues that this passage is binding on the Commissioner, and now operates to order him to discontinue the appeal. In oral argument, SECURE backs away somewhat from this firm position. Now, SECURE concedes that Justice Stratas’s order is not determinative of the issue of whether the Court should exercise its discretion, but rather should be a consideration.

[23] In my view, the passage in question cannot even be persuasive on the question of the exercise of discretion since Justice Stratas gave no consideration to, and apparently heard no argument on, the factors from *Borowski* to be considered. Justice Stratas was not weighing how Court’s discretion should be exercised. Rather, it appears that he was simply attempting to ensure that, in the likely event that the appeal became moot, the Commissioner would take some action to deal with it rather than simply allowing it to languish, thereby prompting the Court at some point to devote resources to issuing a notice of status review and thereafter acting on any response (or lack of response) thereto.

## (2) Adversarial Context

[24] I turn now to the first of the factors identified in *Borowski*. The Commissioner argues that there is an adversarial context by virtue of the fact that the Section 92 Application remains in dispute between the parties, and further that the parties have energetically argued the present appeal.

[25] For its part, SECURE notes that the Section 92 Application raises different issues, and is irrelevant to the present appeal. It also notes that the record in the present appeal is one-sided and time did not permit a proper review of it by either the Tribunal or SECURE.

suivant dans l’ordonnance rendue par le juge Stratas le 2 juillet 2021 : [TRADUCTION] « ET ATTENDU QUE, si l’effet pratique de la présente ordonnance est de rendre cet appel théorique, la Cour enjoint à l’appelant de déposer un avis de désistement ». Dans son mémoire des faits et du droit, SECURE affirme que cet extrait lie le commissaire et qu’il a maintenant pour effet de lui enjoindre d’abandonner l’appel. Dans sa plaidoirie, SECURE revient quelque peu sur cette position ferme. SECURE admet désormais que l’ordonnance rendue par le juge Stratas n’est pas déterminante relativement à la question de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire, mais qu’elle devrait plutôt être un facteur.

[23] À mon avis, l’extrait en question ne peut même pas être convaincant sur la question du pouvoir discrétionnaire, étant donné que le juge Stratas n’a aucunement tenu compte des facteurs tirés de l’arrêt *Borowski* qu’il convenait d’examiner et qu’il semble qu’il n’a entendu aucun argument au sujet de ceux-ci. Le juge Stratas n’examinait pas la façon dont le pouvoir discrétionnaire de la Cour devrait être exercé. Il semble plutôt qu’il tentait simplement de veiller, dans l’éventualité probable que l’appel devienne théorique, à ce que le commissaire prenne des mesures pour traiter cette question, au lieu de simplement la laisser traîner, ce qui aurait pour effet d’inciter la Cour, à un moment donné, à consacrer des ressources à la délivrance d’un avis d’examen de l’état de l’instance, puis à prendre des mesures à l’égard d’une réponse (ou d’une non-réponse) à cet avis.

## 2) Débat contradictoire

[24] J’examinerai maintenant le premier des facteurs indiqués dans l’arrêt *Borowski*. Le commissaire affirme qu’il y a un débat contradictoire, du fait que la demande au titre de l’article 92 de la Loi demeure en litige entre les parties et qu’en outre, les parties ont débattu avec énergie du présent appel.

[25] Pour sa part, SECURE fait remarquer que la demande au titre de l’article 92 de la Loi soulève des questions différentes et qu’elle n’a rien à voir avec le présent appel. Elle fait également observer que le dossier dans le présent appel est en faveur d’une seule partie et que ni le Tribunal ni SECURE n’ont eu le temps de l’examiner en bonne et due forme.

[26] In my view, there is an adversarial context in the present appeal. Both sides of the debate were well and vigorously argued by parties who have an ongoing dispute. These arguments have been of great assistance to this Court. SECURE's argument concerning the limited review of the record before the Tribunal is of marginal importance because the Commissioner is no longer seeking the relief he sought before the Tribunal. The only substantive issue before this Court is the legal question of the jurisdiction of the Tribunal to grant such relief.

### (3) Judicial Economy

[27] *Borowski* describes several considerations related to the second factor of judicial economy. One concerns whether the Court's decision will have some practical effect on the rights of the parties. Another concerns whether the issues in dispute are of a recurring nature but brief duration, which may be evasive of review. Finally, we should consider the public importance of resolving the debate between the parties.

[28] The Commissioner argues that the nature of the relief at issue in this appeal makes it evasive of review because it is of short duration, such that the debate will generally be moot before an appeal can be heard. The Commissioner also argues that a decision on this appeal is of public importance. Firstly, the Commissioner asserts that the question of the Tribunal's power to grant the relief at issue is likely to recur. Moreover, the scope of the Tribunal's power to grant relief is of considerable importance to the Commissioner's ability to take action to support the purpose of the Act "to maintain and encourage competition in Canada" (per section 1.1), especially in conditions of urgency involving parties who insist on proceeding with a merger despite a pending application by the Commissioner to prevent it. The Commissioner relies on the decisions in *Canada (Commissioner of Competition) v. Labatt Brewing Company Limited*, 2008 FCA 22, [2008] 2 F.C.R. D-10, 289 D.L.R. (4th) 500, and *Air Canada v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2002 FCA 121, [2002] 4 F.C. 598 (*Air Canada*), two

[26] À mon avis, il y a un débat contradictoire dans le présent appel. Les parties, qui continuent de s'opposer, ont bel et bien débattu avec vigueur des arguments de l'une et de l'autre. Ces arguments ont beaucoup aidé notre Cour. L'importance de l'argument de SECURE concernant l'examen limité du dossier dont disposait le Tribunal est minime, car le commissaire ne cherche plus à obtenir la mesure pour laquelle il a présenté une demande au Tribunal. La seule question de fond que notre Cour doit trancher est la question de droit qui porte sur la compétence du Tribunal pour accorder cette mesure.

### 3) Économie des ressources judiciaires

[27] L'arrêt *Borowski* présente plusieurs considérations relatives au deuxième facteur, celui qui porte sur l'économie des ressources judiciaires. L'une d'entre elles porte sur la question de savoir si la décision de la Cour aura un effet pratique sur les droits des parties. Une autre concerne la question de savoir si les questions en litige sont de nature répétitive et de courte durée, de sorte qu'elles sont susceptibles de ne jamais être soumises aux tribunaux. Enfin, nous devrions tenir compte de l'importance que représente la résolution du débat entre les parties pour le public.

[28] Le commissaire affirme que la nature de la mesure en cause dans le présent appel, du fait de sa courte durée, la rend susceptible de ne jamais être soumise aux tribunaux, de sorte que le débat sera généralement théorique avant qu'un appel puisse être entendu. Le commissaire soutient également qu'une décision portant sur le présent appel est une question d'importance publique. D'abord, le commissaire fait valoir que la question sur le pouvoir qu'a le Tribunal pour accorder la mesure en cause est susceptible de se répéter. Ensuite, la portée du pouvoir qu'a le Tribunal pour accorder une mesure revêt une importance considérable pour la capacité du commissaire à prendre des mesures qui appuient l'objet de la Loi qui est « de préserver et de favoriser la concurrence au Canada » (aux termes de l'article 1.1), notamment dans des conditions d'urgence où les parties insistent pour effectuer un fusionnement, malgré une demande en attente présentée par le commissaire qui vise à empêcher ce fusionnement. Le commissaire invoque les arrêts *Commissaire de la concurrence c. Brassage Labatt Limitée*, 2008 CAF 22, [2008] 2



cases in which this Court decided to hear appeals from the Tribunal despite their mootness.

[29] SECURE argues that considering this appeal would be a waste of judicial resources. SECURE argues that the appeal would have no practical effects on the rights of the parties, and such an appeal should be heard only in “exceptionally rare cases”: *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 487 N.R. 202, at paragraph 16. SECURE notes that there is no inconsistent jurisprudence on the question of the Tribunal’s jurisdiction to grant the requested relief. Further, SECURE argues that, based on the 20-year history of the statutory provisions in issue and the dearth of jurisprudence thereunder, the question is not likely to recur.

[30] Finally, SECURE argues that the Commissioner’s own actions in this case created the urgency, which could have been avoided. Specifically, having received notice of the Proposed Transaction on March 12, 2021, and having received the documents responsive to the SIR on May 31, 2021, he did not file the Section 92 Application and the Section 104 Application until June 29, 2021, just two days before the respondents intended to merge. SECURE also notes that the Commissioner failed to seek additional time pursuant to section 100 of the Act, which was open to him until the Section 92 Application was filed. An order under section 100 could have gained the Commissioner an additional 30, or even 60, days. The Tribunal also discussed this option not pursued by the Commissioner.

[31] With regard to the argument based on section 100, the Commissioner responds that the additional time he needed was to have his Section 104 Application heard and decided, not to complete an inquiry into whether to file the Section 92 Application. Accordingly, he argues, section 100 was of no assistance.

R.C.F. F-12 et *Air Canada c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2002 CAF 121, [2002] 4 C.F. 598 (arrêt *Air Canada*), deux arrêts où la Cour a décidé d’entendre les appels interjetés à l’encontre de la décision du Tribunal en dépit de son caractère théorique.

[29] SECURE affirme que l’examen du présent appel pourrait occasionner un gaspillage des ressources judiciaires. SECURE soutient que l’appel n’aurait aucun effet pratique sur les droits des parties et que cet appel ne devrait être entendu que dans « des cas exceptionnellement rares » : *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196, au paragraphe 16. SECURE fait remarquer qu’il n’existe aucune incohérence jurisprudentielle sur la question de la compétence du Tribunal pour accorder la mesure demandée. En outre, SECURE fait valoir que, compte tenu du fait que les dispositions législatives en cause sont en vigueur depuis une vingtaine d’années et que peu de jurisprudence en découle, la question n’est pas susceptible de se répéter.

[30] Enfin, SECURE affirme qu’en l’espèce, les propres mesures prises par le commissaire ont créé la situation urgente qui aurait pu avoir été évitée. Plus précisément, alors qu’il a reçu l’avis de la transaction proposée le 12 mars 2021 et qu’il a reçu les documents en réponse à la DRS le 31 mai 2021, il n’a pas déposé la demande au titre de l’article 92 de la Loi et la demande au titre de l’article 104 de la Loi avant le 29 juin 2021, soit tout juste deux jours avant l’intention des intimées de fusionner. SECURE souligne aussi que le commissaire, alors qu’il lui était loisible de le faire jusqu’au dépôt de la demande au titre de l’article 92 de la Loi, n’a pas demandé un délai supplémentaire en application de l’article 100 de la Loi. Une ordonnance rendue en application de l’article 100 de la Loi aurait pu permettre au commissaire de bénéficier de 30 voire 60 jours supplémentaires. Le Tribunal a également discuté de cette option que le commissaire n’a pas retenue.

[31] En ce qui concerne l’argument fondé sur l’article 100 de la Loi, le commissaire répond qu’il avait besoin d’un délai supplémentaire, non pas pour achever une enquête visant à déterminer s’il fallait ou non déposer la demande au titre de l’article 92 de la Loi, mais pour entendre et trancher la demande au titre de l’article 104 de la Loi. Par conséquent, il affirme que l’article 100 de la Loi n’était d’aucune utilité.

[32] I accept that this Court's decision on this appeal will have no practical effects on the rights of the parties. However, I find that judicial economy nevertheless favours hearing this appeal because the absence of practical effects for the parties is outweighed by the other considerations.

[33] First, the question of the Tribunal's jurisdiction to grant the relief that was sought by the Commissioner is evasive of appeal since the need for such short-term relief is fleeting and will typically not last beyond the hearing of the original application for interim relief under section 104.

[34] Also, though there is no inconsistent jurisprudence on the question in issue, and little judicial consideration of the relevant statutory provisions, this is a weak basis for concluding that the question is unlikely to recur. The dearth of judicial consideration does not necessarily indicate any particular commonly-held understanding of the scope of the Tribunal's jurisdiction on the question. As argued by the Commissioner, the rarity of his resort to section 104 of the Act suggests that parties whose transactions are being scrutinized typically cooperate with the Commissioner such that an order from the Tribunal is not needed, and therefore not sought. The most likely reason for such cooperation would seem to be that parties understand that the Act gives the Commissioner the tools he needs to review and address proposed transactions even if they do not cooperate. If the Tribunal's conclusion concerning the limits of its jurisdiction remains in place, the incentive of parties to cooperate with the Commissioner seems likely to be reduced, thus increasing the likelihood that the question of the Tribunal's jurisdiction will arise again in the future. Further, parties facing the Commissioner's scrutiny would be encouraged by the respondents' experience before the Tribunal to exploit its jurisdictional limits by moving to close a proposed transaction before the Commissioner has completed his work. For these reasons, I am of the view that the question in issue in the present appeal is likely to recur.

[32] Je reconnais que la décision relative au présent appel que notre Cour rendra n'aura aucun effet pratique sur les droits des parties. J'estime toutefois que l'économie des ressources judiciaires milite en faveur de l'audition du présent appel, car les autres considérations l'emportent sur l'absence d'effet pratique pour les parties.

[33] D'abord, la question de la compétence qu'a le Tribunal pour accorder la mesure que le commissaire demandait est susceptible de ne jamais faire l'objet d'un appel, étant donné que la nécessité de cette mesure à court terme est provisoire et ne durera généralement pas au-delà de l'audition de la demande initiale d'une mesure provisoire présentée au titre de l'article 104 de la Loi.

[34] Ensuite, bien qu'il n'existe aucune jurisprudence incohérente sur la question en litige et que les examens judiciaires des dispositions législatives pertinentes aient été peu nombreux, il ne s'agit pas là d'un motif suffisant pour conclure à la résurgence peu probable de la question. Le peu d'examen judiciaires n'indique pas nécessairement une interprétation particulière généralement admise de la portée de la compétence du Tribunal sur la question. Comme l'a affirmé le commissaire, le fait qu'il ait rarement recouru à l'article 104 de la Loi indique que les parties, dont les transactions font l'objet d'un examen attentif, coopèrent généralement avec le commissaire, de sorte qu'une ordonnance du Tribunal ne s'avère pas nécessaire et qu'elle n'est donc pas demandée. La raison la plus probable pour laquelle cette coopération existe semblerait être que les parties comprennent que, même si elles ne coopèrent pas, la Loi offre au commissaire les outils dont il a besoin pour examiner et traiter les transactions proposées. Si la conclusion du Tribunal concernant les limites de sa compétence reste valable, il semble probable que les parties seront moins enclines à coopérer avec le commissaire, ce qui augmente la probabilité que la question de la compétence du Tribunal réapparaisse à l'avenir. En outre, les parties qui font l'objet d'un examen effectué par le commissaire seraient encouragées, du fait de l'expérience des intimées devant le Tribunal, à exploiter les limites de sa compétence en procédant à la clôture d'une transaction proposée avant que le commissaire n'achève son travail. Pour ces motifs, je suis d'avis

[35] A related consideration is that the question of the tools available to the Commissioner to address proposed transactions that may have anti-competitive effects is of public importance. SECURE does not really dispute this point. In fact, SECURE acknowledges that its involvement in this appeal is to represent the interests of others who could face scrutiny from the Tribunal.

[36] Finally, I find that the debate over whether the Commissioner should have made an application under section 100 prior to filing the Section 92 Application is not central to the question of the Tribunal's jurisdiction to grant the requested relief after the Section 92 Application was filed. In any case, I am also mindful of this Court's guidance in *Air Canada*, at paragraph 28 that "the benefits of clarifying the law is a prudent use of judicial resources with respect to issues that are not confined to the particular facts of this appeal and to the evidence before the Tribunal."

#### (4) The Proper Law-Making Function of the Court

[37] SECURE argues that the factor of the proper law-making function of the Court favours refusing to hear this moot appeal. SECURE notes that the Commissioner seeks an interpretation of section 104 of the Act that was not put in issue before the Tribunal. In particular, the argument before the Tribunal was that it had jurisdiction to grant the Application in Issue by virtue of the gap rule and other related legislative provisions. The argument before the Tribunal was not based on the interpretation of section 104.

[38] Despite the fact that the Commissioner's argument before the Tribunal does not appear to have focused explicitly on the interpretation of section 104 itself, the Tribunal clearly reached a conclusion that it

que la question en litige dans le présent appel est susceptible de se répéter.

[35] Une considération connexe est l'importance publique que revêt la question des outils offerts au commissaire pour traiter les transactions proposées qui pourraient avoir des effets anticoncurrentiels. SECURE ne conteste pas vraiment ce point. En fait, elle reconnaît que sa participation au présent appel vise à représenter les intérêts d'autres entreprises qui pourraient faire l'objet d'un examen par le Tribunal.

[36] Enfin, j'estime que le débat sur la question de savoir si le commissaire aurait dû présenter une demande au titre de l'article 100 de la Loi, avant de déposer la demande au titre de l'article 92 de la Loi, n'est pas au cœur de la question de la compétence du Tribunal pour accorder la mesure demandée après le dépôt de la demande au titre de l'article 92 de la Loi. Quoi qu'il en soit, j'ai aussi à l'esprit l'enseignement de notre Cour dans l'arrêt *Air Canada*, au paragraphe 28, selon lequel « constitue une utilisation prudente des ressources judiciaires le fait de se prévaloir des avantages de préciser la loi quant aux questions non restreintes aux faits particuliers du présent appel et à la preuve dont dispose le Tribunal ».

#### 4) La fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit

[37] SECURE soutient que le facteur de la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit est en faveur du refus d'entendre cet appel théorique. SECURE fait remarquer que le commissaire cherche à donner à l'article 104 de la Loi une interprétation qui n'a pas été mise en cause devant le Tribunal. Plus précisément, l'argument soulevé devant le Tribunal était qu'il avait compétence pour accueillir la demande en question selon la règle dite des « lacunes » et d'autres dispositions législatives connexes. L'argument soulevé devant le Tribunal n'était pas fondé sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi.

[38] Malgré le fait que l'argument soulevé par le commissaire devant le Tribunal ne semble pas avoir mis l'accent explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement conclu qu'il n'avait

lacked jurisdiction to grant the requested relief, and it indicated clearly that it considered section 104 among other provisions. The extract from the Decision quoted in paragraph 13 above demonstrates this.

[39] The present appeal seeks a different interpretation of section 104 than that reached, albeit implicitly, by the Tribunal. Statutory interpretation is clearly part of the proper law-making function of the courts. In my view, this factor favours the exercise of the Court's discretion to hear this appeal.

#### (5) Conclusion on Mootness

[40] I conclude that all three of the factors listed in *Borowski* favour hearing this appeal. I would exercise the Court's discretion to hear and decide it.

#### B. *New Issue Raised on Appeal*

[41] As noted at paragraph 17 above, SECURE argues that the present appeal raises a new issue that was not argued before the Tribunal (the Tribunal's jurisdiction under section 104 to grant the relief requested in the Application in Issue), which issue should not be heard for the first time by this Court.

[42] This argument involves some of the same considerations as discussed above in relation to the proper law-making function of the Court: though the Commissioner's argument before the Tribunal was not directed explicitly to the interpretation of section 104, the Tribunal clearly considered section 104 when it concluded that it lacked jurisdiction to grant the requested relief. Regardless of the arguments that were made before the Tribunal, the Commissioner is entitled to appeal its conclusion on this point.

[43] Essentially, the Commissioner is making a new argument on an existing issue, but does not raise a new

pas compétence pour accorder la mesure demandée et il a clairement indiqué qu'il a tenu compte de l'article 104 de la Loi, parmi d'autres dispositions. L'extrait de la décision cité au paragraphe 13 ci-dessus le démontre.

[39] Dans le présent appel, une interprétation différente de celle faite, bien qu'implicitement, par le Tribunal de l'article 104 de la Loi est recherchée. L'interprétation de la Loi fait clairement partie de la fonction véritable des tribunaux judiciaires dans l'élaboration du droit. À mon avis, ce facteur milite en faveur de l'exercice par la Cour de son pouvoir discrétionnaire pour entendre le présent appel.

#### 5) Conclusion sur le caractère théorique

[40] Je conclus que les trois facteurs énumérés dans l'arrêt *Borowski* militent en faveur de l'audition du présent appel. J'exercerais le pouvoir discrétionnaire de la Cour pour entendre et trancher l'appel.

#### B. *Nouvelle question soulevée en appel*

[41] Comme je l'ai mentionné au paragraphe 17 ci-dessus, SECURE affirme que le présent appel soulève une nouvelle question qui n'a pas été débattue devant le Tribunal (la compétence du Tribunal aux termes de l'article 104 pour accorder la mesure demandée dans la demande en question), question qui ne devrait pas être entendue pour la première fois par notre Cour.

[42] Cet argument comporte certaines des considérations relatives à la fonction véritable de la Cour dans l'élaboration du droit qui ont déjà été discutées précédemment : bien que l'argument soulevé par le commissaire devant le Tribunal n'ait pas porté explicitement sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal a manifestement tenu compte de cet article lorsqu'il a conclu qu'il n'avait pas compétence pour accorder la mesure demandée. Quels que soient les arguments qui ont été soulevés devant le Tribunal, le commissaire a le droit d'interjeter appel de la conclusion du Tribunal sur ce point.

[43] En substance, le commissaire présente un nouvel argument concernant une question existante, mais il ne

issue. As stated in *Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company*, 2020 FCA 141, [2021] 1 F.C.R. 551, 452 D.L.R. (4th) 318, at paragraph 87:

This is not a problem. The law is always at large. A party can always raise new law and new legal arguments in this Court concerning issues that were before the first-instance court provided that the opposing party has had fair notice of them and has had an opportunity to respond to them.

[44] Nothing leads me to believe that SECURE has not had fair notice and an opportunity to respond to the question of the interpretation of section 104. As indicated above, this issue has been well and vigorously argued. In preparing its argument, SECURE had the benefit of reading and responding to the Commissioner's memorandum of fact and law, which deals with the issue head-on. SECURE expresses concern about the fact that, by virtue of the Commissioner's late introduction of its interpretation of section 104, the Tribunal will have been denied an opportunity to weigh in. In my view, this concern should not be determinative. Even if the Commissioner had made all the arguments it makes here before the Tribunal, and the Tribunal had provided its analysis thereof, this Court would be considering this appeal on a standard of correctness.

[45] In my view, this appeal raises no new issue that should not be considered.

*C. Jurisdiction of the Competition Tribunal to Grant the Requested Relief*

[46] Now, I turn to the only substantive issue in this appeal: whether the Tribunal has the jurisdiction to grant "interim interim" relief to delay a proposed merger until an application for interim relief under section 104 of the Act can be heard and decided. As indicated above, the Tribunal found that section 104 contemplates interim relief to give time for a decision on an application under section 92, but does not contemplate more immediate relief to give time for a decision on a separate application under section 104.

soulève pas une nouvelle question. Ainsi que la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company*, 2020 CAF 141, [2021] 1 R.C.F. 551, au paragraphe 87 :

Cette situation ne pose pas problème. Le droit évolue toujours. Une partie peut toujours invoquer de nouvelles règles de droit et de nouveaux arguments juridiques devant notre Cour sur des questions qui ont été examinées par le tribunal de première instance, à condition que la partie adverse en soit prévenue à temps et qu'elle ait la possibilité d'y répondre.

[44] Rien ne m'amène à penser que SECURE n'a pas été prévenue à temps et qu'elle n'a pas eu la possibilité de répondre à la question sur l'interprétation de l'article 104 de la Loi. Comme je l'ai mentionné précédemment, cette question a été bel et bien débattue avec vigueur. En préparant son argument, SECURE a eu l'avantage de lire le mémoire des faits et du droit du commissaire, qui traite de front de la question, et d'y répondre. SECURE se dit préoccupée par le fait qu'en raison de la présentation tardive par le commissaire de son interprétation de l'article 104 de la Loi, le Tribunal n'a pas eu l'occasion de se prononcer. À mon avis, cette préoccupation ne devrait pas être déterminante. Même si le commissaire avait présenté au Tribunal tous les arguments qu'il a fait valoir en l'espèce et même si le Tribunal avait présenté son analyse de ceux-ci, notre Cour examinerait le présent appel selon la norme de la décision correcte.

[45] À mon avis, le présent appel ne soulève aucune nouvelle question qui ne devrait pas être examinée.

*C. Compétence du Tribunal de la concurrence pour accorder la mesure demandée*

[46] J'examinerai maintenant la seule question de fond dans le présent appel qui consiste à déterminer si le Tribunal a compétence pour accorder une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » afin de différer le fusionnement proposé jusqu'à ce qu'une demande de mesure provisoire, aux termes de l'article 104 de la Loi, puisse être entendue et tranchée. Comme je l'ai indiqué précédemment, le Tribunal a estimé que l'article 104 de la Loi prévoit une mesure provisoire qui permet de disposer de suffisamment de temps pour rendre une décision

[47] The key facts underlying this appeal are not in dispute, but they are also of limited relevance to what is essentially an exercise in statutory interpretation.

[48] The Commissioner relies on two separate grounds for the Tribunal’s jurisdiction. First, the Commissioner argues that section 104, properly interpreted, provides the jurisdiction necessary to grant the requested relief. Second, even if section 104 itself does not provide the necessary jurisdiction, such jurisdiction exists by necessary implication.

[49] In order to address the first ground asserted by the Commissioner, it is necessary to conduct a formal statutory interpretation analysis. The parties do not disagree on the proper approach. A majority of the Supreme Court of Canada provided the following guidance in *Vavilov*, at paragraphs 117–118:

A court interpreting a statutory provision does so by applying the “modern principle” of statutory interpretation, that is, that the words of a statute must be read “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, and *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, both quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87. Parliament and the provincial legislatures have also provided guidance by way of statutory rules that explicitly govern the interpretation of statutes and regulations: see, e.g., *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21.

This Court has adopted the “modern principle” as the proper approach to statutory interpretation, because legislative intent can be understood only by reading the language chosen by the legislature in light of the purpose of the provision and the entire relevant context: Sullivan

concernant une demande au titre de l’article 92 de la Loi. En revanche, il ne prévoit pas une mesure plus immédiate qui permet de disposer de suffisamment de temps pour rendre une décision concernant une demande distincte au titre de l’article 104 de la Loi.

[47] Les faits clés sous-jacents au présent appel ne sont pas contestés, mais leur importance quant à ce qui constitue essentiellement un exercice d’interprétation des lois est limitée.

[48] Le commissaire invoque deux motifs distincts relativement à la compétence du Tribunal. Premièrement, le commissaire affirme que l’article 104 de la Loi, lorsqu’il est correctement interprété, confère la compétence nécessaire pour accorder la mesure demandée. Deuxièmement, même si, en soi, l’article 104 de la Loi ne confère pas la compétence nécessaire, cette compétence existe par déduction nécessaire.

[49] Pour traiter le premier motif invoqué par le commissaire, il est nécessaire de mener une analyse formelle de l’interprétation de la Loi. Les parties ne sont pas en désaccord sur l’approche qu’il convient d’adopter. Les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada ont donné les indications suivantes dans l’arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 117 et 118 :

La cour qui interprète une disposition législative le fait en appliquant le « principe moderne » en matière d’interprétation des lois, selon lequel 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 » : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, citant tous deux E. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87. Le Parlement et les législatures provinciales ont également donné certaines indications en adoptant des règles législatives qui encadrent explicitement l’interprétation des lois et des règlements : voir, par ex., la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21.

Notre Cour a adopté ce « principe moderne » en tant que méthode appropriée d’interprétation des lois parce que c’est uniquement à partir du texte de loi, de l’objet de la disposition législative et du contexte dans son ensemble qu’il est possible de saisir l’intention du législateur : Sullivan,

[R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014)], at pp. 7-8. Those who draft and enact statutes expect that questions about their meaning will be resolved by an analysis that has regard to the text, context and purpose, regardless of whether the entity tasked with interpreting the law is a court or an administrative decision maker....

[50] The majority in *Vavilov* went on at paragraph 120 to direct that:

... the merits of an administrative decision maker’s interpretation of a statutory provision must be consistent with the text, context and purpose of the provision. In this sense, the usual principles of statutory interpretation apply equally when an administrative decision maker interprets a provision. Where, for example, the words used are “precise and unequivocal”, their ordinary meaning will usually play a more significant role in the interpretive exercise: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10....

[51] The tribunal did not conduct a formal statutory interpretation analysis as contemplated in *Vavilov*. There are at least two likely reasons for this. Firstly, it appears that the Commissioner’s argument before the Tribunal was not based on a particular interpretation of section 104 itself. Secondly, the tight time constraints involved in the Application in Issue would have made it difficult to provide such an analysis. In any case, as the standard of review in this case is correctness, there is no question of deference to the Tribunal, and the absence of more formal analysis is of marginal importance.

[52] The following sections address the text, context and purpose of section 104 in turn.

(1) Text of Section 104

[53] The text of section 104 of the Act is as follows:

**Interim order**

**104 (1)** If an application has been made for an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3, the Tribunal, on application by the Commissioner or a person who has made an application under section 75, 76 or 77, may issue any interim order that it considers

[R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014)], p. 7-8. Les personnes qui rédigent et adoptent des textes de loi s’attendent à ce que les questions concernant leur sens soient tranchées à la suite d’une analyse qui tienne compte du libellé, du contexte et de l’objet de la disposition concernée, que l’entité chargée d’interpréter la loi soit une cour de justice ou un décideur administratif [...]

[50] Dans l’arrêt *Vavilov*, les juges majoritaires ont ajouté au paragraphe 120 l’indication suivante :

[...] le fond de l’interprétation de celle-ci par le décideur administratif doit être conforme à son texte, à son contexte et à son objet. En ce sens, les principes habituels d’interprétation législative s’appliquent tout autant lorsqu’un décideur administratif interprète une disposition. Par exemple, lorsque le libellé d’une disposition est « précis et non équivoque », son sens ordinaire joue normalement un rôle plus important dans le processus d’interprétation : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10 [...]

[51] Le Tribunal n’a pas mené une analyse formelle de l’interprétation de la Loi comme le prévoyait l’arrêt *Vavilov*. Il y a au moins deux raisons probables à cela. Premièrement, il semble que l’argument présenté au Tribunal par le commissaire n’était pas fondé sur une interprétation particulière de l’article 104 de la Loi. Deuxièmement, les délais serrés qui concernaient la demande en question auraient rendu difficile l’exécution de cette analyse. Quoi qu’il en soit, la norme de contrôle qui s’applique en l’espèce étant celle de la décision correcte, il n’y a aucune question portant sur la déférence à accorder au Tribunal et l’absence d’une analyse plus formelle revêt une importance insignifiante.

[52] Les sections suivantes traitent à tour de rôle du libellé, du contexte et de l’objet de l’article 104 de la Loi.

1) Libellé de l’article 104 de la Loi

[53] L’article 104 de la Loi est rédigé ainsi :

**Ordonnance provisoire**

**104 (1)** Lorsqu’une demande d’ordonnance a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3, le Tribunal peut, à la demande du commissaire ou d’une personne qui a présenté une demande en vertu des

appropriate, having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief.

#### Terms of interim order

(2) An interim order issued under subsection (1) shall be on such terms, and shall have effect for such period of time, as the Tribunal considers necessary and sufficient to meet the circumstances of the case.

#### Duty of Commissioner

(3) Where an interim order issued under subsection (1) on application by the Commissioner is in effect, the Commissioner shall proceed as expeditiously as possible to complete proceedings under this Part arising out of the conduct in respect of which the order was issued.

[54] The key provision is subsection 104(1). It provides that, where a certain condition has been met (“an application has been made for an order under this Part, other than an interim order under section 100 or 103.3”), the Tribunal “may issue any interim order that it considers appropriate”, subject to the restriction set out in the concluding words of the subsection (“having regard to the principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief”).

[55] The parties agree that the Section 92 Application meets the condition of an application “under this Part” (Part VIII of the Act, covering sections 75 to 107). However, SECURE argues that the Application in Issue did not meet this condition because it was based on the Section 104 Application rather than the Section 92 Application—the Application in Issue sought “interim interim” relief pending a decision on the Section 104 Application. SECURE argues that the requirement for an application “under this Part” does not contemplate a separate application under the same section 104. SECURE notes first that the condition requires that the underlying application be for an “order”, not an interim order. SECURE also notes that all other possible applications for interim orders in this Part are excluded (sections 100 and 103.3). According to SECURE, this buttresses the argument that the application that underlies an application under section 104 cannot be for an “interim interim” order.

articles 75, 76 ou 77, rendre toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d’injonction.

#### Conditions des ordonnances provisoires

(2) Une ordonnance provisoire rendue aux termes du paragraphe (1) contient les conditions et a effet pour la durée que le Tribunal estime nécessaires et suffisantes pour parler aux circonstances de l’affaire.

#### Obligation du commissaire

(3) Si une ordonnance provisoire est rendue en vertu du paragraphe (1) à la suite d’une demande du commissaire et est en vigueur, le commissaire est tenu d’agir dans les meilleurs délais possible pour terminer les procédures qui, sous le régime de la présente partie, découlent du comportement qui fait l’objet de l’ordonnance.

[54] La principale disposition est le paragraphe 104(1) de la Loi. Il dispose que, lorsqu’une certaine condition a été satisfaite (« une demande d’ordonnance a été faite en application de la présente partie, sauf en ce qui concerne les ordonnances provisoires en vertu des articles 100 ou 103.3 »), le Tribunal « peut [...] rendre toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée », sous réserve de la restriction énoncée dans le membre de phrase final du paragraphe (« conformément aux principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d’injonction »).

[55] Les parties conviennent que la demande au titre de l’article 92 de la Loi satisfait à la condition d’une demande faite « en application de la présente partie » (partie VIII de la Loi qui couvre les articles 75 à 107). Cependant, SECURE affirme que la demande en question ne satisfaisait pas à cette condition, car elle était fondée sur la demande au titre de l’article 104 de la Loi, plutôt que sur la demande au titre de l’article 92 de la Loi — la demande en question visait l’obtention d’une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » en attendant qu’une décision concernant la demande au titre de l’article 104 de la Loi soit rendue. SECURE soutient que l’exigence d’une demande faite « en application de la présente partie » ne prévoit pas une demande distincte présentée au titre du même article 104 de la Loi. SECURE fait d’abord remarquer que la condition requiert que la demande sous-jacente vise une « ordonnance », et non une ordonnance provisoire. SECURE



[56] The text of subsection 104(1) indicates that it applies when an application pursuant to section 92 of the Act has been filed, and that is the case here. Having concluded that subsection 104(1) applies in the present situation, I see no reason in the text thereof to read it as being limited in the way SECURE urges. Subsection 104(1) contemplates “any interim order” that the Tribunal considers appropriate, and this broad scope is limited only by reference to “principles ordinarily considered by superior courts when granting interlocutory or injunctive relief.” It is not necessary to determine precisely what limitations are contemplated by this wording, but I expect that it includes at least the test for granting interlocutory or injunctive relief as set out in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385 (see *The Commissioner of Competition v. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Comp. Trib. 4, 2015 CanLII 154097, at paragraph 26). However, the wording of subsection 104(1) does not preclude the type of “interim interim” relief that the Commissioner sought before the Tribunal. It is well-understood that superior courts may grant “interlocutory” relief pending a decision on the merits of the substantive dispute before the court. But it is also well understood that superior courts may grant what is typically called “interim” relief pending a decision on a request for interlocutory relief. Moreover, as noted by Justice Stratas in his July 2, 2021 order in this appeal, this Court has the power to grant even shorter term relief pending a decision on a request for interim relief.

souligne ensuite que toutes les autres demandes possibles d’ordonnances provisoires dans la présente partie sont exclues (articles 100 et 103.3). Selon SECURE, cela étaye l’argument selon lequel la demande sous-jacente à une demande au titre de l’article 104 de la Loi ne peut pas viser une ordonnance [TRADUCTION] « provisoire provisoire ».

[56] Le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi indique que ce dernier s’applique lorsqu’une demande présentée en application de l’article 92 de la Loi a été déposée et c’est le cas en l’espèce. Ayant conclu que le paragraphe 104(1) de la Loi s’applique dans la situation en l’espèce, je ne vois aucune raison d’interpréter le libellé du paragraphe comme ayant la portée limitée que SECURE préconise. Le paragraphe 104(1) de la Loi prévoit « toute ordonnance provisoire » que le Tribunal considère justifiée et cette vaste portée n’est limitée que par le renvoi aux « principes normalement pris en considération par les cours supérieures en matières interlocutoires et d’injonction ». Il n’est pas nécessaire d’établir précisément les limites qui sont prévues par ce libellé, mais je m’attends à ce qu’il comprenne au moins le critère relatif à un redressement interlocutoire ou à une injonction, comme cela est énoncé dans l’arrêt *RJR — Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 (voir la décision *Le commissaire de la concurrence c. Parkland Industries Ltd.*, 2015 Trib. conc. 4, 2015 CanLII 154097, au paragraphe 26). Cependant, le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi n’empêche pas la prise en compte du type de mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » que le commissaire a cherché à obtenir devant le Tribunal. Il est bien établi que les cours supérieures peuvent accorder un redressement « interlocutoire » en attendant qu’une décision sur le fond du litige soit rendue devant la cour. Il est toutefois également bien établi que les cours supérieures peuvent accorder ce qui est généralement appelé une mesure « provisoire » en attendant qu’une décision concernant une demande de redressement interlocutoire soit rendue. En outre, comme l’a souligné le juge Stratas dans son ordonnance du 2 juillet 2021, dans le présent appel, notre Cour a le pouvoir d’accorder une mesure à plus court terme, en attendant qu’une décision soit rendue concernant une demande de mesure provisoire.

[57] Subject to consideration below of the context and the purpose of section 104, the reference therein to “any interim order” in the text of subsection 104(1) appears to encompass, at least in the technical sense, both “interlocutory” and “interim” relief, as these terms are typically used in superior courts. SECURE’s alternative interpretation would have us conclude that the term “interim order” refers to what are typically called “interlocutory orders”, and excludes what are called “interim orders”. Parliament’s use of the word “interim” makes such an interpretation particularly difficult to accept.

[58] In my view, it is not necessary to reach a conclusion on SECURE’s argument that the application for an “order under this Part” near the beginning of subsection 104(1) cannot be a separate application under section 104. My reading of subsection 104(1) is that the Section 92 Application could be the application that supports both the Section 104 Application and the Application in Issue. It is also interesting to note subsection 104(3), which applies when an interim order is issued under subsection 104(1). This provision requires the Commissioner to “proceed as expeditiously as possible to complete proceedings under this Part arising out of the conduct in respect of which the order was issued.” The “conduct in respect of which the order was issued” in this case would be SECURE’s refusal to suspend the merger in order to permit the Section 104 Application to be heard.

## (2) Context of Section 104

[59] The focus of SECURE’s argument concerning the context of section 104, both before this Court and before the Tribunal, is section 100. SECURE argues, and the Commissioner does not dispute, that Parliament has balanced the interests of the Commissioner (and the public on behalf of whom he acts) to review proposed mergers of companies and intervene if appropriate, and such

[57] Sous réserve de l’examen ci-dessous du contexte et de l’objet de l’article 104 de la Loi, le renvoi à « toute ordonnance provisoire » dans le libellé du paragraphe 104(1) de la Loi semble comprendre, du moins au sens technique, à la fois un redressement « interlocutoire » et une mesure « provisoire », étant donné que les cours supérieures utilisent généralement ces termes. L’interprétation subsidiaire de SECURE nous amènerait à conclure que l’expression « ordonnance provisoire » renvoie à ce qui est généralement appelé des « ordonnances interlocutoires », et qu’elle exclut ce qu’on nomme des « ordonnances provisoires ». L’utilisation par le législateur du qualificatif « provisoire » rend particulièrement difficile l’acceptation de cette interprétation.

[58] À mon avis, il n’est pas nécessaire de tirer une conclusion sur l’argument de SECURE selon lequel la demande d’une « ordonnance [...] faite en application de la présente partie », au début du paragraphe 104(1) de la Loi, ne peut pas être une demande distincte faite en application de l’article 104 de la Loi. Selon mon interprétation du paragraphe 104(1) de la Loi, la demande au titre de l’article 92 de la Loi pourrait être la demande qui étaye à la fois la demande au titre de l’article 104 de la Loi et la demande en question. Il est aussi intéressant de mentionner le paragraphe 104(3) de la Loi, qui s’applique lorsqu’une ordonnance provisoire est rendue en application du paragraphe 104(1). Cette disposition requiert que le commissaire « agi[sse] dans les meilleurs délais possible pour terminer les procédures qui, sous le régime de la présente partie, découlent du comportement qui fait l’objet de l’ordonnance ». En l’espèce, le « comportement qui fait l’objet de l’ordonnance » serait le refus de SECURE de suspendre le fusionnement afin de permettre l’audition de la demande au titre de l’article 104 de la Loi.

## 2) Contexte de l’article 104 de la Loi

[59] L’argument de SECURE concernant le contexte de l’article 104 de la Loi, qui a été soulevé devant notre Cour et le Tribunal, porte sur l’article 100 de la Loi. SECURE affirme — et le commissaire ne conteste pas cette affirmation — que le législateur a concilié les intérêts du commissaire (et du public au nom de qui il agit) relatifs à l’examen des fusionnements d’entreprises

companies' competing interests in arranging their affairs as they see fit and acting without interference. SECURE argues that the existing legislative provisions in the Act are a complete code of the tools made available to the Commissioner in that regard.

[60] The Act provides that notice of proposed transactions meeting certain criteria must be provided to the Commissioner (subsection 114(1)). The Act also prohibits parties from closing such transactions for 30 days thereafter (paragraph 123(1)(a)). During that period, the Commissioner may issue an SIR seeking further information (subsection 114(2)), and in such a case, the Act provides that the parties may not close the proposed transaction until 30 days after providing a certified response thereto (paragraph 123(1)(b)). The purpose of both of these waiting periods is to give the Commissioner time to review the proposed transaction before it closes. If that time proves insufficient to complete his review, the Commissioner may seek an order under section 100 to obtain an additional 30 days (extendable to 60 days). If, after his review, the Commissioner files an application for relief under section 92, he may make a further application for an interim order under section 104.

[61] SECURE argues that these provisions are both comprehensive and specific, and that further measures that could delay a proposed transaction should not be read into the Act. It notes in particular that section 104 does not state that the single term "any interim order" contemplates two separate kinds of relief—"interim" (typically called "interlocutory" in superior courts) and "interim interim" (typically called "interim"). SECURE also notes that, prior to filing the Section 92 Application on June 29, 2021, the Commissioner could have sought an order under section 100 to provide the additional time that would be required to file the Section 92 Application and to seek and obtain interim relief under section 104. SECURE argues that Parliament has

proposés et à son intervention au besoin, ainsi que les intérêts opposés de ces entreprises relatifs à l'organisation de leurs affaires comme bon leur semble et au fait d'agir sans ingérence. SECURE soutient que les dispositions législatives existantes dans la Loi constituent un code complet des outils mis à la disposition du commissaire à cet égard.

[60] La Loi dispose que le commissaire doit être avisé du fait que les transactions proposées doivent satisfaire à certains critères (paragraphe 114(1)). La Loi interdit aussi la clôture de ces transactions par les parties dans les 30 jours qui suivent (alinéa 123(1)a)). Pendant cette période, le commissaire peut envoyer une DRS visant à obtenir des renseignements supplémentaires (paragraphe 114(2) de la Loi) et, en pareilles circonstances, la Loi dispose que les parties ne peuvent pas conclure la transaction proposée avant l'expiration d'un délai de 30 jours, à compter de la date à laquelle une réponse certifiée à la DRS a été fournie (alinéa 123(1)b) de la Loi). Ces deux délais d'attente visent à donner au commissaire suffisamment de temps pour examiner la transaction proposée avant sa clôture. Si ce délai s'avère insuffisant pour terminer l'examen, le commissaire peut demander une ordonnance en application de l'article 100 de la Loi afin d'obtenir un délai supplémentaire de 30 jours (qui peut être porté à 60 jours). Si, après son examen, le commissaire dépose sa demande d'une mesure en application de l'article 92 de la Loi, il peut faire une demande supplémentaire afin d'obtenir une ordonnance provisoire au titre de l'article 104 de la Loi.

[61] SECURE fait valoir que ces dispositions sont à la fois générales et particulières et qu'on ne devrait pas interpréter la Loi de manière à y intégrer d'autres mesures qui pourraient retarder une transaction proposée. Plus précisément, elle souligne que l'article 104 de la Loi n'indique pas que la seule expression « toute ordonnance provisoire » prévoit deux types de mesures distincts : une mesure « provisoire » (généralement appelée « interlocutoire » dans les cours supérieures) et une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » (généralement appelée « provisoire »). SECURE fait également observer qu'avant de déposer le 29 juin 2021 la demande au titre de l'article 92 de la Loi, le commissaire aurait pu avoir demandé une ordonnance en application de

provided the tools needed to address the Commissioner’s concerns about the Proposed Transaction in a timely fashion, and that the current situation resulted from his failure to use those tools.

[62] The Commissioner argues that section 100, as compared to section 104, has a different purpose—it applies at a different stage of the merger review, has a different test, and provides different relief. The Commissioner notes that it applies only to give additional time to complete his review of the proposed transaction, and then only if that transaction is likely to “substantially impair the ability of the Tribunal to remedy the effect of the proposed merger on competition under [section 92] because that action would be difficult to reverse.”

[63] I accept SECURE’s argument that Parliament has provided detailed and specific tools to the Commissioner, and related powers to the Tribunal, to intervene in transactions that are of concern under the Act, and has decided not to grant other such tools and powers. However, I see nothing in the context of section 104, including section 100, that suggests that the broad power of the Tribunal to issue “any interim order that it considers appropriate” should be read more narrowly than a plain textual reading suggests, so as to exclude the relief sought in the Application in Issue.

### (3) Purpose of Section 104

[64] At paragraphs 54 to 62 of his memorandum of fact and law, the Commissioner provides a review of the intent of the merger review scheme provided for in the Act, including in section 104 thereof. He explains that the goal of the scheme was to ensure that proposed mergers could be reviewed and, if necessary, challenged before

l’article 100 de la Loi afin de bénéficier du délai supplémentaire qui serait nécessaire pour déposer la demande au titre de l’article 92 de la Loi et pour demander et obtenir une mesure provisoire aux termes de l’article 104 de la Loi. SECURE fait valoir que le législateur a offert les outils nécessaires pour répondre aux préoccupations du commissaire au sujet de la transaction proposée en temps opportun et que la situation actuelle découlait du fait que le commissaire n’avait pas utilisé ces outils.

[62] Le commissaire avance que l’article 100 de la Loi, comparativement à l’article 104 de la Loi, a un objet différent : son application intervient à une étape différente de l’examen d’un fusionnement, il comporte un critère différent et il prévoit une mesure différente. Le commissaire souligne que cet article ne trouve application que pour lui donner un délai supplémentaire afin qu’il achève son examen de la transaction proposée et uniquement si la transaction est susceptible « de réduire sensiblement l’aptitude du Tribunal à remédier à l’influence du fusionnement proposé sur la concurrence, si celui-ci devait éventuellement appliquer [l’article 92] à l’égard de ce fusionnement ».

[63] Je retiens l’argument de SECURE selon lequel le législateur a offert au commissaire des outils précis et particuliers et a conféré au Tribunal des pouvoirs connexes pour intervenir lorsque des transactions, aux termes de la Loi, sont préoccupantes et il a décidé de ne pas donner d’autres outils et pouvoirs. Cependant, je ne relève aucun élément du contexte de l’article 104 de la Loi, y compris l’article 100 de la Loi, qui indique que le vaste pouvoir qu’exerce le Tribunal pour rendre « toute ordonnance provisoire qu’il considère justifiée » devrait être interprété de manière plus restrictive, en excluant la mesure recherchée dans la demande en question, que ce que suggère une simple interprétation textuelle.

### 3) Objet de l’article 104 de la Loi

[64] Aux paragraphes 54 à 62 de son mémoire des faits et du droit, le commissaire examine le but du régime d’examen du fusionnement prévu par la Loi, notamment à l’article 104. Il explique que le but du régime était de veiller à ce que les fusionnements proposés puissent faire l’objet d’un examen et être contestés, au

they close. This is because Parliament recognized that it can be very difficult to reverse or offset anti-competitive effects of a merger after it has been completed.

[65] SECURE does not dispute this description of the purpose of the scheme, but urges that this Court focus on the specific measures provided for in the Act to achieve it. I have discussed in the previous section concerning the context of section 104 why I do not accept that these specific measures have the effect of narrowing the broad scope of the term “any interim order”. Likewise, there is nothing in the goal of encouraging completion of merger review before closing that would suggest a narrow interpretation of that term.

[66] SECURE also argues that interpreting section 104 to permit “interim interim” relief pending determination of a separate application under section 104 for interim relief would curtail procedural fairness. I do not accept this argument. It is based on the specific facts in this case, in which the timelines were extremely tight, and there was insufficient opportunity for either the respondents (as they were at the time) or the Tribunal to adequately review and consider the supporting material submitted by the Commissioner. The question before this Court is not whether “interim interim” relief was appropriate in this case. Rather, it is whether the Tribunal may ever grant such relief. It should be understood that, even if this question is answered in the affirmative, the Tribunal will maintain the role of deciding in each case whether such relief is fair and appropriate in the circumstances, and may refuse to grant relief where it is not. The question is really whether the Tribunal has the jurisdiction to grant relief in cases where it is fair. Notably, subrule 2(2) of the Rules (reproduced at paragraph 10 above) provides that the Tribunal may give directions about how to proceed in urgent cases. This would include directions to ensure procedural fairness in the particular circumstances.

besoin, avant leur clôture. Ce but s’explique par le fait que le législateur a reconnu qu’il peut être très difficile d’annuler ou de contrer les effets anticoncurrentiels d’un fusionnement après qu’il a eu lieu.

[65] SECURE ne conteste pas cette description du but du régime, mais elle demande que notre Cour se concentre sur les mesures particulières prévues par la Loi qui visent à atteindre ce but. Dans la section précédente qui portait sur le contexte de l’article 104 de la Loi, j’ai expliqué pourquoi je n’étais pas d’accord pour dire que ces mesures particulières avaient pour effet de restreindre la vaste portée de l’expression « toute ordonnance provisoire ». De même, il n’y a rien à propos de l’objectif d’encourager l’achèvement de l’examen d’un fusionnement avant la clôture de celui-ci qui laisse entendre que cette expression doit recevoir une interprétation restrictive.

[66] SECURE fait aussi valoir qu’interpréter l’article 104 de la Loi comme une disposition permettant au Tribunal d’accorder une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire », en attendant qu’une demande distincte faite en application de l’article 104 de la Loi, en vue de l’obtention d’une mesure provisoire, soit tranchée, restreindrait l’équité procédurale. Je dois rejeter cet argument. Il est fondé sur les faits particuliers en l’espèce où les délais étaient extrêmement serrés et où ni les intimées (tel qu’elles étaient désignées à l’époque) ni le Tribunal n’ont eu l’occasion d’examiner adéquatement les pièces justificatives présentées par le commissaire et d’en tenir compte. La question que notre Cour doit trancher n’est pas de savoir si une mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » convenait en l’espèce. Il s’agit plutôt de savoir si le Tribunal pourrait avoir le droit d’accorder cette mesure. Il faut comprendre que, même si cette question reçoit une réponse affirmative, le Tribunal continuera de décider, pour chaque affaire, si cette mesure est juste et indiquée dans les circonstances et, si tel n’est pas le cas, il pourrait refuser d’accorder une mesure. La véritable question est celle de savoir si le Tribunal a compétence pour accorder une mesure lorsqu’elle est juste. Il convient de souligner que le paragraphe 2(2) des Règles (reproduit au paragraphe 10 ci-dessus) dispose que le Tribunal peut donner des directives sur la marche à suivre en cas d’urgence. Cela comprend les directives qui visent à garantir l’équité procédurale dans des circonstances particulières.

## (4) Conclusion on Jurisdiction

[67] Having considered the text, context and purpose of section 104, I conclude that it provides that the Tribunal has jurisdiction, in the proper circumstances, to grant both interlocutory relief (as that term is typically used in superior courts) pending a decision on application under section 92, and interim relief (again, as that term is typically used in superior courts) pending a decision on whether to grant interlocutory relief. Accordingly, I find that the Tribunal erred in concluding that it lacked the jurisdiction necessary to grant the relief requested in the Application in Issue. The Tribunal might well have been justified in refusing to grant such relief in this case based on the facts, but that was not the basis for the Decision.

[68] Having reached this conclusion, it is not necessary for me to consider the Commissioner's alternative argument that the Tribunal's jurisdiction to grant the requested "interim interim" relief exists by necessary implication.

VI. Conclusion

[69] For the reasons discussed above, I would allow the appeal with costs, and set aside the Tribunal's order.

PELLETIER J.A.: I agree.

LEBLANC J.A.: I agree.

## 4) Conclusion sur la compétence

[67] Ayant examiné le texte, le contexte et l'objet de l'article 104 de la Loi, je conclus qu'il dispose que le Tribunal a compétence, dans les circonstances appropriées, pour accorder à la fois un redressement interlocutoire (selon l'utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu'une décision concernant la demande en application de l'article 92 de la Loi soit rendue, et une mesure provisoire (là encore, selon l'utilisation généralement faite de cette expression par les cours supérieures) en attendant qu'une décision sur la question d'accorder ou non un redressement interlocutoire soit rendue. Par conséquent, j'estime que le Tribunal a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas la compétence nécessaire pour accorder la mesure sollicitée dans la demande en question. Il est possible que le refus par le Tribunal d'accorder cette mesure en l'espèce ait été justifié par les faits, mais la décision n'est pas fondée sur ceux-ci.

[68] Ayant tiré cette conclusion, je n'ai pas besoin d'examiner l'argument subsidiaire du commissaire selon lequel la compétence du Tribunal pour accorder la mesure [TRADUCTION] « provisoire provisoire » existe par déduction nécessaire.

VI. Conclusion

[69] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais l'appel avec dépens et j'annulerais l'ordonnance rendue par le Tribunal.

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

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

2021 FC 939 T-87-19	2021 CF 939 T-87-19
<b>Dzawada'enuxw First Nation</b> ( <i>Plaintiff</i> )	<b>Première Nation des Dzawada'enuxw</b> ( <i>demanderesse</i> )
v.	c.
<b>Her Majesty the Queen and Cermaq Canada Ltd.</b> ( <i>Defendants</i> )	<b>Sa Majesté la Reine et Cermaq Canada Ltd.</b> ( <i>défenderesses</i> )
and	et
<b>Mowi Canada West Inc.</b> ( <i>Intervener</i> )	<b>Mowi Canada West Inc.</b> ( <i>intervenante</i> )
T-1076-20	T-1076-20
<b>Dzawada'enuxw First Nation</b> ( <i>Applicant</i> )	<b>Première Nation des Dzawada'enuxw</b> ( <i>demanderesse</i> )
v.	c.
<b>The Attorney General of Canada and Cermaq Canada Ltd. and Mowi Canada West</b> ( <i>Respondents</i> )	<b>Le procureur général du Canada et Cermaq Canada Ltd. et Mowi Canada West</b> ( <i>défendeurs</i> )
<b>INDEXED AS: DZAWADA'ENUXW FIRST NATION v. CANADA</b>	<b>RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION DES DZAWADA'ENUXW C. CANADA</b>
Federal Court, Ring C.M.J.—Vancouver, September 10, 2021.	Cour fédérale, juge responsable de la gestion de l'instance Ring—Vancouver, 10 septembre 2021.

*Practice — Pleadings — Amendments — Motion seeking order granting leave to plaintiff to file second further amended statement of claim (Proposed Amended Claim) pursuant to Federal Courts Rules, r. 75(1) — Proposed Amended Claim seeking to remove allegations relating to infringement of plaintiff's asserted Aboriginal rights to harvest fish, and manage fisheries (Disputed Amendments) — If amendments allowed, plaintiff would seek declarations concerning existence of Aboriginal rights in respect of eulachon, no longer assert infringement of those rights — Plaintiff submitting amendments would expedite trial — Defendant Her Majesty the Queen (Canada) submitting case law not contemplating bare declarations that address only existence of Aboriginal right under Constitution Act, 1982, s. 35 — Defendant Cermaq Canada Ltd. (Cermaq) submitting that Proposed Amended Claim containing pleading posing no reasonable prospect of success; bare declaration of Aboriginal right serving no useful purpose; pleading contrary to interests of justice — Whether Disputed Amendments having reasonable prospect of success — Disputed Amendments not having reasonable prospect of*

*Pratique — Actes de procédure — Modifications — Requête visant à obtenir une ordonnance accordant à la demanderesse l'autorisation de déposer une deuxième déclaration modifiée (la déclaration modifiée proposée) conformément au paragraphe 75(1) des Règles des Cours fédérales — La déclaration modifiée proposée visait à supprimer toutes les allégations relatives à la violation des droits ancestraux revendiqués de récolter le poisson et de gérer les pêches (les modifications proposées) — Si les modifications sont acceptées, la demanderesse cherchera à obtenir un jugement déclarant l'existence des droits ancestraux à l'égard de l'eulakane, mais elle ne fera plus valoir la violation de ces droits — La demanderesse a soutenu que les modifications accéléreront le procès — La défenderesse, Sa Majesté la Reine (Canada), a soutenu que la jurisprudence n'envisage pas la possibilité de rendre un jugement déclarant uniquement l'existence d'un droit ancestral au sens de l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — La défenderesse, Cermaq Canada Ltd. (Cermaq), a soutenu que la déclaration modifiée proposée contient un acte de procédure qui n'a aucune possibilité raisonnable d'être acceptée;*

*success — Legal test for declaratory relief not met — Threshold requirement on motion to amend pleadings that proposed amendment must have reasonable prospect of success — Question to be asked is whether amendment, if it were already part of proposed pleadings, would be plea capable of being struck out — Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia (B.C.C.A.) persuasive appellate level authority on this motion — In this case, by not pleading real “dispute” that is “attached to specific facts” as regards its asserted Aboriginal right to fish eulachon, plaintiff failed to demonstrate how its pleadings satisfied all elements of four-part test in Ewert v. Canada on when a court may grant declaratory relief — Similar to Cheslatta, Proposed Amended Claim not alleging any violation by defendants of plaintiff’s asserted Aboriginal fishing rights relating to eulachon — No facts alleged in proposed amendments supporting existence of live controversy between parties on that issue — Absence of “live controversy” on face of pleadings particularly problematic in this case where plaintiff sought free-standing declaration of its Aboriginal right to fish eulachon — Supreme Court of Canada making it clear that Aboriginal rights claims must be adjudicated within concrete factual context — Proposed bare declaration regarding eulachon would not serve useful purpose in terms of establishing extent of harvest, exchange, management of eulachon — Not allowing plaintiff to exercise those rights with less fear of prosecution or interference from governments — Disputed Amendments not simplifying negotiations, analyses of duties to consult, accommodate — Motion dismissed.*

*Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Plaintiff, in proposed amended statement of claim, seeking declarations concerning existence of Aboriginal rights in respect of eulachon, but no longer asserting infringement of those rights — Amendments seeking bare declarations of Aboriginal rights dismissed, having no reasonable prospect of success — No facts alleged in proposed amendments supporting existence of live controversy between parties on that issue — Supreme Court of Canada making it clear that Aboriginal rights claims must be adjudicated within concrete factual context.*

*qu’il ne servait à rien de rendre un jugement déclarant l’existence de droits ancestraux; et que l’acte de procédure était contraire à l’intérêt de la justice — Il s’agissait de savoir si les modifications contestées avaient une possibilité raisonnable de succès — Les modifications contestées n’avaient pas une possibilité raisonnable de succès — Le critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires n’a pas été rempli — Il s’agit de savoir si la modification, si elle faisait déjà partie de l’acte de procédure proposé, constituerait un moyen susceptible d’être radié — L’arrêt Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia (C.A.C.-B.) est une décision à caractère persuasif — En l’espèce, en n’invoquant pas un véritable « litige » qui soit [TRADUCTION] « rattaché à des faits précis » en ce qui concerne le droit ancestral de pêcher l’eulakane qu’elle revendique, la demanderesse n’a pas démontré comment ses actes de procédure satisfont à tous les éléments du critère à quatre volets de l’arrêt Ewert c. Canada, lequel a été élaboré pour déterminer quand un tribunal peut prononcer un jugement déclaratoire — À l’instar de l’arrêt Cheslatta, la déclaration modifiée proposée ne contenait aucune allégation selon laquelle les défendeurs auraient violé les droits de pêche ancestraux relatifs à l’eulakane revendiqués par la demanderesse — Il n’y a pas de faits allégués dans les modifications proposées qui confirment l’existence d’un litige réel entre les parties sur cette question — L’absence de « litige réel » à la lecture des actes de procédures était particulièrement problématique du fait que la demanderesse cherche à obtenir un jugement déclaratoire distinct sur son droit ancestral de pêcher l’eulakane — La Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les revendications autochtones doivent être examinées dans un contexte factuel concret — Le simple jugement déclaratoire proposé au sujet de l’eulakane ne permettra pas d’établir la mesure dans laquelle la demanderesse peut pêcher, échanger et gérer l’eulakane — Le jugement déclaratoire proposé ne permettra pas non plus à la demanderesse d’exercer ces droits avec moins de crainte de poursuites ou d’autres ingérences de la part des gouvernements — Les modifications contestées ne permettront pas de simplifier les négociations ni les analyses des obligations de consultation et d’accommodement — Requête rejetée.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — La demanderesse, dans sa déclaration modifiée proposée, sollicitait un jugement déclarant l’existence des droits ancestraux à l’égard de l’eulakane, mais n’alléguait plus que ces droits ont été violés — Les modifications visant à obtenir un simple jugement déclaratoire au sujet des droits ancestraux ont été rejetées puisqu’elles n’avaient aucune possibilité raisonnable de succès — Les faits allégués dans les modifications proposées n’appuyaient pas l’existence d’un litige réel entre les parties sur cette question — La Cour suprême du Canada a clairement indiqué que les revendications autochtones devaient être examinées dans un contexte factuel concret.*



This was a motion in writing pursuant to rule 369 of the *Federal Courts Rules* (Rules) for an order granting leave to the plaintiff to file a second further amended statement of claim (Proposed Amended Claim) in the form included with the plaintiff's motion record, pursuant to subsection 75(1) of the Rules.

The Proposed Amended Claim sought to remove all allegations relating to infringement of its asserted Aboriginal rights to harvest and exchange eulachon and manage eulachon fisheries (Disputed Amendments). In its current pleadings, the plaintiff sought declaratory relief concerning the existence of certain Aboriginal rights in respect of eulachon and certain salmon species under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and concerning infringements of those rights. If the amendments were allowed, the plaintiff would seek declarations concerning the existence of Aboriginal rights in respect of eulachon, but it would no longer be asserting infringement of those rights. In its initial written representations, the plaintiff submitted that it was in the interests of justice for the Court to allow it to amend its pleadings as proposed. According to the plaintiff, the amendments would expedite the trial by reducing the evidence and claims that must be addressed, and allow the Court to focus its time and attention on the remaining issues. The defendant, her Majesty the Queen (the defendant Canada) opposed the motion on the basis that the case law does not contemplate bare declarations that address only the existence of an Aboriginal right under section 35 of the *Constitution Act, 1982*. The defendant Cermaq Canada Ltd. (the defendant Cermaq) submitted that (1) the Proposed Amended Claim, as drafted, contains a pleading that is directly contrary to appellate case law regarding section 35 proceedings and poses no reasonable prospect of success; (2) a bare declaration of an Aboriginal right fails to properly assess the scope of any Aboriginal right that may be established and would serve no useful purpose; and (3) a pleading that serves no useful purpose is an inefficient use of judicial resources and contrary to the interests of justice.

The main issue was whether the Disputed Amendments had a reasonable prospect of success.

*Held*, the motion for leave to make the Disputed Amendments to the plaintiff's statement of claim should be dismissed.

The Disputed Amendments did not have a reasonable prospect of success because it was plain and obvious that the legal

Il s'agissait d'une requête présentée par écrit en vertu de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles) en vue d'obtenir une ordonnance accordant à la demanderesse l'autorisation de déposer une deuxième déclaration modifiée (la déclaration modifiée proposée) dans le formulaire inclus dans le dossier de requête de la demanderesse, conformément au paragraphe 75(1) des Règles.

La demande modifiée proposée visait à supprimer toutes les allégations relatives à la violation des droits ancestraux revendiqués de récolter et d'échanger l'eulakane et de gérer les pêches de l'eulakane (les modifications proposées). Dans ses actes de procédure, la demanderesse cherchait à obtenir, en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un jugement déclaratoire sur l'existence de certains droits ancestraux relatifs à l'eulakane et à certaines espèces de saumon et sur les atteintes à ces droits. Si les modifications avaient été acceptées, la demanderesse aurait sollicité un jugement déclarant l'existence de droits ancestraux à l'égard de l'eulakane, mais elle n'aurait plus fait valoir la violation de ces droits. Dans ses observations écrites initiales, la demanderesse soutenait qu'il était dans l'intérêt de la justice que la Cour lui permette de modifier ses actes de procédure comme elle l'avait proposé. Selon la demanderesse, les modifications devaient avoir pour effet d'accélérer le procès en réduisant le nombre d'éléments de preuve et de revendications à prendre en compte et permettre à la Cour de concentrer son temps et son attention sur les questions toujours en litige. La défenderesse, Sa Majesté la Reine (le défendeur Canada), s'est opposée à la requête au motif que la jurisprudence n'envisageait pas la possibilité de rendre un jugement déclarant uniquement l'existence d'un droit ancestral au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La défenderesse, Cermaq Canada Ltd. (la défenderesse Cermaq), a soutenu que 1) la déclaration modifiée proposée, telle qu'elle était rédigée, contient un acte de procédure qui va directement à l'encontre de la jurisprudence d'appel applicable à la procédure relative à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne présente aucune possibilité raisonnable de succès; 2) un simple jugement déclarant l'existence d'un droit ancestral ne permet pas d'évaluer correctement la portée de tout droit ancestral pouvant être établi et ne serait d'aucune utilité; 3) un acte de procédure qui ne sert à rien constitue une utilisation inefficace des ressources judiciaires et est contraire à l'intérêt de la justice.

Il s'agissait de savoir si les modifications contestées avaient une possibilité raisonnable de succès.

*Ordonnance* : la requête de la demanderesse visant à obtenir l'autorisation d'apporter les modifications contestées à sa déclaration doit être rejetée.

Les modifications contestées ne présentaient pas une possibilité raisonnable de succès, car il était clair et évident que

test for declaratory relief had not been met. Rule 75 of the *Federal Courts Rules* provides that the Court may allow a party to amend a document on such terms as will protect the rights of all parties. However, there is also a threshold requirement on a motion to amend pleadings that the proposed amendment must have a reasonable prospect of success. The question to be asked is whether the amendment, if it were already part of the proposed pleadings, would be a plea capable of being struck out. If the answer is yes, the amendment should not be allowed. While *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia* (B.C.C.A.) was not binding, it was persuasive appellate level authority on this motion. The proposed amendments in *Cheslatta* were very similar in form and content to the amendments requested on this motion. In both *Cheslatta* and in the present case, the moving party pled facts to support a claimed Aboriginal right to fish “protected” by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, without pleading any alleged violation of or threat to the right to fish in the claim area. In this case, the plaintiff asserted that it had pled adequate facts in the proposed amended claim to support the requested declaratory relief. However, by not pleading a real “dispute” that is “attached to specific facts” as regards its asserted Aboriginal right to fish eulachon, the plaintiff failed to demonstrate how its pleadings satisfied all of the elements of the four-part test in *Ewert v. Canada* on when a court may, in its discretion, grant declaratory relief. Similar to *Cheslatta*, the Proposed Amended Claim did not allege any violation by the defendants of, or threat to, the plaintiff’s asserted Aboriginal fishing rights relating to eulachon. In other words, there were no facts alleged in the proposed amendments that supported the existence of a live controversy between the parties on that issue. The absence of a “live controversy” on the face of the pleadings was particularly problematic in this case where the plaintiff sought a free-standing declaration of its Aboriginal right to fish eulachon. Here, the plaintiff sought a declaration as to the existence of its Aboriginal rights regarding eulachon in a vacuum. However, the Supreme Court of Canada decisions respecting section 35, which are binding on this Court, make it clear that Aboriginal rights claims must be adjudicated within a concrete factual context. The proposed bare declaration regarding the eulachon would not serve a useful purpose in terms of establishing the extent to which the plaintiff may harvest, exchange, and manage eulachon, or otherwise provide certainty to the plaintiff about those rights. The bare declaration would not allow the plaintiff to exercise those rights with less fear of prosecution or other interference by the provincial and federal governments. The Disputed Amendments would not simplify negotiations and analyses of the duties to consult and accommodate by obviating the need to assess the strength of the claimed rights.

le critère juridique applicable au prononcé de jugements déclaratoires n’avait pas été rempli. La règle 75 prévoit que la Cour peut autoriser une partie à modifier un document, aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties. Toutefois, il existe également une condition préalable obligatoire quant à l’acceptation d’une requête en modification des actes de procédure, à savoir que la modification proposée doit présenter une possibilité raisonnable de succès. Il faut alors se demander si la modification, si elle faisait déjà partie de l’acte de procédure proposé, serait un moyen susceptible d’être radié. Dans l’affirmative, la modification ne devrait pas être autorisée. Bien que l’arrêt *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia* (C.A.C.-B.) ne lie pas la Cour, il s’agit d’une décision à caractère persuasif. Les modifications proposées dans l’arrêt *Cheslatta* étaient très similaires, dans leur forme et leur contenu, aux modifications demandées dans la présente requête. Dans les deux affaires, la partie requérante invoque des faits à l’appui d’un droit ancestral prétendu de pêcher [TRADUCTION] « protégé » par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sans invoquer qu’il y aurait eu atteinte, ou menace d’atteinte, au droit de pêcher dans la zone visée par la revendication. En l’espèce, la demanderesse a affirmé qu’elle avait présenté des faits adéquats dans la déclaration modifiée proposée pour soutenir le jugement déclaratoire sollicité. Cependant, en n’invoquant pas un véritable « litige » qui soit [TRADUCTION] « rattaché à des faits précis » en ce qui concerne le droit ancestral de pêcher l’eulakane, la demanderesse n’a pas démontré comment sa déclaration modifiée satisfaisait à tous les éléments du critère à quatre volets de l’arrêt *Ewert c. Canada*, lequel a été élaboré pour déterminer quand un tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire. À l’instar de l’arrêt *Cheslatta*, la déclaration modifiée proposée ne contenait aucune allégation selon laquelle les défendeurs auraient porté atteinte aux droits de pêche ancestraux relatifs à l’eulakane revendiqués par la demanderesse ou menacé ces droits. En d’autres termes, il n’y avait pas de faits allégués dans les modifications proposées qui confirmaient l’existence d’un litige réel entre les parties sur cette question. L’absence de [TRADUCTION] « litige réel » à la lecture des actes de procédure était particulièrement problématique du fait que la demanderesse cherchait à obtenir un jugement déclaratoire distinct sur son droit ancestral de pêcher l’eulakane. En l’espèce, la demanderesse sollicitait un jugement déclaratoire sur l’existence de ses droits ancestraux de pêcher l’eulakane dans l’abstrait. Toutefois, les décisions de la Cour suprême du Canada concernant l’article 35, qui lient la Cour, indiquent clairement que les revendications de droits ancestraux doivent être examinées dans un contexte factuel concret. Le simple jugement déclaratoire proposé au sujet de l’eulakane ne permettrait pas d’établir la mesure dans laquelle la demanderesse peut pêcher, échanger et gérer l’eulakane, ou de donner à la demanderesse une certitude quant à ces droits. Il ne permettrait pas non plus à la demanderesse d’exercer ces droits avec moins de crainte de poursuites ou d’autres ingérences de la part des gouvernements

provincial et fédéral. Les modifications contestées ne simplifieraient pas les négociations et les analyses des obligations de consultation et d'accommodement en éliminant la nécessité d'évaluer l'importance des droits revendiqués.

#### 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 Rules*, SOR/98-106, rr. 55, 75, 369.  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 22(1).  
*Pacific Aquaculture Regulations*, SOR/2010-270, ss. 3(1), 4.  
*Preserving Canada's Economic Prosperity Act*, S.A. 2018, c. P-21.5.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344, affg 1999 CanLII 5148, 38 C.P.C. (4th) 188 (B.C.S.C.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] 1 S.C.R. ix, [2000] S.C.C.A. No. 625 (QL); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3, (1993), 157 N.R. 380, 1993 CanLII 2990 (C.A.); *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165.

##### CONSIDERED:

*Enercorp Sand Solutions Inc. v. Specialized Desanders Inc.*, 2018 FCA 215, 160 C.P.R. (4th) 79; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* (1993), 93 D.T.C. 298, [1993] T.C.J. No. 18 (QL) (T.C.C.); *Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General)*, 2021 FCA 84, [2021] 2 F.C.R. 426; *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481, 1985 CanLII 74; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, 1996 CanLII 245.

##### REFERRED TO:

*Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FC 953, [2006] 4 F.C.R. D-46; *Teva Canada Limited v. Gilead Sciences Inc.*, 2016 FCA 176, 140 C.P.R. (4th) 309; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4; *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2014 FCA 65, 123 C.P.R. (4th) 323; *Janssen Inc.*

#### 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.  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22(1).  
*Règlement du Pacifique sur l'aquaculture*, DORS/2010-270, art. 3(1), 4.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 55, 75, 369.  
*Preserving Canada's Economic Prosperity Act*, S.A. 2018, ch. P-21.5.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539, confirmant 1999 CanLII 5148, 38 C.P.C. (4th) 188 (C.S.C.-B.), autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, [2000] A.C.S. n° 625 (QL); *Canderel Ltée. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3, 1993 CanLII 2990 (C.A.); *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Enercorp Sand Solutions Inc. c. Specialized Desanders Inc.*, 2018 CAF 215; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 18 (QL) (C.C.I.); *Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2021 CAF 84, [2021] 2 R.C.F. 426; *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, 1996 CanLII 245.

##### DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CF 953, [2006] 4 R.C.F. F-57; *Teva Canada Limitée c. Gilead Sciences Inc.*, 2016 CAF 176; *R. c. Imperial Tobacco Canada Liée.*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4; *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Teva Canada Limitée*, 2014 CAF 65; *Janssen Inc. c. Abbvie Corporation*, 2014 CAF 242;

v. *Abbvie Corporation*, 2014 FCA 242, 131 C.P.R. (4th) 128; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Acadia First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2013 NSSC 284, 334 N.S.R. (2d) 170; *Ermineskin Cree Nation v. Canada*, 2004 ABQB 5, 351 A.R. 161; *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, 456 D.L.R. (4th) 1; *Pieters v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 27, 11 Admin. L.R. (4th) 284; *Bonamy v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 156; *Haida Nation v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCCA 462, 18 B.C.L.R. (6th) 34.

## AUTHORS CITED

Barber, Katherine, *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “person”.  
Lefebvre, Denis Q.C., “A Government Perspective of the Amendments to the Tax Court of Canada Act” in *Report of the Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1989.

*Report of the Task Force on Revenue Canada*, Ottawa: Progressive Conservative Party of Canada, 1984.

Robert, Paul, *Le Petit Robert* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Alain Rey et Josette Rey-Debove, eds, Paris: Le Robert, 2018, “*personne*”.

MOTION in writing pursuant to rule 369 of the *Federal Courts Rules* (Rules) for an order granting leave to the plaintiff to file a second further amended statement of claim in the form included with the plaintiff’s motion record, pursuant to subsection 75(1) of the Rules. Motion dismissed.

## WRITTEN SUBMISSIONS BY:

*Jack Woodward, Q.C., Ethan Krindle, Dawn Nicolson, Owen Stewart and Morgan Blakley* for plaintiff/applicant.  
*Jennifer Chow* for defendant Her Majesty the Queen and respondent Attorney General of Canada.  
*Kevin O’Callaghan and Dani Bryant* for defendant/respondent Cermaq Canada Ltd.  
*Roy Millen and Rochelle Collette* for intervenor/respondent Mowi Canada West Inc.

*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Acadia First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2013 NSSC 284, 334 N.S.R. (2d) 170; *Ermineskin Cree Nation v. Canada*, 2004 ABQB 5, 351 A.R. 161; *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17; *Pieters c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 27; *Bonamy c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 156; *Haida Nation v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCCA 462, 18 B.C.L.R. (6th) 34.

## DOCTRINE CITÉE

Barber, Katherine, *Canadian Oxford Dictionary*, 2e éd. Don Mills, Ont. : Oxford University Press, 2004, « *person* ».  
Lefebvre, Denis c.r., « A Government Perspective of the Amendments to the Tax Court of Canada Act » dans *Report of the Proceedings of the Fortieth Tax Conference, 1988 Conference Report*. Toronto : Fondation canadienne de fiscalité, 1989.

*Rapport du Groupe d’étude sur les activités de Revenu Canada*, Ottawa : Parti progressiste-conservateur du Canada, 1984.

Robert, Paul, *Le Petit Robert* : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Alain Rey et Josette Rey-Debove, dir., Paris: Le Robert, 2018, « *personne* ».

REQUÊTE présentée par écrit en vertu de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales* en vue d’obtenir une ordonnance accordant à la demanderesse l’autorisation de déposer une deuxième déclaration modifiée dans le formulaire inclus dans le dossier de requête de la demanderesse, conformément au paragraphe 75(1) des Règles. Requête rejetée.

## OBSERVATIONS ÉCRITES :

*Jack Woodward, c.r., Ethan Krindle, Dawn Nicolson, Owen Stewart et Morgan Blakley* pour la demanderesse.  
*Jennifer Chow* pour la défenderesse Sa Majesté la Reine et l’intimé le procureur général du Canada.  
*Kevin O’Callaghan et Dani Bryant* pour la défenderesse/intimée Cermaq Canada Ltd.  
*Roy Millen et Rochelle Collette* pour l’intervenante/intimée Mowi Canada West Inc.

## SOLICITORS OF RECORD

*E.J. Woodward Law Corporation*, Campbell River, British Columbia, for plaintiff/applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant Her Majesty the Queen and respondent Attorney General of Canada.

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Vancouver, for defendant/respondent Cermaq Canada Ltd.

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Vancouver, for intervener/respondent Mowi Canada West Inc.

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

[1] RING C.M.J.: This is a motion in writing pursuant to rule 369 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106] (Rules) for an order granting leave to the plaintiff, Dzawada'enuxw First Nation (the plaintiff), to file a second further amended statement of claim (the Proposed Amended Claim) in the form included with the plaintiff's motion record, pursuant to subsection 75(1) of the Rules.

[2] The Proposed Amended Claim seeks to remove all allegations relating to infringement of its asserted Aboriginal rights to harvest and exchange eulachon and manage eulachon fisheries (the Disputed Amendments). The plaintiff still seeks declarations concerning the existence of its Aboriginal rights in respect of eulachon, but it will no longer be asserting infringement of those rights if the amendments are granted.

[3] The defendants oppose the plaintiff's motion to amend. As described in greater detail below, either or both of the defendants argue that the Proposed Amended Claim does not meet the threshold test of a reasonable prospect of success, and the proposed amendments are not in the interests of justice. They argue that there is no reasonable prospect of success for the declarations sought in respect of the eulachon, in the manner the plaintiff proposes to amend them, because a declaration of an Aboriginal right without an infringement or threat to the plaintiff's rights does not disclose a real dispute, fails to properly assess the scope of the right, and would not serve a useful purpose.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*E.J. Woodward Law Corporation*, Campbell River (Colombie-Britannique) pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada* pour la défenderesse Sa Majesté la Reine et l'intimé le procureur général du Canada.

*Fasken Martineau DuMoulin s.r.l.*, Vancouver, pour la défenderesse/intimée Cermaq Canada Ltd.

*Blake, Cassels & Graydon s.r.l.*, Vancouver, pour l'intervenante/intimée Mowi Canada West Inc.

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

[1] LA JUGE RING, JUGE RESPONSABLE DE LA GESTION DE L'INSTANCE : Il s'agit d'une requête présentée par écrit en vertu de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106] (les Règles) pour obtenir une ordonnance accordant à la demanderesse, la Première Nation des Dzawada'enuxw (la demanderesse) l'autorisation de déposer une deuxième déclaration modifiée (la déclaration modifiée proposée) dans le formulaire inclus dans le dossier de requête de la demanderesse, conformément au paragraphe 75(1) des Règles.

[2] La demande modifiée proposée vise à supprimer toutes les allégations relatives à la violation des droits ancestraux revendiqués de récolter et d'échanger l'eulakane et de gérer les pêches de l'eulakane (les modifications contestées) de la demanderesse. Celle-ci demande toujours à obtenir des déclarations concernant l'existence de ses droits ancestraux à l'égard de l'eulakane, mais elle ne fera plus valoir la violation de ces droits si les modifications sont accordées.

[3] Les défenderesses se sont opposées à la requête de la demanderesse en modification de la déclaration. Comme il est décrit plus en détail ci-dessous, l'un des défendeurs, ou les deux, soutiennent que la déclaration modifiée proposée ne satisfait pas au critère préliminaire de la chance raisonnable de succès, et que les modifications proposées ne sont pas dans l'intérêt de la justice. Ils soutiennent qu'il n'y a pas de chance raisonnable de succès quant aux déclarations demandées à l'égard de l'eulakane, quant à la manière dont la demanderesse propose de les modifier, parce qu'une déclaration d'un droit ancestral sans qu'il y ait atteinte ou menace aux droits

[4] The issue raised by this motion has been addressed by the courts in several other jurisdictions, including the leading decision by the British Columbia Court of Appeal in *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539, 193 D.L.R. (4th) 344 (*Cheslatta*), leave to appeal to S.C.C. refused, [2001] 1 S.C.R. ix, [2000] S.C.C.A. No. 625 (QL). However, it appears from the submissions of the parties that this is the first time that the issue has come before this Court.

[5] Having reviewed the motion materials filed on behalf of the parties, and for the reasons that follow, I conclude that the plaintiff's motion for leave to file the Proposed Amended Claim in the form attached to the notice of motion should be dismissed.

#### A. Background and Parties' Positions

[6] In its current pleadings, the plaintiff seeks declaratory relief concerning the existence of certain Aboriginal rights in respect of eulachon and certain "Salmon Species" under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and concerning infringements of those rights.

[7] Specifically, the plaintiff's current pleadings seek the following declaratory relief in respect of the existence of Aboriginal rights relating to eulachon and certain Salmon Species:

- (a) for eulachon, the plaintiff seeks declarations of (i) an Aboriginal right to harvest eulachon for food, social and ceremonial purposes (FSC) within the asserted "Rights Area"; (ii) an Aboriginal right to exchange eulachon for other goods on a limited basis and to harvest eulachon for that purpose within the Rights Area; and (iii) an Aboriginal right to manage the eulachon fisheries within the Rights Area; and

de la demanderesse ne révèle pas un véritable litige, ne permet pas d'évaluer correctement la portée du droit et ne servirait à rien.

[4] La question soulevée par la présente requête a été abordée par les cours de justice dans plusieurs autres provinces, notamment dans l'arrêt de principe de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539 (*Cheslatta*), autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, [2001] 1 R.C.S. ix, [2000] A.C.S.C. n° 625 (QL). Toutefois, il ressort des observations des parties que c'est la première fois que cette question est présentée à la Cour.

[5] Après avoir examiné les documents relatifs à la requête déposés au nom des parties, et pour les raisons qui suivent, je conclus que la requête de la demanderesse visant à obtenir l'autorisation de déposer la déclaration modifiée proposée dans le formulaire joint à l'avis de requête devrait être rejetée.

#### A. Contexte et positions des parties

[6] Dans ses actes de procédure actuels, la demanderesse demande, en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un jugement déclaratoire concernant l'existence de certains droits ancestraux à l'égard de l'eulakane et de certaines « espèces de saumon » et concernant les atteintes à ces droits.

[7] Plus précisément, les actes de procédure actuels de la demanderesse visent à obtenir le jugement déclaratoire suivant concernant l'existence de droits ancestraux à l'égard de l'eulakane et de certaines espèces de saumon :

- a) en ce qui concerne l'eulakane, la demanderesse demande des déclarations concernant (i) un droit ancestral de pêcher l'eulakane à des fins alimentaires, sociales et rituelles (ASR) dans la « zone visée par les droits » revendiquée; (ii) un droit ancestral d'échanger l'eulakane contre d'autres biens sur une base limitée et de pêcher l'eulakane à cette fin dans la zone visée par les droits; et (iii) un droit ancestral de gérer la pêche à l'eulakane dans la zone visée par les droits;

- (b) for Salmon Species, the plaintiff seeks declarations of (i) an Aboriginal right to harvest the Salmon Species for FSC within the Rights Area; (ii) a declaration of an Aboriginal to exchange the Salmon Species for money or other goods on a limited basis and to harvest the Salmon Species for that purpose within the Rights Area; and (iii) an Aboriginal right to manage the Salmon Species fisheries within the Rights Area.

[8] The plaintiff's current pleadings also seek the following declarations regarding the infringement of the aforesaid Aboriginal rights:

- (a) the ten itemized Finfish aquaculture licences infringe the plaintiff's Aboriginal rights in respect of eulachon;
- (b) the ten itemized Finfish aquaculture licences infringe the plaintiff's Aboriginal rights in respect of the Salmon Species; and
- (c) subsection 22(1) of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 and subsection 3(1) and section 4 of the *Pacific Aquaculture Regulations*, SOR/2010-270, insofar as they authorize the issuance of the Finfish licences, infringe its asserted Aboriginal rights in respect of eulachon and the salmon species.

[9] As earlier noted, the Disputed Amendments seek to remove all allegations relating to infringement of its Aboriginal rights in respect of eulachon. If the amendments are allowed, the plaintiff would seek declarations concerning the existence of Aboriginal rights in respect of eulachon, but it will no longer be asserting infringement of those rights. The Proposed Amended Claim also seeks to re-attach the claim area map that was inadvertently left out of its current pleadings. The plaintiff does

- b) en ce qui concerne les espèces de saumon, la demanderesse sollicite des déclarations lui reconnaissant (i) un droit ancestral de pêcher les espèces de saumon à des fins alimentaires, sociales et rituelles dans la zone visée par les droits ancestraux; (ii) un droit ancestral d'échanger les espèces de saumon contre de l'argent ou d'autres biens sur une base limitée et de pêcher des espèces de saumon à cette fin dans la zone visée par les droits ancestraux; et (iii) un droit ancestral de gérer les pêches de l'espèce de saumon dans la zone visée par les droits ancestraux.

[8] Les actes de procédure actuels de la demanderesse visent également à obtenir les déclarations suivantes concernant la violation des droits ancestraux susmentionnés :

- a) les dix permis aquaculture des poissons détaillés portent atteinte aux droits ancestraux de la demanderesse en ce qui concerne l'eulakane;
- b) les dix permis aquaculture des poissons détaillés portent atteinte aux droits ancestraux de la demanderesse en ce qui concerne les espèces de saumon;
- c) le paragraphe 22(1) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, et le paragraphe 3(1) et l'article 4 du *Règlement du Pacifique sur l'aquaculture*, DORS/2010-270, dans la mesure où ils autorisent la délivrance des permis de pisciculture, portent atteinte à ses droits ancestraux revendiqués à l'égard de l'eulakane et des espèces de saumon.

[9] Comme il a déjà été mentionné, les modifications contestées visent à supprimer toutes les allégations relatives à la violation des droits ancestraux de la demanderesse à l'égard de l'eulakane. Si les modifications sont accordées, la demanderesse sollicitera des déclarations concernant l'existence de droits ancestraux à l'égard de l'eulakane, mais elle ne fera plus valoir la violation de ces droits. La déclaration modifiée proposée vise également à joindre à nouveau la carte de la région faisant

not propose any amendments to its pleadings regarding the Salmon Species.

[10] In its initial written representations, the plaintiff submits that it is in the interests of justice for the Court to allow it to amend its pleadings as proposed. The plaintiff says that it has brought this motion in a timely fashion as examinations for discovery have not yet occurred and no expert reports have been tendered. According to the plaintiff, the amendments will expedite the trial by reducing the evidence and claims that must be addressed and allow the Court to focus its time and attention on the remaining issues.

[11] The defendant, Her Majesty the Queen (the defendant Canada) opposes the motion on the basis that the jurisprudence does not contemplate bare declarations that address only the existence of an Aboriginal right under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, such as is being proposed by the plaintiff in its Proposed Amended Claim. The defendant Canada also contends that the proposed bare declaration of an Aboriginal right to eulachon serves no useful purpose and would not resolve any actual or threatened dispute.

[12] The defendant, Cermaq Canada Ltd. (the defendant Cermaq), submits that the plaintiff's motion should not be granted on three grounds. First, the Proposed Amended Claim, as drafted, contains a pleading that is directly contrary to appellate jurisprudence regarding section 35 of the *Constitution Act, 1982* proceedings and poses no reasonable prospect of success. Second, a bare declaration of an Aboriginal right fails to properly assess the scope of any Aboriginal right that may be established and would serve no useful purpose. Third, a pleading that serves no useful purpose is an inefficient use of judicial resources and contrary to the interests of justice.

l'objet d'une revendication qui a été omise par inadvertance des actes de procédure actuels de la demanderesse. Celle-ci ne propose aucune modification à ses actes de procédure concernant les espèces de saumon.

[10] Dans ses observations écrites initiales, la demanderesse soutient qu'il est dans l'intérêt de la justice que la Cour lui permette de modifier ses actes de procédure comme il est proposé. La demanderesse déclare qu'elle a déposé la présente requête en temps opportun, car les interrogatoires préalables n'ont pas encore eu lieu et aucun rapport d'expert n'a été produit. Selon la demanderesse, les modifications accéléreront le procès en réduisant le nombre d'éléments de preuve et de revendications qui doivent être examinés et permettront à la Cour de concentrer son temps et son attention sur les questions restantes.

[11] La défenderesse, Sa Majesté la Reine (le défendeur Canada), s'oppose à la requête au motif que la jurisprudence n'envisage pas de simples déclarations portant uniquement sur l'existence d'un droit ancestral au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme le propose la demanderesse dans sa déclaration modifiée proposée. Le défendeur Canada soutient également que la simple déclaration proposée d'un droit ancestral à l'égard de l'eulakane ne sert à rien et ne résoudrait aucun litige réel ou potentiel.

[12] La défenderesse, Cermaq Canada Ltd. (la défenderesse Cermaq), soutient que la requête de la demanderesse ne devrait pas être accueillie, et ce, pour trois motifs. Premièrement, la déclaration modifiée, telle qu'elle est rédigée, contient un acte de procédure qui va directement à l'encontre de la jurisprudence en matière d'appel concernant la procédure relative à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne comporte aucune possibilité raisonnable de succès. Deuxièmement, une simple déclaration d'un droit ancestral ne permet pas d'évaluer correctement la portée de tout droit ancestral qui pourrait être établi et ne serait d'aucune utilité. Troisièmement, un acte de procédure qui ne sert à rien constitue une utilisation inefficace des ressources judiciaires et est contraire à l'intérêt de la justice.



[13] The defendant Canada seeks an order that the plaintiff's motion be dismissed. The defendant Cermaq takes a somewhat different position on the relief sought. It seeks an order that the Court grant leave to make the amendment sought by the plaintiff on condition that such an amendment also remove all declarations and allegations with respect to eulachon or, in the alternative, dismiss the plaintiff's motion to amend.

[14] In its reply, the plaintiff submits that its request for a declaration of Aboriginal right without alleging infringement of that right has a reasonable prospect of success for two reasons. First, the question of whether the Federal Courts will issue declarations of Aboriginal right absent allegations of infringement has not been settled. Second, the plaintiff's pleadings satisfy the minimum requirements for declaratory relief.

[15] The defendant Cermaq has requested leave to file a sur-reply.

#### B. Issues

[16] While the defendants oppose the Disputed Amendments, they do not appear to take any position on plaintiff's proposed amendment to re-attach the claim area map that was inadvertently omitted from its current pleadings (the Undisputed Amendment). Accordingly, the plaintiff's Undisputed Amendment in the Proposed Amended Claim will be allowed.

[17] The remaining issues to be determined on this motion are:

- (a) Whether the defendant Cermaq should be granted leave to file a sur-reply?
- (b) Do the Disputed Amendments have a reasonable prospect of success?
- (c) Would the Disputed Amendments serve the interests of justice?

[13] Le défendeur Canada sollicite une ordonnance de rejet de la requête de la demanderesse. La défenderesse Cermaq adopte une position quelque peu différente concernant la réparation demandée. Elle demande à la Cour d'autoriser la modification demandée par la demanderesse à condition que cette modification supprime également toutes les déclarations et allégations relatives à l'eulakane ou, subsidiairement, de rejeter la demande de modification de la demanderesse.

[14] Dans sa réponse, la demanderesse soutient que sa demande de déclaration d'un droit ancestral sans allégation de violation de ce droit a une chance raisonnable de succès pour deux raisons. Premièrement, la question de savoir si les Cours fédérales rendront des jugements déclarant l'existence d'un droit ancestral en l'absence d'allégations de violation n'a pas été réglée. Deuxièmement, les actes de procédure de la demanderesse satisfont aux exigences minimales d'un jugement déclaratoire.

[15] La défenderesse Cermaq a demandé l'autorisation de déposer une contre-réponse.

#### B. Questions en litige

[16] Alors que les défendeurs s'opposent aux modifications contestées, ils ne semblent pas prendre position sur la modification proposée par la demanderesse pour joindre à nouveau la carte de la zone visée par la revendication qui a été omise par inadvertance de ses actes de procédure actuels (la modification non contestée). Par conséquent, la demande d'insertion de la modification non contestée dans la déclaration modifiée proposée de la demanderesse sera accueillie.

[17] Les questions restantes à trancher dans la présente requête sont les suivantes :

- a) La défenderesse Cermaq doit-elle être autorisée à déposer une contre-réponse?
- b) Les modifications contestées ont-elles une chance raisonnable de succès?
- c) Les modifications contestées serviraient-elles l'intérêt de la justice?

C. Preliminary Issue—Admissibility of the Defendant Cermaq’s Sur-Reply

[18] The defendant Cermaq submitted a letter dated August 16, 2021, to the Court registry, along with a book comprised of previously filed Court documents and case authorities, requesting that the letter and accompanying materials be accepted as a sur-reply to the plaintiff’s written representations in reply.

[19] The Court issued a direction dated August 19, 2021, that the Court registry should “receive” (not file) the sur-reply on the Court file, and that the admissibility of the sur-reply would be a matter within the discretion of the Case Management Judge when disposing of this motion.

[20] A review of the defendant Cermaq’s responding motion record indicates that it raised concerns at that stage that the plaintiff had not addressed the threshold issue on a motion to amend in its initial motion record, and to allow the plaintiff to advance arguments on that issue for the first time in reply would amount to case splitting. If the plaintiff was permitted to make reply submissions on those issues, the defendant Cermaq sought leave to file a sur-reply argument.

[21] In the plaintiff’s written representations in reply, the plaintiff opposes the request by defendant Cermaq to file a sur-reply. The plaintiff submits that its case in chief on this motion was to justify the Disputed Amendments in accordance with the test for making such amendments, and that it did so in its initial motion record. According to the plaintiff, the defendant Cermaq then raised a defence to which the plaintiff has a right of reply. The plaintiff contends that the defendant Cermaq was required to make out its defence fully in its responding motion record, and Cermaq’s request for sur-reply would amount to an improper reply.

C. Question préliminaire — Recevabilité de la contre-réponse de la défenderesse Cermaq

[18] La défenderesse Cermaq a déposé au greffe de la Cour une lettre datée du 16 août 2021, accompagnée d’un livre composé de documents de la Cour et des décisions précédemment produits, demandant que la lettre et les documents qui l’accompagnent soient acceptés à titre de contre-réponse aux observations écrites de la demanderesse en réponse.

[19] La Cour a émis une directive en date du 19 août 2021 selon laquelle le greffe de la Cour devrait « recevoir » (et non pas verser) la contre-réponse au dossier de la Cour, et que l’admissibilité de la contre-réponse serait une question relevant du pouvoir discrétionnaire du juge responsable de la gestion de l’instance lorsqu’il statuerait sur la présente requête.

[20] Un examen du dossier de la requête en réponse de la défenderesse Cermaq indique qu’elle s’est inquiétée à ce stade du fait que la demanderesse n’avait pas abordé la question préliminaire d’une requête en modification dans son dossier de requête initiale, et que le fait de permettre à la demanderesse de présenter des arguments sur cette question pour la première fois en réponse équivaldrait à un fractionnement de l’affaire. Si la demanderesse était autorisée à présenter des observations en réponse sur ces questions, la défenderesse Cermaq demandait l’autorisation de déposer une contre-réponse.

[21] Dans ses observations écrites en réponse, la demanderesse s’oppose à la demande de la défenderesse Cermaq de déposer une contre-réponse. La demanderesse soutient que son argument principal dans la présente requête était de justifier les modifications contestées conformément au critère pour apporter de telles modifications, et qu’elle l’a fait dans son dossier de requête initiale. Selon la demanderesse, la défenderesse Cermaq a ensuite invoqué un moyen de défense à l’égard duquel elle a un droit de réponse. La demanderesse soutient que la défenderesse Cermaq était tenue d’énoncer pleinement les moyens sur lesquels elle appuie sa défense dans son dossier de requête en réponse, et que la demande de contre-réponse de Cermaq équivaldrait à une réponse inappropriée.

[22] Subsection 369(3) of the Rules provides that a moving party in a motion in writing may reply to a responding motion record by filing writing representations in reply. The subsection does not allow for the filing of a sur-reply argument. A party must seek leave of the Court pursuant to rule 55 to file a sur-reply on a motion in writing under rule 369.

[23] While this Court has articulated the factors to consider in granting leave to file sur-reply evidence (see, for example, *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2006 FC 953, [2006] 4 F.C.R. D-46), there is little jurisprudence regarding requests for leave to file sur-reply argument. In my view, sur-reply argument should only be permitted in special circumstances where considerations of procedural fairness and the need to make a proper determination require it. The Court should have regard to whether there is a demonstrated need to respond to a new matter that was raised for the first time in reply, that the sur-reply argument will assist the Court, and allowing the sur-reply argument will not cause substantial or serious prejudice to the opposing party.

[24] Based on the material before me, and taking into account the considerations set out above, I am satisfied that special circumstances exist that warrant a departure from the general rule prohibiting the filing of sur-reply argument. I reject the plaintiff's argument that it fully addressed the test for making amendments to pleadings, and why it met that test, in its initial written representations. The plaintiff's motion record states that the applicable test is whether it is in the interests of justice to allow the amendments, and the plaintiff's submissions focus on how it satisfied the relevant factors to be considered in applying that test.

[25] The plaintiff's initial three-page written submissions are silent on the "threshold issue" which forms part of the test for making amendments to pleadings. The plaintiff does not advance any arguments on *Cheslatta*,

[22] Le paragraphe 369(3) des Règles prévoit que le requérant dans une requête écrite peut déposer des prétentions écrites en réponse au dossier de réponse. Ce paragraphe des Règles n'autorise pas le dépôt d'une contre-réponse. Une partie doit demander à la Cour, conformément à la règle 55, l'autorisation de déposer une contre-réponse dans une requête écrite présentée en vertu de la règle 369.

[23] Bien que notre Cour ait énoncé les facteurs à prendre en considération pour accorder l'autorisation de produire une contre-preuve (voir, par exemple, *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2006 CF 953, [2006] 4 R.C.F. F-57), il existe peu de jurisprudence concernant les demandes d'autorisation de déposer une contre-réponse. À mon avis, le dépôt d'une contre-réponse ne devrait être autorisé que dans des circonstances particulières où les considérations d'équité procédurale et la nécessité de prendre une décision appropriée l'exigent. La Cour devrait se demander s'il existe la nécessité avérée de répondre à une nouvelle question qui a été soulevée pour la première fois en réponse, si la contre-réponse aide la Cour et si l'autorisation de déposer la contre-réponse ne cause pas un préjudice important ou grave à la partie adverse.

[24] Vu les éléments qui ont été portés à ma connaissance, et compte tenu des considérations exposées ci-dessus, je suis convaincue qu'il existe des circonstances spéciales justifiant une dérogation à la règle générale interdisant le dépôt d'une contre-réponse. Je rejette l'argument de la demanderesse selon lequel elle a pleinement abordé la question du critère relatif à la modification des actes de procédure, et les raisons pour lesquelles elle a satisfait à ce critère, dans ses observations écrites initiales. Le dossier de la requête de la demanderesse indique que le critère applicable est celui de savoir s'il est dans l'intérêt de la justice d'autoriser les modifications, et les observations de la demanderesse se concentrent sur la manière dont elle a satisfait aux facteurs pertinents à prendre en compte dans l'application de ce critère.

[25] Les observations écrites initiales de trois pages de la demanderesse ne disent rien sur la « question préjudicielle » qui fait partie intégrante du critère régissant les modifications aux actes de procédure. La demanderesse

or otherwise demonstrate how the Disputed Amendments have a reasonable prospect of success. This is perplexing in light of the fact that the plaintiff bears the burden of establishing a reasonable prospect of success, and both defendants put the plaintiff on notice before the motion was brought that they intended to oppose the amendments based on *Cheslatta* and related jurisprudence.

[26] In the result, the defendants were left in the position of trying to mount a responding argument on the “threshold issue” without knowing how the plaintiff intended to address that issue. It was not until the plaintiff filed its seven-page reply that the defendants had notice of the nature and scope of the plaintiff’s arguments on the threshold issue, including its position on *Cheslatta*. While it is true that both defendants responded to the plaintiff’s motion in part by arguing that the plaintiff’s proposed amendments seeking a bare declaration of Aboriginal rights in respect of eulachon would lack utility, they did so without a full appreciation of the plaintiff’s intended arguments on that issue. In the circumstances, I find that considerations of procedural fairness require that the defendant Cermaq be granted leave to file its proposed sur-reply.

[27] I am satisfied, based on my review of the motion materials, that the plaintiff has raised new arguments in its reply on the threshold issue and the defendant Cermaq has established a demonstrated need to respond to these new arguments. This is not a case of the responding party seeking leave to utilize a sur-reply to rehash its previous arguments. Moreover, the plaintiff does not allege or demonstrate that allowing a sur-reply argument would cause substantial or serious prejudice to it.

[28] Additionally, it appears from the parties’ submissions that this will be the first time that this Court is being asked to rule on the issue addressed in *Cheslatta*, it is particularly important in that context for the Court

n’avance aucun argument sur l’arrêt *Cheslatta*, ou ne démontre pas autrement comment les modifications contestées ont une chance raisonnable de succès. Cela laisse perplexé compte tenu du fait que la demanderesse a le fardeau d’établir une chance raisonnable de succès, et que les deux défendeurs ont avisé la demanderesse avant la présentation de la requête qu’ils avaient l’intention de s’opposer aux modifications sur la base de l’arrêt *Cheslatta* et de la jurisprudence connexe.

[26] En conséquence, les défendeurs se sont retrouvés dans la position d’essayer d’élaborer un argument de réponse sur la « question préjudicielle » sans savoir comment la demanderesse avait l’intention d’aborder cette question. Ce n’est que lorsque la demanderesse a déposé sa réponse de sept pages que les défendeurs ont eu connaissance de la nature et de la portée des arguments de la demanderesse sur la question préjudicielle, y compris sa position sur l’arrêt *Cheslatta*. S’il est vrai que les deux défendeurs ont répondu à la requête de la demanderesse en partie en soutenant que les modifications proposées par la demanderesse visant à obtenir une simple déclaration de droits ancestraux à l’égard de l’eulakane seraient dénuées d’utilité, ils l’ont fait sans apprécier pleinement les arguments que voulait invoquer la demanderesse sur cette question. Dans ces circonstances, j’estime que les considérations d’équité procédurale exigent que la défenderesse Cermaq soit autorisée à déposer sa contre-réponse proposée.

[27] Je suis convaincue, sur la base de mon examen des documents relatifs à la requête, que la demanderesse a soulevé de nouveaux arguments dans sa réponse sur la question préjudicielle et que la défenderesse Cermaq a établi une nécessité avérée de répondre à ces nouveaux arguments. Il ne s’agit pas d’un cas où la partie défenderesse demande l’autorisation d’utiliser une contre-réponse pour ressasser ses arguments précédents. En outre, la demanderesse n’allègue ni ne démontre que l’autorisation de présenter une contre-réponse lui causerait un préjudice important ou grave.

[28] De plus, il ressort des observations des parties que c’est la première fois qu’il est demandé à la Cour de se prononcer sur la question traitée dans l’arrêt *Cheslatta*, et il est particulièrement important dans ce contexte que

to have the benefit of full argument from the parties to make a proper determination.

[29] Accordingly, the defendant Cermaq's request for leave to file a sur-reply is granted.

D. Legal Principles Governing Amendment of Pleadings

[30] Rule 75 of the Rules provides that the Court may allow a party to amend a document on such terms as will protect the rights of all parties. The general rule is that "an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice": *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3, at page 10, (1993), 157 N.R. 380, 1993 CanLII 2990 (C.A.) (*Canderel*); *Enercorp Sand Solutions Inc. v. Specialized Desanders Inc.*, 2018 FCA 215, 160 C.P.R. (4th) 79, at paragraph 19.

[31] However, there is also a threshold requirement on a motion to amend pleadings that the proposed amendment must have a reasonable prospect of success: *Teva Canada Limited v. Gilead Sciences Inc.*, 2016 FCA 176, 140 C.P.R. (4th) 309 (*Teva*), at paragraphs 29–32. Another way to put this is that a proposed amendment will be refused if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 (*Imperial Tobacco*), at paragraph 17; *McCain Foods Limited v. J.R. Simplot Company*, 2021 FCA 4 (*McCain*), at paragraph 20.

[32] In deciding whether an amendment has a reasonable prospect of success, its chances of success must be examined in the context of the law and the litigation process, and a realistic view must be taken: *McCain*, at paragraph 21; *Teva*, at paragraph 30; *Imperial Tobacco*, at paragraph 25.

la Cour puisse tirer parti d'une argumentation complète des parties pour prendre une décision appropriée.

[29] Par conséquent, la demande présentée par la défenderesse Cermaq en vue d'obtenir l'autorisation de déposer une contre-réponse est accueillie.

D. Principes juridiques régissant la modification des actes de procédure

[30] La règle 75 des Règles prévoit que la Cour peut autoriser une partie à modifier un document, aux conditions qui permettent de protéger les droits de toutes les parties. La règle générale est « qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice » : *Canderel Ltée. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3, à la page 10, 1993 CanLII 2990 (C.A.) (*Canderel*); *Enercorp Sand Solutions Inc. c. Specialized Desanders Inc.*, 2018 CAF 215, au paragraphe 19.

[31] Toutefois, il existe également une condition préalable obligatoire quant à l'acceptation d'une requête en modification des actes de procédure, à savoir que la modification proposée doit présenter une possibilité raisonnable de succès : *Teva Canada Limited c. Gilead Sciences Inc.*, 2016 CAF 176 (*Teva*), aux paragraphes 29 à 32. En d'autres termes, une modification proposée sera refusée s'il est clair et évident, en supposant que les faits allégués sont vrais, que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée.*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 (*Imperial Tobacco*), au paragraphe 17; *McCain Foods Limited c. J.R. Simplot Company*, 2021 CAF 4 (*McCain*), au paragraphe 20.

[32] Pour décider si une modification présente une possibilité raisonnable de succès, il faut examiner ses chances de succès dans le contexte du droit et du processus judiciaire et adopter un point de vue réaliste : *McCain*, au paragraphe 21; *Teva*, au paragraphe 30; *Imperial Tobacco*, au paragraphe 25.

[33] In determining whether an amendment should be allowed, it is helpful for the Court to ask itself whether the amendment, if it were already part of the proposed pleadings, would be a plea capable of being struck out. If the answer is yes, the amendment should not be allowed: *McCain*, at paragraph 22.

[34] The burden is on the amending party to demonstrate such a reasonable prospect of success: *Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.*, 2003 FCA 488, [2004] 2 F.C.R. 459, at paragraph 46.

[35] Once it has been established that the proposed amendment has a reasonable prospect of success, the other factors set out in *Canderel* must be considered. The criterion based on the interests of justice allows a court to consider factors such as the timeliness of the motion to amend, the extent to which the proposed amendment would delay the proceedings, the extent to which a position taken originally by one party has led another party to follow a course of action in the litigation which it would be difficult or impossible to alter, and whether the amendments sought will facilitate the Court's consideration of the true substance of the dispute on its merits: *Canderel*, at page 8; *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2014 FCA 65, 123 C.P.R. (4th) 323, at paragraph 17; *Janssen Inc. v. Abbvie Corporation*, 2014 FCA 242, 131 C.P.R. (4th) 128, at paragraph 3.

[36] No single factor is determinative, and the list of factors to be considered is not exhaustive. A balancing exercise is required, on a case-by-case basis, to determine whether or not to allow the amendment sought by a party. As the Federal Court of Appeal [then the Court of Appeal] stated in *Canderel*, at page 9, citing with approval from *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada* (1993), 93 D.T.C. 298, at page 302, [1993] T.C.J. No. 18 (QL) (T.C.C.), “[u]ltimately, it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done.”

[33] Pour déterminer s'il convient d'autoriser la modification d'une défense, il est souvent utile que la Cour se demande si la modification, si elle faisait déjà partie de l'acte de procédure proposé, serait un moyen susceptible d'être radié. Dans l'affirmative, la modification ne devrait pas être autorisée : *McCain*, au paragraphe 22.

[34] Il incombe à la partie qui sollicite les modifications de démontrer une telle possibilité raisonnable de succès : *Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.*, 2003 CAF 488, [2004] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 46.

[35] Une fois qu'il a été établi que la modification proposée présente une possibilité raisonnable de succès, les autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Canderel* doivent être pris en considération. Le critère fondé sur les intérêts de la justice permet à une Cour d'examiner des facteurs tels que le moment auquel est présentée la requête visant la modification, la mesure dans laquelle les modifications proposées retarderaient l'instruction expéditive de l'affaire, la mesure dans laquelle la thèse adoptée à l'origine par une partie a amené une autre partie à suivre dans le litige une ligne de conduite qu'il serait difficile, voire impossible, de modifier, et la mesure dans laquelle les modifications demandées faciliteront l'examen par la Cour du véritable fond du différend : *Canderel*, à la page 8; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2014 CAF 65, au paragraphe 17; *Janssen Inc. c. Abbvie Corporation*, 2014 CAF 242, au paragraphe 3.

[36] Pris isolément, aucun facteur n'est déterminant et la liste des facteurs à prendre en compte n'est pas exhaustive. L'exercice d'équilibre est requis, au cas par cas, pour déterminer s'il faut ou non autoriser la modification demandée par une partie. Comme l'a déclaré la Cour d'appel fédérale [à l'époque la Cour fédérale, Section d'appel] dans l'arrêt *Canderel*, à la page 9, citant avec approbation la décision *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1993] A.C.I. n° 18 (QL), (1993), 93 D.T.C. 298 (C.C.I.), à la page 302, « [i] s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite ».

E. Do the Disputed Amendments have a Reasonable Prospect of Success?

[37] The defendants argue, in part, that the plaintiff should not be allowed to amend its pleadings to seek a bare declaration of Aboriginal rights to fish, exchange and manage the eulachon fisheries, without grounding such declarations of Aboriginal rights in allegations of infringement of those rights, because such amendments would be contrary to the existing jurisprudence. The defendants rely heavily on the British Columbia Court of Appeal's decision in *Cheslatta* in their opposition to the motion. Accordingly, it is a useful starting point for the analysis on whether the Disputed Amendments have a reasonable prospect of success.

[38] In *Cheslatta*, the plaintiff sought a declaration that the Cheslatta Carrier Nation had an Aboriginal right to fish in Cheslatta Lake. The plaintiff did not plead any infringement of or threat to the right asserted. The defendant Province of British Columbia and Attorney General of Canada brought a motion to strike out the statement of claim on the basis that it disclosed no reasonable action. Specifically, the Province and Canada argued that failure to plead actual or threatened infringement was fatal to a claim for declaratory relief.

[39] The British Columbia Supreme Court concluded that the motions to strike “would succeed” on existing state of the pleadings. Justice Lysyk agreed with the defendants' submission that a dispute will not attain the requisite “reality” to ground declaratory relief until one or both of the defendants to the action, through an enactment or governmental action, seeks to impose a limitation on the Aboriginal right asserted (at paragraph 36). However, since the plaintiff had sought leave to amend should it fail on the motion, the Court granted leave to the plaintiff to deliver an amended statement of claim to plead additional material facts to support its claim: *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 1999 CanLII 5148, 38 C.P.C. (4th) 188 (B.C.S.C.).

E. Les modifications contestées présentent-elles une possibilité raisonnable de succès?

[37] Les défendeurs soutiennent, en partie, que la demanderesse ne devrait pas être autorisée à modifier ses actes de procédure pour demander une simple déclaration de droits ancestraux de pêcher, d'échanger l'eulachon et de gérer les pêches de cette espèce, sans fonder de telles demandes de déclarations de droits ancestraux sur des allégations de violation de ces droits, car de telles modifications iraient à l'encontre de la jurisprudence existante. Dans leur opposition à la requête, les défendeurs s'appuient largement sur la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cheslatta*. En conséquence, il s'agit d'un point de départ utile pour l'analyse de la question de savoir si les modifications contestées présentent une possibilité raisonnable de succès.

[38] Dans l'arrêt *Cheslatta*, la demanderesse a tenté d'obtenir une déclaration selon laquelle la Nation des Carrier de Cheslatta avait un droit ancestral de pêcher dans le lac Cheslatta. La demanderesse n'a pas invoqué d'atteinte ou de menace au droit revendiqué. Les défendeurs, la province de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada, ont présenté une requête en radiation de la déclaration au motif qu'elle ne révélait aucune cause d'action raisonnable. Plus précisément, la province et le Canada ont soutenu que le fait de ne pas invoquer une atteinte effective ou la menace d'atteinte portait un coup fatal à une demande de jugement déclaratoire.

[39] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que les requêtes en radiation [TRADUCTION] « seraient accueillies » en l'état actuel des actes de procédure. Le juge Lysyk a accepté l'argument des défendeurs selon lequel un différend n'atteindra pas la [TRADUCTION] « réalité » requise pour justifier un jugement déclaratoire tant que l'un ou les deux défendeurs à l'action, par le biais d'un texte législatif ou d'une action gouvernementale, ne viseront pas à imposer une limitation au droit ancestral revendiqué (au paragraphe 36). Toutefois, étant donné que la demanderesse avait demandé l'autorisation de modifier en cas d'échec de la requête, la Cour a autorisé la demanderesse à présenter une déclaration modifiée afin de plaider des faits importants supplémentaires à l'appui de sa

[40] The British Columbia Court of Appeal dismissed the plaintiff's appeal from Justice Lysyk's decision: *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539 [cited above]. In reaching this conclusion, the appellate court examined the general principles governing declaratory actions and stated, at paragraph 13, that:

Generally, modern courts have continued to adhere to the principle that declaratory actions should not be entertained where the declaration will serve little or no practical purpose or raises a matter of only hypothetical interest. Conversely, where the pleadings disclose a "real difficulty," present or threatened, the action will lie.

[41] Applying the general principles governing declaratory judgments to the case before it, the appellate court held that the pleadings did not allege any violation of or threat to the (assumed) right of the Cheslatta to fish in the specified lakes. The Court stated, at paragraph 17:

In short, the plaintiff has not pleaded a "dispute" which would be solved by the declaration sought. Once a dispute does arise — either with government or one or more private parties — it will be "attached to specific facts" and the right sought by the plaintiff may be determined and refined accordingly. Until then, however, the declaration would not serve a legal purpose in terms of resolving a real difficulty, present or threatened.

[42] The appellate court held that the rationale for following the usual rule against exercising jurisdiction in the absence of a "live controversy" apply with even greater force where the definition of Aboriginal rights is in issue. This is because Aboriginal rights do not exist in a vacuum. The exercise of any right involves a balancing with the rights of others. Accordingly, such rights cannot be properly defined separately from the limitation of those rights. The Court held, at paragraph 19, that:

demande : *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 1999 CanLII 5148, 38 C.P.C. (4th) 188 (C.S.C.-B.).

[40] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel de la demanderesse contre la décision du juge Lysyk : *Cheslatta Carrier Nation v. British Columbia*, 2000 BCCA 539 [précitée]. Pour parvenir à cette conclusion, la cour d'appel a examiné les principes généraux régissant les jugements déclaratoires, et a déclaré au paragraphe 13 que :

[TRADUCTION]

D'une manière générale, les tribunaux modernes ont continué à respecter le principe selon lequel un jugement déclaratoire ne devrait pas être accordé lorsqu'il aura peu ou pas d'utilité ou ne soulève qu'une question d'intérêt hypothétique. À l'inverse, lorsque les plaidoiries révèlent une « difficulté réelle », ou une menace présente, l'action est recevable.

[41] Appliquant les principes généraux régissant les jugements déclaratoires à l'affaire dont elle était saisie, la cour d'appel a conclu que les actes de procédure ne faisaient pas état d'une atteinte ou d'une menace au droit (présupposé) des Cheslatta de pêcher dans les lacs en question. La Cour a déclaré ce qui suit au paragraphe 17 :

[TRADUCTION]

En résumé, la demanderesse n'a pas invoqué l'existence d'un « litige » qui serait résolu par le jugement déclaratoire demandé. Lorsqu'un litige surviendra — soit avec le gouvernement, soit avec une ou plusieurs parties privées — il sera « rattaché à des faits précis » et le droit demandé par la demanderesse pourra être déterminé et affiné en conséquence. Jusque-là, cependant, la déclaration n'aurait pas d'utilité juridique quant à la résolution d'une difficulté réelle, ou d'une menace de difficulté présente.

[42] La cour d'appel a déclaré que les raisons de suivre la règle habituelle contre l'exercice de la compétence en l'absence d'un [TRADUCTION] « litige réel » s'appliquent avec encore plus de force lorsque la définition des droits ancestraux est en cause. Il en est ainsi parce que les droits ancestraux n'existent pas dans l'abstrait. L'exercice de tout droit implique une mise en balance avec les droits d'autres personnes. Par conséquent, ces droits ne peuvent pas être correctement définis séparément de la limitation de ces droits. La Cour a conclu au paragraphe 19 :



Applying these comments to the case at bar, it is clear that any aboriginal “right to fish” that might be the subject of a declaration would not be absolute. Like other rights, such a right may be subject to infringement or restriction by government where such infringement is justified. The point is that the definition of the circumstances in which infringement is justified is an important part of the process of defining the right itself.

[43] Accordingly, the appellate court upheld the lower court’s ruling striking out the action, with leave to amend, on the ground that in the absence of any allegation of infringement or threatened infringement of a legal right, the action had not pleaded a dispute which would be resolved by the declaration sought. The plaintiff sought leave to appeal the decision to the Supreme Court of Canada, but leave was denied: [2000] 1 S.C.R. ix [cited above].

[44] The plaintiff argues that the Disputed Amendments satisfy the threshold issue on a motion to amend (i.e. they have a reasonable prospect of success) for two reasons. First, the question of whether the Federal Courts will issue declarations of Aboriginal rights absent allegations of infringement has not been settled. Second, the plaintiff’s pleadings satisfy the minimum requirements for declaratory relief. I will deal with each of these arguments in turn.

[45] As regards the first argument, the plaintiff submits that the *Cheslatta* decision is not binding on the Federal Court. While *Cheslatta* is not binding on this Court, I find that it is persuasive appellate level authority on this motion. The plaintiff has not endeavoured to distinguish *Cheslatta* on its facts. This is not surprising since the proposed amendments in *Cheslatta* are very similar in form and content to the amendments requested on this motion. In both cases, the moving party pleads facts to support a claimed Aboriginal right to fish “protected” by section 35 of the *Constitution Act, 1982*, without pleading any alleged violation of or threat to the right to fish in the claim area.

[TRANSLATION]

Si on applique ces commentaires à la présente affaire, il est clair que tout « droit de pêche » ancestral qui pourrait faire l’objet d’une déclaration ne serait pas absolu. Comme les autres droits, un tel droit peut faire l’objet d’une atteinte ou d’une restriction par le gouvernement lorsque cette atteinte est justifiée. Le fait est que la définition des circonstances dans lesquelles une atteinte est justifiée est une partie importante du processus de définition du droit lui-même.

[43] En conséquence, la cour d’appel a confirmé la décision de la juridiction inférieure de radier l’action, avec autorisation de modification, au motif que, en l’absence de toute allégation d’atteinte ou de menace d’atteinte à un droit reconnu par la loi, l’action n’avait pas soulevé un litige qui serait résolu par le jugement déclaratoire demandé. La demanderesse a demandé l’autorisation d’interjeter appel de la décision devant la Cour suprême du Canada, mais l’autorisation a été refusée : [2000] 1 R.C.S. ix, [2000] A.C.S.C. n° 625 (QL) [précitée].

[44] La demanderesse fait valoir que les modifications contestées répondent aux exigences de la question préjudicielle d’une requête en modification (c’est-à-dire qu’elles présentent une possibilité raisonnable de succès), et ce, pour deux raisons. Premièrement, la question de savoir si les Cours fédérales rendront des jugements déclaratoires sur les droits ancestraux en l’absence d’allégations de violation n’a pas été réglée. Deuxièmement, les actes de procédure de la demanderesse satisfont aux exigences minimales d’un jugement déclaratoire. Je me pencherai sur chacun de ces arguments.

[45] En ce qui concerne le premier argument, la demanderesse soutient que l’arrêt *Cheslatta* ne lie pas la Cour fédérale. Bien que l’arrêt *Cheslatta* ne lie pas notre Cour, j’estime qu’il s’agit d’une décision à caractère persuasif au niveau de l’appel à l’égard de cette requête. La demanderesse ne s’est pas efforcée de distinguer l’arrêt *Cheslatta* sur ses faits. Cela n’est pas étonnant puisque les modifications proposées dans l’arrêt *Cheslatta* sont très similaires, dans leur forme et leur contenu, aux modifications demandées dans la présente requête. Dans les deux affaires, la partie requérante invoque des faits à l’appui d’un droit ancestral prétendu de pêcher [TRANSLATION] « protégé » par l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de*

[46] The plaintiff submits that this Court may not follow *Cheslatta*, but it does not advance any cogent arguments to explain why this Court should not follow it. The plaintiff does not set out reasons why, in its view, *Cheslatta* was wrongly decided, nor any jurisprudence to support that position.

[47] As earlier noted, the Supreme Court dismissed the application for leave to appeal the *Cheslatta* decision. Paragraphs 11 to 16 of *Cheslatta* were also cited favourably by the Supreme Court in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at paragraph 143. Moreover, the superior courts in several other Canadian jurisdictions have cited *Cheslatta* with approval: for example, *Acadia First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2013 NSSC 284, 334 N.S.R. (2d) 170, at paragraph 71; *Ermineskin Cree Nation v. Canada*, 2004 ABQB 5, 351 A.R. 161, at paragraphs 15, 16 and 25. The plaintiff has not cited any jurisprudence in which the courts have rejected the principles set out in *Cheslatta*.

[48] Additionally, the plaintiff has not referred the Court to any jurisprudence of the Federal Courts that would suggest that this Court may decide the issue in *Cheslatta* any differently. Indeed, the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General)*, 2021 FCA 84, [2021] 2 F.C.R. 426 (*Alberta (Attorney General)*) illustrates that the Federal Courts will strike out a pleading on the basis that the party whose pleading is challenged has not met the test for declaratory relief. The majority of the appellate court struck the Province of British Columbia's statement of claim, which sought a declaration on the constitutionality of the Province of Alberta's *Preserving Canada's Economic Prosperity Act*, S.A. 2018, c. P-21.5 [repealed], on the basis that B.C.'s claim was premature. The majority found that a real dispute had not yet arisen in the absence of ministerial action restricting supply of crude oil to British Columbia and without regulations and

1982, sans invoquer qu'il y aurait eu atteinte ou menace d'atteinte au droit de pêcher dans la zone visée par la revendication.

[46] La demanderesse soutient que la Cour peut ne pas suivre l'arrêt *Cheslatta*, mais elle n'avance aucun argument convaincant pour expliquer pourquoi cette Cour ne devrait pas le faire. La partie demanderesse n'expose pas les raisons pour lesquelles, selon elle, l'arrêt *Cheslatta* était erroné ni aucune jurisprudence à l'appui de cette position.

[47] Comme il a déjà été mentionné, la Cour suprême du Canada a rejeté une demande d'autorisation de pourvoi de l'arrêt *Cheslatta*. Les paragraphes 11 à 16 de l'arrêt *Cheslatta* ont également été cités avec approbation par la Cour suprême dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, au paragraphe 143. De plus, les cours supérieures de plusieurs autres provinces canadiennes ont cité l'arrêt *Cheslatta* avec approbation : par exemple, *Acadia First Nation v. Canada (Attorney General)*, 2013 NSSC 284, 334 N.S.R. (2d) 170, au paragraphe 71; *Ermineskin Cree Nation v. Canada*, 2004 ABQB 5, 351 A.R. 161, aux paragraphes 15, 16 et 25. La demanderesse n'a pas cité de jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont rejeté les principes énoncés dans l'arrêt *Cheslatta*.

[48] En outre, la demanderesse n'a pas renvoyé la Cour à une quelconque jurisprudence des Cours fédérales qui donnerait à penser que la Cour pourrait trancher la question en litige dans l'arrêt *Cheslatta* d'une manière différente. En effet, la récente décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2021 CAF 84, [2021] 2 R.C.F. 426 (*Alberta (Procureur général)*) illustre le fait que les tribunaux fédéraux rejettent un acte de procédure au motif que la partie dont l'acte de procédure est contesté ne satisfait pas au critère du jugement déclaratoire. La majorité des juges de la cour d'appel ont rejeté la demande de la province de la Colombie-Britannique, qui tentait d'obtenir un jugement déclaratoire sur la constitutionnalité de la *Preserving Canada's Economic Prosperity Act* de la province de l'Alberta, S.A. 2018, ch. P-21.5 [maintenant abrogée], au motif que la demande de la Colombie-Britannique était prématurée. La majorité a conclu qu'un

an operational licensing scheme in place. Accordingly, the majority of the Court struck out British Columbia's statement of claim as it was plain and obvious that it had not met the element of the test for declaratory relief requiring a real (not theoretical) dispute between the parties.

[49] The plaintiff also argues that its Proposed Amended Claim satisfies the minimum requirements for declaratory relief, and therefore it has satisfied the threshold issue of a reasonable prospect of success.

[50] The Supreme Court has articulated the four-part test on when a court may, in its discretion, grant declaratory relief as follows: (i) the court has jurisdiction over the subject matter; (ii) the dispute is real and not theoretical; (iii) the party raising the issue have a genuine interest in its resolution; and (iv) the responding party has an interest in opposing the declaration sought: *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165 (*Ewert*), at paragraph 81.

[51] In its earlier decision in *Operation Dismantle v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481, 1985 CanLII 74, the Supreme Court observed that while no "injury" or "wrong" needs to have been actually committed, "the preventative function of the declaratory judgment must be based on more than mere hypothetical consequences; there must be a cognizable threat to a legal interest before the courts will entertain the use of its process as a preventive measure" (at page 457 S.C.R.).

[52] More recently, in *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at paragraph 11, the Court stipulated that a declaration can "only be granted if it will have practical utility, that is, if it will settle a 'live controversy' between the parties."

[53] In this case, the plaintiff asserts that it has pled adequate facts in the proposed amended claim to support

véritable litige n'était pas encore né en l'absence de mesures ministérielles restreignant l'approvisionnement en pétrole brut de la Colombie-Britannique et en l'absence de réglementation et d'un système opérationnel de délivrance de permis. Par conséquent, la majorité de la Cour a rejeté la demande de la Colombie-Britannique, car il était clair et évident qu'elle n'avait pas satisfait à l'élément du critère du jugement déclaratoire exigeant un litige réel (et non théorique) entre les parties.

[49] La demanderesse prétend que sa déclaration modifiée proposée satisfait aux exigences minimales d'un jugement déclaratoire et qu'elle a donc satisfait aux exigences de la question préjudicielle de la chance raisonnable de succès.

[50] La Cour suprême a formulé comme suit le critère à quatre volets pour déterminer quand un tribunal peut, à son gré, prononcer un jugement déclaratoire : (i) lorsqu'il a compétence sur le sujet; (ii) lorsque le litige est réel et non pas théorique; (iii) lorsque la partie qui soulève la question a véritablement intérêt à ce qu'elle soit résolue; et (iv) lorsque l'intimé a intérêt à s'opposer au jugement déclaratoire sollicité : *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165 (*Ewert*), au paragraphe 81 .

[51] Dans sa décision antérieure dans l'arrêt *Operation Dismantle c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74, la Cour suprême a observé que, s'il n'est pas nécessaire qu'un « préjudice » ou un « acte dommageable » ait été vraiment commis, « la fonction préventive du jugement déclaratoire doit être fondée sur autre chose que des conséquences purement hypothétiques; il doit y avoir un intérêt juridique menacé qui soit identifiable avant que les tribunaux n'envisagent d'y avoir recours comme mesure préventive » (à la page 457, R.C.S.).

[52] Plus récemment, la Cour suprême a affirmé dans l'arrêt *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, au paragraphe 11, « [u]n jugement déclaratoire ne peut être rendu que s'il a une utilité pratique, c'est-à-dire s'il règle un "litige actuel" entre les parties ».

[53] En l'espèce, la demanderesse affirme qu'elle a présenté des faits adéquats dans la déclaration modifiée

the requested declaratory relief. However, the plaintiff has not demonstrated how its pleadings satisfy all of the elements of the test in *Ewert*. Having carefully considered the Proposed Amended Claim, I find that the plaintiff has not pled a real “dispute” that is “attached to specific facts” as regards its asserted Aboriginal right to fish eulachon.

[54] Similar to *Cheslatta*, the Proposed Amended Claim before the Court on this motion does not allege any violation by the defendants of, or threat to, the plaintiff’s asserted Aboriginal fishing rights relating to eulachon. In other words, there are no facts alleged in the proposed amendments that support the existence of a live controversy between the parties on that issue.

[55] The absence of a “live controversy” on the face of the pleadings is particularly problematic in this case where the plaintiff seeks a free-standing declaration of its Aboriginal right to fish eulachon. The Supreme Court has frequently held that Aboriginal and treaty rights do not exist in a vacuum: See, for example, *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, 456 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 79, citing *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013, (1996), 133 D.L.R. (4th) 658, 1996 CanLII 245 (*Nikal*). In *Nikal*, the Supreme Court held, at paragraph 92:

... It has frequently been said that rights do not exist in a vacuum, and that the rights of one individual or group are necessarily limited by the rights of another. The ability to exercise personal or group rights is necessarily limited by the rights of others. The government must ultimately be able to determine and direct the way in which these rights should interact. Absolute freedom in the exercise of even a *Charter* or constitutionally guaranteed aboriginal right has never been accepted, nor was it intended.

[56] On this motion, the plaintiff seeks leave of the Court to amend its pleadings to seek a bare declaration of its Aboriginal rights to fish eulachon, without grounding the declaration in any factual allegations pertaining to the alleged infringement of those rights. In effect,

proposée pour soutenir le jugement déclaratoire sollicité. Cependant, la demanderesse n’a pas démontré comment ses actes de procédure satisfont à tous les éléments du critère de l’arrêt *Ewert*. Après avoir examiné attentivement la déclaration modifiée proposée, je conclus que la demanderesse n’a pas invoqué un véritable « litige » qui soit [TRADUCTION] « rattaché à des faits précis » en ce qui concerne le droit ancestral de pêcher l’eulakane qu’elle revendique.

[54] À l’instar de l’arrêt *Cheslatta*, la déclaration modifiée proposée devant la Cour dans le cadre de la présente requête n’allègue aucune violation ni aucune menace d’atteinte par les défendeurs aux droits de pêche ancestraux de la demanderesse à l’égard de l’eulakane. En d’autres termes, il n’y a pas de faits allégués dans les modifications proposées qui confirment l’existence d’un litige réel entre les parties sur cette question.

[55] L’absence de [TRADUCTION] « litige réel » à la lecture des actes de procédure est particulièrement problématique en l’espèce, où la demanderesse sollicite un jugement déclaratoire indépendant de son droit ancestral de pêcher l’eulakane. La Cour suprême a fréquemment déclaré que les droits ancestraux et issus de traités n’existent pas dans l’abstrait : voir, par exemple, *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, au paragraphe 79, citant *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013, 1996 CanLII 245 (*Nikal*). Dans l’arrêt *Nikal*, la Cour suprême a déclaré ce qui suit au paragraphe 92 :

[...] Il a fréquemment été déclaré que les droits n’existent pas dans l’abstrait et que les droits d’un individu ou d’un groupe sont nécessairement limités par les droits d’autrui. La capacité d’exercer des droits individuels ou collectifs est nécessairement restreinte par les droits d’autrui. Le gouvernement doit, en dernier ressort, être capable d’établir ou de régir la façon dont ces droits devraient interagir. La liberté absolue d’exercer un droit, même un droit ancestral protégé par la Charte ou garanti par la Constitution, n’a jamais été reconnue ni voulue.

[56] Dans le cadre de la présente requête, la demanderesse demande à la Cour l’autorisation de modifier ses actes de procédure afin de solliciter une simple déclaration de ses droits ancestraux de pêcher l’eulakane, sans fonder la déclaration sur des allégations factuelles

the plaintiff seeks a declaration as to the existence of its Aboriginal rights regarding eulachon in a vacuum. However, the aforementioned Supreme Court of Canada decisions respecting section 35, which are binding on me, make it clear that Aboriginal rights claims must be adjudicated within a concrete factual context.

[57] The plaintiff submits that the Disputed Amendments will have practical utility by delineating its Aboriginal rights to eulachon, providing the plaintiff with certainty about those rights, and allowing it to exercise those rights with less fear of prosecution or other interference by the provincial and federal governments.

[58] Having carefully considered the submissions of the parties, I am not persuaded that the proposed bare declaration regarding the eulachon will serve a useful purpose in terms of establishing the extent to which the plaintiff may harvest, exchange, and manage eulachon, or otherwise provide certainty to the plaintiff about those rights. As already noted, Aboriginal rights do not exist in a vacuum, and the ability to exercise such rights is necessarily limited by the rights of others. The infringement analysis is needed to refine and ultimately define the scope of the plaintiff's asserted rights in eulachon. As the British Columbia Court of Appeal stated in *Cheslatta*, at paragraph 19, "the definition of the circumstances in which infringement is justified is an important part of the process of defining the right itself" (see also paragraph 18).

[59] Further, I am not convinced that the bare declaration sought by the plaintiff regarding eulachon will allow it to exercise those rights with less fear of prosecution or other interference by the provincial and federal governments. I agree with the defendant Canada that a bare declaration "would leave open the real possibility of further litigation arising from different interpretations and expectations of a bare declaration": See also *Cheslatta*, at paragraph 16.

relatives à l'atteinte prétendue de ces droits. En effet, la demanderesse sollicite une déclaration quant à l'existence de ses droits ancestraux à l'égard de l'eulakane dans l'abstrait. Toutefois, les décisions susmentionnées de la Cour suprême du Canada concernant l'article 35, qui me lient, indiquent clairement que les revendications de droits autochtones doivent être examinées dans un contexte factuel concret.

[57] La demanderesse soutient que les modifications contestées auront une utilité pratique en délimitant ses droits ancestraux à l'égard de l'eulakane, en lui fournissant une certitude quant à ces droits et en lui permettant d'exercer ces droits avec moins de crainte de poursuites ou d'autres ingérences de la part des gouvernements provincial et fédéral.

[58] Après avoir examiné minutieusement les observations des parties, je ne suis pas convaincue que la simple déclaration proposée concernant l'eulakane sera utile pour établir la mesure dans laquelle la demanderesse peut pêcher, échanger et gérer l'eulakane, ou pour donner à la demanderesse une certitude quant à ces droits. Comme il a déjà été mentionné, les droits ancestraux n'existent pas dans l'abstrait, et la capacité d'exercer ces droits est nécessairement limitée par les droits des autres. L'analyse de l'atteinte est nécessaire pour affiner et finalement définir l'étendue des droits revendiqués par la demanderesse à l'égard de l'eulakane. Comme l'a déclaré la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Cheslatta*, au paragraphe 19, [TRADUCTION] « la définition des circonstances dans lesquelles l'atteinte est justifiée est une partie importante du processus de définition du droit lui-même » (voir également le paragraphe 18).

[59] De plus, je ne suis pas convaincue que la simple déclaration demandée par la demanderesse concernant l'eulakane lui permettra d'exercer ces droits avec moins de crainte de poursuites ou d'autres ingérences de la part des gouvernements provincial et fédéral. Je suis d'accord avec le défendeur, le Canada, pour dire qu'une simple déclaration [TRADUCTION] « laisserait ouverte la possibilité réelle que d'autres litiges découlant de différentes interprétations et attentes d'une simple déclaration aient lieu » : voir également *Cheslatta*, au paragraphe 16.

[60] The plaintiff argues that the Disputed Amendments will also have utility by simplifying negotiations and analyses of the duties to consult and accommodate by obviating the need to assess the strength of the claimed rights. According to the plaintiff, it will also assist in its extra-judicial negotiations.

[61] I reject this argument. In *Pieters v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 27, 11 Admin. L.R. (4th) 284, at paragraph 17, cited with approval in *Bonamy v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 156, at paragraph 12, this Court held that a proceeding seeking declaratory relief sought not be brought merely as a tool for negotiations.

[62] A similar argument was raised before Justice Lysyk in *Cheslatta*, and again in *Haida Nation v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCCA 462, 18 B.C.L.R. (6th) 34, at paragraph 34, and dismissed by the Court in each instance. Justice Lysyk dismissed the argument in these terms [at paragraph 11]:

I have little doubt that having in hand a declaration of the kind sought here would give the plaintiff a distinct tactical advantage in any discussions that may be ongoing between the Cheslatta and the government or other parties who may have conflicting interests with those of the plaintiff. But that tactical advantage does not by itself decide the question of whether a court of law would or should entertain an action for a declaration of right in the general terms sought here.

[63] In summary, I conclude that the Disputed Amendments do not have a reasonable prospect of success because it is plain and obvious that the legal test for declaratory relief has not been met. In this respect, the Disputed Amendments do not disclose a real dispute between the parties (i.e. no “live controversy”) regarding the plaintiff’s asserted Aboriginal rights regarding eulachon. The plaintiff has not demonstrated that the Disputed Amendments seeking a bare declaration of Aboriginal rights regarding eulachon would serve a useful purpose. The Disputed Amendments impermissibly

[60] La demanderesse fait valoir que les modifications contestées auront également une utilité en simplifiant les négociations et les analyses des obligations de consultation et d’accommodement en éliminant la nécessité d’évaluer l’importance des droits revendiqués. Selon la demanderesse, elles l’aideront également dans ses négociations extrajudiciaires.

[61] Je rejette cet argument. Dans la décision *Pieters c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 27, au paragraphe 17, citée avec approbation dans l’arrêt *Bonamy c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 156, au paragraphe 12, la Cour a conclu qu’une procédure visant à obtenir un jugement déclaratoire ne peut être intentée uniquement comme outil de négociation.

[62] Un argument similaire a été soulevé devant le juge Lysyk dans l’arrêt *Cheslatta*, et de nouveau dans l’arrêt *Haida Nation v. British Columbia (Attorney General)*, 2018 BCCA 462, 18 B.C.L.R. (6th) 34, au paragraphe 34, et rejeté par la Cour dans chaque espèce. Le juge Lysyk a rejeté l’argument en ces termes [au paragraphe 11] :

[TRADUCTION]

Je n’ai guère de doute que le fait d’avoir en main un jugement déclaratoire du type de celui demandé en l’espèce donnerait à la demanderesse un avantage tactique distinct dans toutes les discussions qui pourraient être en cours entre Cheslatta et le gouvernement ou d’autres parties qui pourraient avoir des intérêts conflictuels avec ceux de la demanderesse. Mais cet avantage tactique ne permet pas en soi de trancher la question de savoir si une cour de justice pourrait ou devrait instruire une action en déclaration de droit dans les termes généraux demandés en l’espèce.

[63] En résumé, je conclus que les modifications contestées ne présentent aucune possibilité raisonnable de succès parce qu’il est clair et évident que le critère légal en matière de jugement déclaratoire n’a pas été rempli. À cet égard, les modifications contestées ne révèlent pas un véritable litige entre les parties (c’est-à-dire aucun [TRADUCTION] « litige réel ») concernant les droits ancestraux revendiqués par la demanderesse sur l’eulakane. La demanderesse n’a pas démontré que les modifications contestées visant à obtenir une simple déclaration des droits ancestraux à l’égard de l’eulakane serviraient

seek a declaration as to the existence of Aboriginal rights in a vacuum.

[64] Accordingly, I find that the plaintiff's motion should be dismissed on the ground that the Disputed Amendments do not have a reasonable chance of success.

F. Would the Disputed Amendments Serve the Interests of Justice?

[65] If a proposed amendment has no reasonable prospect of success, the Court need not consider any other matter, such as the potential prejudice to the opposing party occasioned by the amendment: *Teva*, at paragraph 31. As I have determined that the Disputed Amendments have no reasonable prospect of success, it is not necessary to consider the other factors set out in *Canderel*, and I decline to do so.

G. Conclusion

[66] For the forgoing reasons, I conclude that the plaintiff shall be granted leave to make the Undisputed Amendment to its statement of claim. I further conclude that the Disputed Amendments do not have a reasonable prospect of success, and therefore the plaintiff's motion for leave to make the Disputed Amendments to its statement of claim is dismissed.

[67] The defendants seek their costs of the motion. I see no reason to deviate from the general rule that a successful party is entitled to his or her costs on a motion. In this case, the defendants were successful in resisting the plaintiff's motion to amend. Accordingly, the plaintiff shall pay to the defendants their costs of the motion, hereby fixed in the amount of \$750 to each defendant, inclusive of disbursements and costs.

une fin utile. Les modifications contestées visent de manière inadmissible à obtenir un jugement déclaratoire sur l'existence de droits ancestraux dans l'abstrait.

[64] En conséquence, je conclus que la requête de la demanderesse doit être rejetée au motif que les modifications contestées ne présentent pas de possibilité raisonnable de succès.

F. Les modifications contestées serviraient-elles les intérêts de la justice?

[65] Si une modification proposée ne présente aucune possibilité raisonnable de succès, la Cour n'a pas besoin d'examiner d'autres questions, comme le préjudice potentiel causé à la partie adverse par la modification : *Teva*, au paragraphe 31. Comme j'ai déterminé que les modifications contestées n'ont aucune chance raisonnable de succès, il n'est pas nécessaire d'examiner les autres facteurs énoncés dans l'arrêt *Canderel*, et je refuse de le faire.

G. Conclusion

[66] Pour les raisons qui précèdent, je conclus que la demanderesse doit être autorisée à apporter la modification non contestée à sa déclaration. Je conclus en outre que les modifications contestées ne présentent aucune possibilité raisonnable de succès et que, par conséquent, la demande de la demanderesse visant à obtenir l'autorisation d'apporter les modifications contestées à sa déclaration est rejetée.

[67] Les défendeurs sollicitent leurs dépens afférents à la requête. Je ne vois aucune raison de m'écarter de la règle générale selon laquelle une partie qui a gain de cause a droit à ses dépens dans le cadre d'une requête. En l'espèce, les défendeurs ont contesté avec succès la requête en modification présentée par la demanderesse. En conséquence, la demanderesse doit payer aux défendeurs les dépens afférents à la requête fixés par les présentes à la somme de 750 \$ pour chaque défendeur, incluant les débours et les frais.

#### H. Next Steps

[68] The order of the Court dated May 19, 2021, provides that the plaintiff's motions to strike portions of the statements of the defence of the defendant Canada and the defendant Cermaq shall be held in abeyance pending the disposition of this motion.

[69] Having regard to the May 19th order, the plaintiff shall, following consultation with the defendants and by October 1, 2021, submit a status update regarding proposed next steps in the proceeding.

#### THIS COURT ORDERS that:

1. The defendant Cermaq's request for leave to serve and file a sur-reply, comprised of a letter dated August 16, 2021, and accompanying materials, is granted. The Registry is directed to accept the sur-reply for filing effective the date on which it was submitted for filing.
2. The plaintiff's motion for leave to make the Undisputed Amendment to its statement of claim is granted.
3. The plaintiff's motion for leave to make the Disputed Amendments to its statement of claim is dismissed.
4. The plaintiff shall pay to the defendants their costs of the motion, hereby fixed in the amount of \$750 to each defendant, inclusive of disbursements and costs.
5. The plaintiff shall, following consultation with the defendants and by October 1, 2021, submit a joint status update regarding proposed next steps in the proceeding. In the event the parties cannot agree on proposed next steps, they shall forthwith requisition a case management teleconference and provide their dates and times of mutual availability for a teleconference.

#### H. Prochaines étapes

[68] L'ordonnance de la Cour datée du 19 mai 2021 prévoit que les requêtes de la demanderesse visant à radier des parties des exposés de la défense du défendeur, le Canada, et de la défenderesse, Cermaq, seront mises en suspens en attendant la décision sur la présente requête.

[69] Eu égard à l'ordonnance du 19 mai, la demanderesse doit, après consultation des défendeurs et au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2021, déposer une mise à jour de l'état de l'avancement du dossier concernant les prochaines étapes proposées dans la procédure.

#### LA COUR ORDONNE :

1. La demande de la défenderesse Cermaq visant à obtenir l'autorisation de signifier et de déposer une contre-réponse, composée d'une lettre datée du 16 août 2021 et des documents qui l'accompagnent, est accueillie. Il est ordonné au greffe d'accepter la contre-réponse pour dépôt à compter de la date à laquelle elle a été présentée pour dépôt.
2. La requête de la demanderesse visant à obtenir l'autorisation d'apporter la modification non contestée à sa déclaration est accueillie.
3. La requête de la demanderesse visant à obtenir l'autorisation d'apporter les modifications contestées à sa déclaration est rejetée.
4. La demanderesse doit payer aux défendeurs les dépens afférents à la requête fixés par les présentes à la somme de 750 \$, incluant les débours et les frais.
5. La demanderesse devra, après avoir consulté les défendeurs et au plus tard le 1<sup>er</sup> octobre 2021, déposer une mise à jour conjointe de l'état d'avancement du dossier concernant les prochaines étapes proposées dans la procédure. Si les parties ne peuvent pas s'entendre sur les prochaines étapes proposées, elles doivent immédiatement demander une téléconférence de gestion de l'instance et fournir leurs dates et heures de disponibilité mutuelle pour une téléconférence.



T-826-21  
2022 FC 281

T-826-21  
2022 CF 281

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Paulina Gregorio** (*Respondent*)

**Paulina Gregorio** (*défenderesse*)

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

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

Federal Court, Zinn J.—By videoconference, January 24; Ottawa, March 2, 2022.

Cour fédérale, juge Zinn—Par vidéoconférence, 24 janvier; Ottawa, 2 mars 2022.

*Pensions — Judicial review of Social Security Tribunal Appeal Division decision granting leave to appeal decision of General Division — Respondent filed application for Canada Pension Plan disability benefits, which application came before General Division — General Division found respondent had provided insufficient evidence that she was disabled as of relevant date; had concerns about respondent's evidence — Respondent appealed General Division Decision to Appeal Division — Appeal Division granted leave to appeal (Leave Decision) — Subsequently, applicant applied for judicial review of Leave Decision — Neither applicant nor Minister of Employment and Social Development (Minister) sought stay of Leave Decision from Federal Court or suspension of proceedings from Tribunal — After Appeal Division hearing on appeal, Minister requested that appeal be suspended pending judicial review application — Later, Appeal Division rendering decision on merits of appeal; denying Minister's request to suspend proceedings; finding that Minister failed to request suspension until after hearing had occurred; finding that General Division crossed line into error when it assessed respondent's overall credibility — As well, Appeal Division found that there was enough evidence on record to decide case on its merits; found that respondent was disabled, entitled to benefits retroactive to April 2015 — Whether application for judicial review was premature; whether Appeal Division's decision granting leave was reasonable; whether equitable remedy should be ordered — Only grounds of appeal of General Division Decision are outlined in Department of Employment and Social Development Act, s. 58(1) — Act, s. 68, which provides that decision of Social Security Tribunal on any application is final, is but privative or preclusive clause — Such clauses are commonplace in statutes establishing administrative tribunals — Their intent is to signal that decisions of tribunal are entitled to deference — They do not oust judicial review of their decisions — Positive leave decision not properly characterized as final decision — Refusing to hear judicial review of positive leave decision not necessarily running contrary to principles of*

*Pensions — Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d'en appeler d'une décision de la division générale — La défenderesse avait déposé une demande de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada, demande qui a été examinée par la division générale du Tribunal de la sécurité sociale — La division générale a conclu que la défenderesse n'avait pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu'elle était invalide à la date pertinente; elle avait des réserves à propos de la preuve de la défenderesse — La défenderesse a interjeté appel de la décision de la division générale devant la division d'appel — La division d'appel a accordé la permission d'interjeter appel (décision accordant la permission d'en appeler) — Le demandeur a par la suite sollicité le contrôle judiciaire de la décision accordant la permission d'en appeler — Ni le demandeur ni le ministre de l'Emploi et du Développement social (ministre) n'a demandé à la Cour fédérale un sursis à l'exécution de la décision accordant la permission d'en appeler ou la suspension de l'instance devant le Tribunal — Après l'audience de la division d'appel, le ministre a demandé que l'appel soit suspendu le temps que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée — Plus tard, la division d'appel a rendu sa décision sur le fond de l'appel; elle a rejeté la demande du ministre visant la suspension de l'instance; elle a conclu que le ministre n'avait pas demandé de suspension avant que l'audience soit tenue et a conclu que la division générale avait dépassé les bornes et commis une erreur lorsqu'elle avait évalué la crédibilité globale de la défenderesse — La division d'appel a également jugé que la preuve au dossier était suffisante pour que l'affaire soit tranchée sur le fond et a conclu que la défenderesse était invalide et qu'elle avait droit à des prestations rétroactives à avril 2015 — Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était prématurée; si la décision de la division d'appel accordant la permission d'en appeler était raisonnable; et si une réparation en equity devrait être ordonnée — Les seuls moyens d'appel d'une décision de la division générale sont énoncés*

*efficiency, judicial economy, as full hearing of merits of appeal may not be avoided — Where decision before Federal Court is not final decision of administrative tribunal on merits, Federal Court should only intervene in such decision in exceptional circumstances and where there would be no opportunity for concerns with decision to be addressed — This was approach taken in this matter — Whether there was error in General Division Decision falling within Act, s. 58 was issue applicant could raise on appeal on merits — Applicant's view could hardly be said to rise to height of exceptional circumstances — Therefore, application for judicial review premature — Even if application not premature, Leave Decision was reasonable — Appeal Division found that there was arguable case that General Division had made flawed credibility assessment — In present case, Appeal Division found that General Division made adverse credibility finding against respondent — This was reasonable since General Division Decision heavily implied that respondent attempted to deceive it — Even if Federal Court were to have found that Leave Decision was unreasonable, no equitable remedy would have been awarded — In seeking to set Leave Decision aside, applicant was seeking to do indirectly what he chose not to do directly — Such conduct did not sit well with court of equity, such as Federal Court — Application dismissed.*

*Administrative Law — Judicial Review — Respondent filed application for Canada Pension Plan disability benefits — General Division of Social Security Tribunal, which heard application, found that respondent had provided insufficient evidence that she was disabled as of relevant date; had concerns about respondent's evidence — Respondent appealed General Division Decision to Appeal Division — Appeal Division of Social Security Tribunal granting leave to appeal (Leave*

*au paragraphe 58(1) de la Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social — L'article 68 de la Loi, suivant lequel une décision du Tribunal de la sécurité sociale à l'égard d'une demande est définitive et sans appel, n'est qu'une clause privative ou limitative — De telles dispositions sont courantes dans les lois qui créent des tribunaux administratifs — Elles ont pour objet de signaler que les décisions administratives commandent la déférence — Elles n'excluent pas le contrôle judiciaire de ces décisions — Il est inapproprié de qualifier de définitive et sans appel une décision accordant la permission d'en appeler — Le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler ne va pas nécessairement à l'encontre des principes de l'efficacité et de l'économie des ressources judiciaires, car une audience complète sur le fond de l'appel pourrait ne pas être évitée — Lorsque la décision dont elle est saisie n'est pas la décision définitive que le tribunal administratif a rendue sur le fond, la Cour fédérale ne devrait intervenir à l'égard d'une telle décision que dans des circonstances exceptionnelles et lorsque rien ne pourrait donner lieu à des réserves qui devront être traitées — Telle a été la démarche adoptée en l'espèce — La question de savoir si la décision de la division générale comportait une erreur au regard de l'article 58, le demandeur pouvait la soulever dans le cadre de l'appel sur le fond — On pouvait difficilement considérer que la position du demandeur était une circonstance exceptionnelle — Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire était prématurée — Même si la demande n'était pas prématurée, la décision accordant la permission d'en appeler était raisonnable — La division d'appel a conclu qu'il existait une cause défendable selon laquelle l'appréciation de la crédibilité qu'avait effectuée la division générale était viciée — Dans la présente affaire, la division d'appel a conclu que la division générale avait tiré une conclusion défavorable en matière de crédibilité à l'encontre de la défenderesse — Il était raisonnable de le conclure, car la division générale suggérait fortement dans sa décision que la défenderesse avait tenté de la tromper — Même si la Cour fédérale avait jugé la décision accordant la permission d'en appeler déraisonnable, elle n'aurait accordé aucune réparation en equity — En tentant de faire annuler la décision accordant la permission d'en appeler, le demandeur cherchait à faire indirectement ce qu'il a choisi de ne pas faire directement — La Cour fédérale, à titre de tribunal d'equity, ne pouvait que voir d'un mauvais œil l'adoption d'une telle conduite — Demande rejetée.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — La défenderesse avait déposé une demande de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada — La division générale du Tribunal de la sécurité sociale, qui a entendu la demande, a conclu que la défenderesse n'avait pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu'elle était invalide à la date pertinente; elle avait des réserves à propos de la preuve de la défenderesse — La défenderesse a interjeté appel de la décision de*

*Decision) — Subsequently, applicant applied for judicial review of Leave Decision — Whether application for judicial review premature — Absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed or until available, effective remedies are exhausted — Department of Employment and Social Development Act, s. 68, which provides that decision of Social Security Tribunal on any application is final is but privative or preclusive clause — Such clauses are commonplace in statutes establishing administrative tribunals — Their intent is to signal that tribunal's decisions are entitled to deference — They do not oust judicial review of their decisions — Refusing to hear judicial review of positive leave decision not running contrary to principles of efficiency, judicial economy, as full hearing of merits of appeal may not be avoided — Where decision before Federal Court is not final decision of administrative tribunal on merits, Federal Court should only intervene in such decision in exceptional circumstances and where there would be no opportunity for concerns with decision to be addressed — This was approach taken in this matter — Whether there was error in General Division Decision falling within Act, s. 58 was issue applicant could raise on appeal on merits — Applicant's view on Leave Decision not considered to rise to height of exceptional circumstances — Therefore application for judicial review premature.*

This was an application for judicial review of a decision of a member of the Appeal Division of the Social Security Tribunal granting leave to appeal a decision of the General Division.

The respondent had previously filed an application for Canada Pension Plan disability benefits in 2013. The respondent's application eventually came before the General Division of the Social Security Tribunal (General Division). On December 21, 2020, the General Division found that the respondent had provided insufficient evidence that she was disabled as of the relevant date, December 31, 2011. The General Division had concerns about the respondent's evidence. The respondent appealed the General Division Decision to the Appeal Division of the Social Security Tribunal and on April 19, 2021, the Appeal Division granted leave to appeal (Leave Decision). The Appeal Division noted that the respondent had raised many alleged errors by the General Division but it decided to

*la division générale devant la division d'appel — La division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d'interjeter appel (décision accordant la permission d'en appeler) — Le demandeur a par la suite sollicité le contrôle judiciaire de la décision accordant la permission d'en appeler — Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était prématurée — À défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés — L'article 68 de la Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social, suivant lequel une décision du Tribunal de la sécurité sociale à l'égard d'une demande est définitive et sans appel, n'est qu'une clause privative ou limitative — De telles dispositions sont courantes dans les lois qui créent des tribunaux administratifs — Elles ont pour objet de signaler que les décisions administratives commandent la déférence — Toutefois, elles n'excluent pas le contrôle judiciaire de ces décisions — Le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler ne va pas à l'encontre des principes de l'efficacité et de l'économie des ressources judiciaires, car une audience complète sur le fond de l'appel pourrait ne pas être évitée — Lorsque la décision dont elle est saisie n'est pas la décision définitive que le tribunal administratif a rendue sur le fond, la Cour fédérale ne devrait intervenir à l'égard d'une telle décision que dans des circonstances exceptionnelles et lorsque rien ne pourrait donner lieu à des réserves qui devront être traitées — Telle a été la démarche adoptée en l'espèce — La question de savoir si la décision de la division générale comportait une erreur au regard de l'article 58, le demandeur pouvait la soulever dans le cadre de l'appel sur le fond — On ne pouvait considérer que la position du demandeur était une circonstance exceptionnelle — Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire était prématurée.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un membre de la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d'en appeler d'une décision de la division générale.

La défenderesse avait auparavant déposé une demande de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada en 2013. La demande de la défenderesse a été examinée par la division générale du Tribunal de la sécurité sociale. Le 21 décembre 2020, la division générale a conclu que la défenderesse n'avait pas fourni une preuve suffisante pour démontrer qu'elle était invalide à la date pertinente, le 31 décembre 2011. La division générale avait des réserves à propos de la preuve de la défenderesse. La défenderesse a interjeté appel de la décision de la division générale devant la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale et, le 19 avril 2021, la division d'appel a accordé la permission d'interjeter appel (décision accordant la permission d'en appeler). La division d'appel a souligné que la

address only the argument that offered the best chance of success. Subsequently, the applicant applied for judicial review of the Leave Decision. Neither the applicant nor the Minister of Employment and Social Development (Minister) sought a stay of the Leave Decision from the Federal Court or a suspension of proceedings from the Tribunal. The Appeal Division held a hearing on the appeal on June 22, 2021. On July 15, 2021, after the Appeal Division hearing, the Minister requested that the appeal be suspended pending the judicial review application. Later, the Appeal Division issued its decision on the merits of the appeal. It denied the Minister's request to suspend the proceedings and noted that nothing in the law required proceedings to be suspended pending an application for judicial review. The Appeal Division found that the Minister knew or ought to have known that the hearing was coming and did not request a suspension until after it had occurred. It granted the appeal, finding that the General Division crossed the line into error when it assessed the respondent's overall credibility. As well, the Appeal Division found that the General Division mischaracterized the evidence of the respondent regarding her reasons for leaving her job. The Appeal Division found that there was enough evidence on the record to decide the case on its merits and found that the respondent was disabled and entitled to benefits retroactive to April 2015.

The issues were whether the application for judicial review was premature; whether the Appeal Division's decision granting leave was reasonable; and whether an equitable remedy should be ordered [heading above para. 68].

*Held*, the application should be dismissed.

As a general rule, absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted. The only grounds of appeal of the General Division Decision are outlined in subsection 58(1) of the *Department of Employment and Social Development Act*. Section 68 of the Act, which provides that a decision of the Social Security Tribunal on any application is final, is but a privative or preclusive clause. Such clauses are commonplace in statutes establishing administrative tribunals. Their intent is to signal that decisions of the tribunal are entitled to deference. They do not, however, oust judicial review of their decisions. A leave decision does not demarcate the issues on appeal that have a reasonable chance of success. As well, a positive leave decision is not properly characterized as a final decision. While a positive leave decision is a discernable step

défenderesse avait allégué la présence de nombreuses erreurs dans la décision de la division générale, mais elle a décidé de ne traiter que l'argument qui avait le plus de chances de succès. Le demandeur a par la suite sollicité le contrôle judiciaire de la décision accordant la permission d'en appeler. Ni le demandeur ni le ministre de l'Emploi et du Développement social (ministre) n'a demandé à la Cour fédérale un sursis à l'exécution de la décision accordant la permission d'en appeler ou la suspension de l'instance devant le Tribunal. La division d'appel a tenu une audience pour entendre l'appel le 22 juin 2021. Le 15 juillet 2021, après l'audience de la division d'appel, le ministre a demandé que l'appel soit suspendu le temps que la demande de contrôle judiciaire soit tranchée. Plus tard, la division d'appel a rendu sa décision sur le fond de l'appel. Elle a rejeté la demande du ministre visant la suspension de l'instance et a souligné que rien dans la loi n'exigeait que l'instance soit suspendue jusqu'à l'issue du contrôle judiciaire. La division d'appel a conclu que le ministre savait ou aurait dû savoir que l'audience approchait, et il n'avait pas demandé de suspension avant qu'elle soit tenue. Elle a accueilli l'appel, car elle a conclu que la division générale avait dépassé les bornes et commis une erreur lorsqu'elle avait évalué la crédibilité globale de la défenderesse. La division d'appel a également conclu que la division générale avait mal interprété le témoignage de la défenderesse à propos des raisons pour lesquelles elle avait quitté son emploi. La division d'appel a jugé que la preuve au dossier était suffisante pour que l'affaire soit tranchée sur le fond et a conclu que la défenderesse était invalide et qu'elle avait droit à des prestations rétroactives à avril 2015.

Il s'agissait de savoir si la demande de contrôle judiciaire était prématurée; si la décision de la division d'appel accordant la permission d'en appeler était raisonnable; et si une réparation en equity devrait être ordonnée.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

En règle générale, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés. Les seuls moyens d'appel d'une décision de la division générale sont énoncés au paragraphe 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*. L'article 68 de la Loi, suivant lequel une décision du Tribunal de la sécurité sociale à l'égard d'une demande est définitive et sans appel, n'est qu'une clause privative ou limitative. De telles dispositions sont courantes dans les lois qui créent des tribunaux administratifs. Elles ont pour objet de signaler que les décisions administratives commandent la déférence. Toutefois, elles n'excluent pas le contrôle judiciaire de ces décisions. Une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler ne délimite pas les questions en appel qui ont une chance raisonnable de

in the administrative process, the final decision it results in is the decision on the merits of the appeal. Refusing to hear judicial review of a positive leave decision does not necessarily run contrary to the principles of efficiency and judicial economy, as a full hearing of the merits of the appeal may not be avoided. In almost all circumstances, not hearing a judicial review of a positive leave decision minimizes the number and length of proceedings. Also, the hearing of a full appeal before the Appeal Division may well occur sooner than a review by the Federal Court. Where the decision before the Federal Court is not the final decision of the administrative tribunal on the merits, the Federal Court should only intervene in such a decision in exceptional circumstances and where there would be no opportunity for concerns with the decision to be addressed. This is the approach that was taken in this matter. The only issue the applicant had with the Leave Decision was that the Appeal Division erred in granting leave for a reason that was not within the grounds set out in section 58 of the Act. Whether there was an error in the General Division Decision falling within section 58 was an issue the applicant could raise on the appeal on the merits. That applicant's view could hardly be said to rise to the height of an exceptional circumstance. Therefore, the application for judicial review was premature.

Even if the application were not premature, the Leave Decision was reasonable. The parties disagreed as to what arguable case the Appeal Division found. The Appeal Division did not find that the arguable case was that the evidence was improperly weighed. Its finding was that there was an arguable case that the General Division had made a flawed credibility assessment. While an appeal to the Appeal Division operates on different principles than a judicial review at the Federal Court, the treatment of credibility assessments by the Federal Court was informative. Like the Appeal Division, on judicial review, the Federal Court is not entitled to reweigh evidence. However, it can quash a decision due to a flawed credibility assessment. This is exactly what the Appeal Division did in this case. It found that the General Division appeared to have made an adverse credibility finding against the respondent. This was reasonable since the General Division Decision heavily implied that the respondent attempted to deceive it. The Appeal Division then found that there was an arguable case that this credibility finding was not properly made. While this necessarily would result in a finding that the respondent's testimony

succès. De plus, il est inapproprié de qualifier de définitive et sans appel une décision accordant la permission d'en appeler. Bien qu'une telle décision soit une étape distincte du processus administratif, la décision définitive qui en résulte est celle rendue sur le fond de l'appel. Le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler ne va pas nécessairement à l'encontre des principes de l'efficacité et de l'économie des ressources judiciaires, car une audience complète sur le fond de l'appel pourrait ne pas être évitée. Dans presque toutes les circonstances, ne pas entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler a pour effet de réduire le nombre et la durée des instances au minimum possible. Qui plus est, il est bien possible que l'audition d'un appel complet devant la division d'appel ait lieu avant que la Cour fédérale ne procède au contrôle judiciaire. Lorsque la décision dont elle est saisie n'est pas la décision définitive que le tribunal administratif a rendue sur le fond, la Cour fédérale ne devrait intervenir à l'égard d'une telle décision que dans des circonstances exceptionnelles et lorsque rien ne pourrait donner lieu à des réserves qui devront être traitées. Telle a été la démarche adoptée en l'espèce. Le seul reproche du demandeur à l'égard de la décision accordant la permission d'en appeler était que la division d'appel avait commis une erreur en accordant la permission d'en appeler pour un motif autre que les moyens d'appel énoncés à l'article 58 de la Loi. La question de savoir si la décision de la division générale comportait une erreur au regard de l'article 58, le demandeur pouvait la soulever dans le cadre de l'appel sur le fond. On pouvait difficilement considérer que la position du demandeur était une circonstance exceptionnelle. Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire était prématurée.

Même si la demande n'était pas prématurée, la décision accordant la permission d'en appeler était raisonnable. Les parties ne s'entendaient pas sur la question de savoir quelle était la cause défendable à laquelle la division d'appel avait conclu. La division d'appel n'a pas conclu que la cause défendable était que l'appréciation de la preuve était inappropriée. Sa conclusion était qu'il existait une cause défendable selon laquelle l'appréciation de la crédibilité qu'avait effectuée la division générale était viciée. Si un appel à la division d'appel fonctionne selon des principes différents de ceux d'un contrôle judiciaire de la Cour fédérale, la façon dont la Cour fédérale traite les appréciations de la crédibilité donne un éclairage intéressant. À l'instar de la division d'appel, la Cour fédérale, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, n'a pas le droit d'apprécier de nouveau la preuve. Toutefois, elle peut annuler une décision au motif que l'appréciation de la crédibilité était viciée. C'est exactement ce qu'a fait la division d'appel dans la présente affaire. Elle a conclu que la division générale semblait avoir tiré une conclusion défavorable en matière de crédibilité à l'encontre de la défenderesse. Il était raisonnable de le conclure,

was improperly given no weight, it was not a true reweighing of the evidence.

Even if it were to have been found that the Leave Decision was unreasonable, no equitable remedy, as was sought, would have been awarded. The usual order would have been to set aside the unreasonable decision and to send it back to be decided by a different decision maker. However, that order would have had the effect of nullifying the Appeal Decision and reversing the payments of the disability pension the respondent received. The applicant did not directly attack the Appeal Decision since he did not apply to the Federal Court of Appeal for judicial review. In seeking to set the Leave Decision aside, the applicant was seeking to do indirectly what he chose not to do directly. While no *mala fides* was ascribed to him, that conduct did not sit well with a court of equity, such as the Federal Court.

car la division générale a suggéré fortement dans sa décision que la défenderesse avait tenté de la tromper. La division d'appel a ensuite conclu qu'il existait une cause défendable selon laquelle cette conclusion en matière de crédibilité n'avait pas été tirée de façon appropriée. Bien que s'ensuivait nécessairement la conclusion qu'il était inapproprié de n'attribuer aucun poids au témoignage de la défenderesse, il ne s'agissait pas réellement d'une nouvelle appréciation de la preuve.

Même si la décision accordant la permission d'en appeler avait été jugée déraisonnable, aucune réparation en equity demandée n'aurait été accordée. L'ordonnance habituelle aurait consisté à annuler la décision déraisonnable et à renvoyer l'affaire pour qu'un décideur différent rende une nouvelle décision. Toutefois, une telle ordonnance aurait eu pour effet d'annuler la décision d'appel et le versement des prestations de pension d'invalidité de la défenderesse. Le demandeur n'a pas contesté la décision d'appel directement, puisqu'il n'a pas déposé de demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour d'appel fédérale. En tentant de faire annuler la décision accordant la permission d'en appeler, il a cherché à faire indirectement ce qu'il avait choisi de ne pas faire directement. Aucune mauvaise foi ne lui a été imputée, mais la Cour fédérale, à titre de tribunal d'equity, ne pouvait que voir d'un mauvais œil l'adoption d'une telle conduite.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.  
*Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34, art. 57(2), 58, 68.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18.1(4)(d), 28(1)(g).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 302.

#### CASES CITED

##### NOT FOLLOWED:

*Canada (Attorney General) v. O'Keefe*, 2016 FC 503; *Belo-Alves v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1100, [2015] 4 F.C.R. 108.

##### APPLIED:

*C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Herbert v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 11; *Layden v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2008 FC 619, 344 F.T.R. 1.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34, art. 57(2), 58, 68.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4)d), 28(1)g).  
*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règle 302.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS NON SUIVIES :

*Canada (Procureur général) c. O'Keefe*, 2016 CF 503; *Belo-Alves c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1100, [2015] 4 R.C.F. 108.

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Herbert c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 11; *Layden c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2008 CF 619.

## CONSIDERED:

*PG v. Minister of Employment and Social Development*, 2021 SST 362; *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556, [2019] 2 F.C.R. D-3; *Canada (Attorney General) v. Hines*, 2016 FC 112; *Canada (Attorney General) v. Hoffman*, 2015 FC 1348; *Mrak v. Canada (Human Resources and Skills Development)*, 2007 FC 672, 314 F.T.R. 142, [2007] F.C.J. No. 909 (QL).

## REFERRED TO:

*Ingram v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 259.

APPLICATION for judicial review of a decision (*PG v. Minister of Employment and Social Development*, 2020 SST 1145) of a member of the Appeal Division of the Social Security Tribunal granting leave to appeal a decision of the General Division. Application dismissed.

## APPEARANCES

*Ian McRobbie* for applicant.  
*Steven R. Yormak* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
*Yormak & Associates*, London, Ontario, for respondent.

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

[1] ZINN J.: There are no exceptional circumstances that would warrant this Court's intervention to review a April 19, 2021, decision (the Leave Decision) of a member of the Appeal Division of the Social Security Tribunal granting leave to appeal a decision of the General Division [*PG v. Minister of Employment and Social Development*, 2020 SST 1145] (the General Division Decision).

[2] This application is premature. Moreover, even if the application were timely, the relief sought would not be granted, as the decision sought to be reviewed is

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*PG c. Ministre de l'Emploi et du Développement social*, 2021 TSS 362; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, [2019] 2 R.C.F. F-3; *Canada (Procureur général) c. Hines*, 2016 CF 112; *Canada (Procureur général) c. Hoffman*, 2015 CF 1348; *Mrak c. Canada (Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2007 CF 672, [2007] A.C.F. n° 909 (QL).

## DÉCISION MENTIONNÉE :

*Ingram c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 259.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision (*PG c. Ministre de l'Emploi et du Développement social*, 2020 TSS 1145) par laquelle un membre de la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d'en appeler d'une décision de la division générale. Demande rejetée.

## ONT COMPARU :

*Ian McRobbie* pour le demandeur.  
*Steven R. Yormak* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Yormak & Associates*, London (Ontario) pour la défenderesse.

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

[1] LE JUGE ZINN : L'espèce ne présente pas de circonstances exceptionnelles qui justifieraient que la Cour intervienne pour contrôler la décision, datée du 19 avril 2021, par laquelle un membre de la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale a accordé la permission d'en appeler (la décision accordant la permission d'en appeler) d'une décision de la division générale [*PG c. Ministre de l'Emploi et du Développement social*, 2020 TSS 1145] (la décision de la division générale).

[2] La présente demande est prématurée. Mais, même si la demande avait été présentée en temps opportun, la réparation sollicitée ne serait pas accordée, car la décision

reasonable. Furthermore, on the facts before the Court, equitable relief setting aside the Leave Decision would not be granted.

### Background

[3] The respondent, Paulina Gregorio, filed an application for Canada Pension Plan disability benefits in 2013. The respondent's application eventually came before the General Division of the Social Security Tribunal (the General Division).

#### *The General Division Decision*

[4] On December 21, 2020, the General Division found that the respondent had provided insufficient evidence that she was disabled as of the relevant date, December 31, 2011.

[5] The General Division had concerns about Ms. Gregorio's evidence. The General Division noted her inability to remember key information, while still being able to answer very specific questions from her representative. The General Division found [at paragraph 19] that her inconsistent memory made it "hard to rely on her evidence" and, therefore, held that documentary evidence was especially important in determining the facts. Later in its decision, the General Division found that it could not rely on her evidence regarding her employment or her work capacity. The General Division [at paragraph 35] pointed to several inconsistencies between her evidence and the medical documents provided and found that the medical documents ought to be preferred as "multiple medical professionals would have no reason to fabricate her work activity."

#### *The Leave Decision*

[6] Ms. Gregorio appealed the General Division Decision to the Appeal Division of the Social Security Tribunal (the Appeal Division) and on April 19, 2021,

visée par la demande de contrôle judiciaire est raisonnable. En outre, au vu des faits présentés à la Cour, une réparation en equity annulant la décision accordant la permission d'en appeler ne serait pas accordée.

### Contexte

[3] En 2013, la défenderesse, M<sup>me</sup> Paulina Gregorio, a déposé une demande de prestations d'invalidité du Régime de pensions du Canada. Plusieurs années plus tard, sa demande a été examinée par la division générale du Tribunal de la sécurité sociale (la division générale).

#### *La décision de la division générale*

[4] Le 21 décembre 2020, la division générale a conclu que la défenderesse n'avait pas fourni une preuve qui suffisait à démontrer qu'elle était invalide à la date pertinente, soit le 31 décembre 2011.

[5] La division générale avait des réserves à propos de la preuve de M<sup>me</sup> Gregorio. Elle a souligné que M<sup>me</sup> Gregorio n'était pas parvenue à se souvenir de renseignements importants, alors qu'elle avait pu répondre à des questions très précises de son représentant. La division générale a conclu [au paragraphe 19] que les trous de mémoire de M<sup>me</sup> Gregorio faisaient en sorte qu'il était « difficile de se fier à son témoignage » et que, par conséquent, la preuve documentaire était particulièrement importante pour établir les faits. Plus loin dans sa décision, la division générale a conclu qu'elle ne pouvait pas se fier à la preuve de M<sup>me</sup> Gregorio concernant son travail ou sa capacité de travail. La division générale [au paragraphe 35] a souligné plusieurs contradictions entre la preuve et les documents médicaux fournis, et elle a jugé que les documents médicaux devaient être privilégiés, parce que « de multiples professionnelles et professionnels de la santé n'auraient aucune raison d'inventer des histoires sur son activité professionnelle ».

#### *La décision accordant la permission d'en appeler*

[6] M<sup>me</sup> Gregorio a demandé la permission de porter en appel la décision de la division générale devant la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale (la division



the Appeal Division granted leave to appeal. It is this decision that is under review in this application.

[7] The Appeal Division noted that Ms. Gregorio had raised many alleged errors by the General Division. However, the Appeal Division decided to address only the argument that, in its view, offered the best chance of success. The Appeal Division noted that the other arguments could still be raised at the full appeal hearing.

[8] The Appeal Division found that “[a] case can be made that the General Division doubted the Claimant’s credibility for no good reason” and noted that “the General Division seemed to almost suggest that the Claimant was actively attempting to deceive it.” The Appeal Division noted that more than a decade had passed since the end of Ms. Gregorio’s coverage period and that human memory is imperfect. In light of this, the Appeal Division “wonder[ed] whether it was fair to discard an important component of the Claimant’s case simply because there were some gaps and discrepancies [in] her recollection.”

#### *The Appeal Decision*

[9] On May 19, 2021, the applicant, the Attorney General of Canada, applied for judicial review of the Leave Decision. However, neither the applicant nor the Minister of Employment and Social Development (the Minister) sought a stay of the Leave Decision from this Court or a suspension of proceedings from the Tribunal. The Appeal Division held a hearing on the appeal on June 22, 2021.

[10] On July 15, 2021, after the Appeal Division hearing, the Minister requested that the appeal be suspended pending this application, indicating that the Minister had understood the proceedings to be suspended by the Appeal Division pending judicial review.

d’appel) et, le 19 avril 2021, la division d’appel lui en a accordé la permission. Cette décision est celle qui est à l’examen en l’espèce.

[7] La division d’appel a souligné que M<sup>me</sup> Gregorio avait allégué la présence de nombreuses erreurs dans la décision de la division générale. Toutefois, elle a décidé de ne traiter que de l’argument qui, à son avis, avait le plus de chances de succès. Elle a fait observer que les autres arguments pourraient toujours être soulevés à l’audition de l’appel.

[8] La division d’appel a conclu qu’il était [TRADUCTION] « possible de soutenir que la division générale a mis en doute la crédibilité de la requérante sans raison valable », et elle a mentionné que [TRADUCTION] « la division générale sembl[ait] presque dire que la requérante tentait activement de la tromper ». La division d’appel a fait remarquer que plus d’une décennie s’était écoulée depuis la fin de la période de couverture de M<sup>me</sup> Gregorio et que la mémoire humaine est imparfaite. Cela pris en compte, elle s’est [TRADUCTION] « demand[ée] s’il était équitable de rejeter un élément important de la cause de la requérante seulement parce qu’il y a[vait] des lacunes et les divergences dans ses souvenirs ».

#### *La décision d’appel*

[9] Le 19 mai 2021, le demandeur, qui est le procureur général du Canada, a sollicité le contrôle judiciaire de la décision accordant la permission d’en appeler. Cependant, ni le demandeur ni le ministre de l’Emploi et du Développement social (le ministre) n’a demandé à la Cour un sursis à l’exécution de la décision accordant la permission d’en appeler ou la suspension de l’instance devant le Tribunal de la sécurité sociale. La division d’appel a tenu une audience pour entendre l’appel le 22 juin 2021.

[10] Le 15 juillet 2021, après l’audience de la division d’appel, le ministre a demandé que l’appel soit suspendu le temps que la présente demande soit tranchée, disant qu’il avait compris que la division d’appel avait suspendu l’instance jusqu’à l’issue du contrôle judiciaire.

[11] On July 22, 2021, the Appeal Division issued its decision on the merits of the appeal [2021 SST 362 (the Appeal Decision)].

[12] In the Appeal Decision, the Appeal Division denied the Minister’s request to suspend the proceedings. The Appeal Division noted that nothing in the law required proceedings to be suspended pending an application for judicial review. The Appeal Division found that the Minister knew or ought to have known that the hearing was coming and did not request a suspension until after it had occurred. Furthermore, at paragraphs 14–15 of the Appeal Decision, the Appeal Division found that the Minister was not prejudiced by the appeal going forward:

Moreover, I don’t see how pushing on with this appeal damages the Minister’s interests. If I proceed and then dismiss the Claimant’s appeal on its merits, the Minister’s attempt to invalidate my leave to appeal decision will be moot. On the other hand, if I proceed and then allow the Claimant’s appeal, the Minister’s attempt to invalidate my leave to appeal decision will ultimately be no worse off than if I suspend proceedings. Under both scenarios, the Claimant benefits because she doesn’t have to wait a year or so for the Federal Court to do its work, and she gets a result from the Appeal Division sooner rather than later.

Furthermore, if the Minister ultimately succeeds at the Federal Court, then my decision granting leave to appeal will be quashed, but then so will this decision on the merits. But if the Minister fails at the Federal Court, then it remains free to challenge the outcome of this decision. [Footnote omitted.]

[13] The Appeal Division granted the appeal, finding that the General Division “crossed the line into error when it assessed the Claimant’s overall credibility” [at paragraph 26]. The Appeal Division found that the General Division “failed to consider obvious reasons for gaps and discrepancies in the Claimant’s recollection” [at paragraph 67]. The Appeal Division found that the respondent’s evidence could only be discarded in its entirety “if the decision-maker were satisfied that the witness was lying or otherwise completely non-credible. In this case, the General Division did not explicitly make such a finding and, even if it had, there was nothing on the record that would have justified it” [at paragraph 27].

[11] Le 22 juillet 2021, la division d’appel a rendu sa décision sur le fond de l’appel [2021 TSS 362 (la décision d’appel)].

[12] Dans la décision d’appel, la division d’appel a rejeté la demande du ministre visant la suspension de l’instance. Elle a souligné que rien dans la loi n’exigeait que l’instance soit suspendue jusqu’à l’issue du contrôle judiciaire. Elle a conclu que le ministre savait ou aurait dû savoir que l’audience approchait et qu’il n’avait pas demandé de suspension avant qu’elle ne soit tenue. En outre, aux paragraphes 14 et 15 de la décision d’appel, la division d’appel a conclu que la poursuite de l’appel ne causait aucun préjudice au ministre :

De plus, je ne vois pas en quoi la progression de l’appel nuit aux intérêts du ministre. Si l’appel de la requérante va de l’avant et que je le rejette sur le fond, la tentative du ministre d’invalider ma décision relative à la permission de faire appel sera sans objet. Par ailleurs, si l’appel va de l’avant et que je l’accueille, la tentative du ministre ne sera pas en moins bonne position au bout du compte que si je suspends l’instance. Dans les deux cas, il y a un bénéfice pour la requérante parce qu’elle n’a pas à attendre environ un an pour que la Cour fédérale fasse son travail et elle obtient une décision de la division d’appel plus rapidement.

De plus, si le ministre obtient gain de cause à la Cour fédérale, ma décision d’accorder la permission de faire appel sera annulée, tout comme la présente décision sur le fond. Mais si le ministre échoue devant la Cour fédérale, il est libre de contester la présente décision. [Note en bas de page omise.]

[13] La division d’appel a accueilli l’appel, car elle a conclu que la division générale « a[vait] dépassé les bornes et commis une erreur lorsqu’elle a[vait] évalué la crédibilité globale de la requérante » [au paragraphe 26]. Elle a jugé que la division générale « n’a[vait] pas tenu compte des raisons évidentes expliquant les lacunes et les divergences dans les souvenirs de la requérante » [au paragraphe 67]. Elle a également jugé qu’il était possible de rejeter l’ensemble d’un témoignage seulement « si la personne qui doit rendre la décision est convaincue que la ou le témoin ment ou n’a aucune crédibilité. Dans la présente affaire, la division générale n’a pas formulé une telle conclusion. Même si elle l’avait fait, rien dans le dossier ne l’aurait justifiée » [au paragraphe 27].

[14] In addition to this error, the Appeal Division also found that the General Division mischaracterized the respondent's evidence regarding her reasons for leaving her job.

[15] The Appeal Division found that there was enough evidence on the record to decide the case on its merits, and found that Ms. Gregorio was disabled and entitled to benefits retroactive to April 2015.

#### Issues

[16] The applicant raised a single issue in the memorandum: "Is the Appeal Division's decision to grant leave reasonable?"

[17] At the commencement of the hearing, I informed the parties that there were a number of things troubling me about the matter before the Court.

[18] First, the respondent indicated in her memorandum that the Attorney General did not seek to judicially review the Appeal Decision. His counsel confirmed that this was correct.

[19] Second, I asked if the Attorney General was of the view that if he were successful on the matter presently before this Court and the Leave Decision were set aside, then the Appeal Decision would then become a nullity. His counsel confirmed that this was the position of the Attorney General.

[20] Third, I referenced the decision of Justice Manson in *Canada (Attorney General) v. O'Keefe*, 2016 FC 503 (*O'Keefe*). In *O'Keefe*, the Attorney General raised the issue whether the judicial review of a decision granting leave to appeal a decision of the General Division was premature. The respondent in *O'Keefe* made no submissions on the application (see *O'Keefe*, at paragraph 20).

[21] *O'Keefe*, for several reasons which I will later explore, held that judicial review of a positive leave to appeal decision of the Appeal Division was not premature. It appears that the issue of prematurity has not been

[14] La division d'appel a également conclu qu'en plus de cette erreur, la division générale avait mal interprété le témoignage de la défenderesse à propos des raisons pour lesquelles elle avait quitté son emploi.

[15] La division d'appel a jugé que la preuve au dossier était suffisante pour que l'affaire soit tranchée sur le fond, et elle a conclu que M<sup>me</sup> Gregorio était invalide et qu'elle avait droit à des prestations rétroactives à 2015.

#### Les questions en litige

[16] Dans son mémoire, le demandeur a soulevé une seule question : [TRADUCTION] « La décision de la division d'appel accordant la permission d'en appeler est-elle raisonnable? »

[17] Au début de l'audience, j'ai informé les parties que plusieurs choses me troublaient dans la présente affaire.

[18] Premièrement, selon le mémoire de la défenderesse, le procureur général n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de la décision d'appel. L'avocat du procureur général a confirmé que cela était exact.

[19] Deuxièmement, j'ai demandé si le procureur général était d'avis qu'à supposer qu'il ait gain de cause dans l'affaire dont est actuellement saisie la Cour et que la décision accordant la permission d'en appeler soit annulée, la décision d'appel serait alors frappée de nullité. Il a confirmé que le procureur général était de cet avis.

[20] Troisièmement, j'ai cité la décision du juge Manson dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. O'Keefe*, 2016 CF 503 (*O'Keefe*). Dans celle-ci, le procureur général a soulevé la question de savoir si le contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler d'une décision de la division générale était prématuré. Le défendeur dans cette affaire n'a présenté aucune observation à l'égard de la demande (voir *O'Keefe*, au paragraphe 20).

[21] Dans la décision *O'Keefe*, pour plusieurs motifs que je traiterai plus loin, il a été conclu que le contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler d'une décision de la division d'appel n'était

squarely addressed by any other judge of this Court, and while *O'Keefe* is persuasive authority, I pointed out that it was not binding on me and asked for submissions on the question of whether this application was premature.

[22] Lastly, I observed that even if I were to follow *O'Keefe* and even if the Attorney General were to convince me that the Leave Decision is unreasonable, judicial review is a discretionary remedy, and I expressed concern that Ms. Gregorio, as a result of her successful appeal, has been in receipt of disability benefits retroactive to April 2015. The Attorney General chose not to seek review of the Appeal Decision, but apparently takes the view that, if successful here, it would become a nullity, thus disentitling Ms. Gregorio to the benefits she has been receiving. I asked for submissions as to why, in those circumstances, I ought to exercise my discretion and set aside the Leave Decision as requested by the Attorney General.

### The Statutory Scheme

[23] The only grounds of appeal of the General Division Decision are outlined in subsection 58(1) of the *Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34 (the DESDA):

#### Grounds of appeal

##### 58 (1) ....

- (a) the General Division failed to observe a principle of natural justice or otherwise acted beyond or refused to exercise its jurisdiction;
- (b) the General Division erred in law in making its decision, whether or not the error appears on the face of the record; or
- (c) the General Division based its decision on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it.

pas prématuré. La question de la prématurité ne semble pas avoir été directement traitée par un autre juge de la Cour, et, bien que la décision *O'Keefe* soit un précédent convaincant, j'ai souligné qu'elle ne me liait pas et j'ai demandé des observations sur la question de savoir si la présente demande était prématurée.

[22] Enfin, j'ai fait observer que, même si je suivais la décision *O'Keefe* et que le procureur général me convainquait que la décision accordant la permission d'en appeler est déraisonnable, il resterait que le contrôle judiciaire est un recours discrétionnaire, et j'ai fait part de mes réserves concernant le fait que M<sup>me</sup> Gregorio recevait, en conséquence de l'accueil de son appel, des prestations d'invalidité rétroactives à avril 2015. Le procureur général a choisi de ne pas solliciter le contrôle judiciaire de la décision d'appel, mais il est apparemment d'avis qu'elle serait frappée de nullité si la présente demande était accueillie, ce qui aurait pour effet de retirer à M<sup>me</sup> Gregorio son droit aux prestations qu'elle reçoit. J'ai demandé des observations sur la question de savoir pourquoi, dans ces circonstances, je devrais exercer mon pouvoir discrétionnaire et annuler la décision accordant la permission d'en appeler, comme le demande le procureur général.

### Le régime législatif

[23] Les seuls moyens d'appel d'une décision de la division générale sont énoncés au paragraphe 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34 (la LMEDS) :

#### Moyens d'appel

##### 58 (1) [...]

- a) la division générale n'a pas observé un principe de justice naturelle ou a autrement excédé ou refusé d'exercer sa compétence;
- b) elle a rendu une décision entachée d'une erreur de droit, que l'erreur ressorte ou non à la lecture du dossier;
- c) elle a fondé sa décision sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à sa connaissance.

[24] The Appeal Division must first grant an appellant leave to appeal a decision of the General Division. To be granted leave to appeal, an appellant is only required to demonstrate an “arguable case” based on one of the three grounds of appeal (see *Ingram v. Canada (Attorney General)*, 2017 FC 259, at paragraph 16).

#### The Position of the Parties

[25] The applicant submits that in granting leave, the Appeal Division unreasonably reweighed the evidence before the General Division, which is not a proper ground of appeal. The applicant submits that the Appeal Division granted leave to appeal to hear the argument that Ms. Gregorio’s testimony should not have been accorded little to no weight.

[26] The applicant further submits that the Appeal Division’s finding that “[a] case can be made that the General Division doubted the Claimant’s credibility for no good reason” is unreasonable and lacks transparency. The General Division provided reasons why the respondent’s testimony could not be relied upon, and the Appeal Division did not identify any error of law in the General Division’s assessment of this testimony, nor any perverse or capricious finding of fact.

[27] The respondent submits that the arguable case was that the General Division erred by doubting Ms. Gregorio’s credibility and notes that making a credibility finding based on incorrect findings of fact is an error in law, as is discarding evidence without proper support.

[28] The respondent submits that the Appeal Division did not find that there was a case that the evidence was improperly weighed. Rather, it found that there was an arguable case that the General Division, by dismissing the respondent’s testimony, did not have regard for the material before it, which is the test stipulated in paragraph 58(1)(c) of the DESDA. She says that the Appeal

[24] La division d’appel doit d’abord accorder à l’appelant la permission d’en appeler d’une décision de la division générale. Pour se voir accorder la permission d’en appeler, l’appelant doit simplement démontrer que sa « cause [est] défendable » en s’appuyant sur l’un des trois moyens d’appel (voir *Ingram c. Canada (Procureur général)*, 2017 CF 259, au paragraphe 16).

#### La position des parties

[25] Le demandeur fait valoir que la division d’appel, en accordant la permission d’en appeler, a déraisonnablement apprécié de nouveau la preuve dont disposait la division générale, ce qui n’est pas un moyen d’appel approprié. Il soutient que la division d’appel a accordé la permission d’en appeler pour entendre l’argument selon lequel il n’était pas justifié d’accorder peu ou pas de poids au témoignage de M<sup>me</sup> Gregorio.

[26] Le demandeur soutient également que la conclusion de la division d’appel selon laquelle [TRADUCTION] « il est possible de soutenir que la division générale a mis en doute la crédibilité de la requérante sans raison valable » est déraisonnable et qu’elle manque de transparence. La division générale a motivé sa conclusion selon laquelle le témoignage de la défenderesse n’était pas crédible, et la division d’appel n’a pas relevé d’erreur de droit de la part de la division générale dans l’appréciation de ce témoignage, ni de conclusion de fait abusive ou arbitraire.

[27] La défenderesse soutient que la cause défendable était que la division générale avait commis une erreur en mettant en doute sa crédibilité, et elle souligne qu’il était erroné en droit de fonder une conclusion en matière de crédibilité sur des conclusions de fait erronées, tout comme ce l’était de rejeter un témoignage sans s’appuyer sur un fondement approprié.

[28] La défenderesse fait valoir que la conclusion de la division d’appel était qu’il était possible de soutenir non pas que la preuve avait été inadéquatement appréciée, mais plutôt qu’en rejetant son témoignage, la division générale n’avait pas tenu compte des éléments portés à sa connaissance, ce qui est le critère visé à l’alinéa 58(1)c) de la LMEDS. La défenderesse ajoute que la division

Division found that the General Division had “discarded” her testimony and did not merely place less weight on it as suggested by the applicant.

[29] The respondent lastly notes that the applicant’s position has been proven incorrect, since the respondent was successful on the appeal, thus demonstrating that her arguments on leave had a reasonable chance of success.

#### Analysis

##### *Is this Application Premature?*

[30] As a general rule, “absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted”: *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 (*CB Powell*), at paragraph 31. The purpose of this rule is to prevent fragmentation of the administrative process and piecemeal court proceedings, and to avoid the waste of hearing an interlocutory judicial review when the applicant may succeed in the end (see *CB Powell*, at paragraph 32).

[31] The Federal Court of Appeal in *Herbert v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 11 (*Herbert*) has recently had the occasion to apply this general principle and at paragraphs 12 and 13, reinforced that “exceptional circumstances” will rarely be found:

These principles were reiterated with vigor in the recent case of *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, [2021] F.C.J. No. 50 (QL/Lexis) (*Dugré*), where this Court, raising the issue on its own motion, held that the non-availability of interlocutory relief was “next to absolute” (*Dugré* at para 37). It underscored the fact that the “very rare” circumstances that would allow a party to bypass the administrative process “require that the consequences of an interlocutory decision be so ‘immediate and radical’ that they call into question the rule of law” (*Dugré* at para. 35, quoting *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467 at paras 31-33).

d’appel a conclu que la division générale avait [TRA-DUCTION] « rejeté » son témoignage, et non pas qu’elle y avait simplement attribué moins de poids, comme l’a affirmé le demandeur.

[29] En dernier lieu, la défenderesse souligne que la position du demandeur s’est révélée erronée, puisqu’elle a eu gain de cause en appel, ce qui démontre que ses arguments à l’appui de la permission d’en appeler avaient une chance raisonnable de succès.

#### Analyse

##### *La présente demande est-elle prématurée?*

[30] En règle générale, « à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n’a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés » : *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332 (*CB Powell*), au paragraphe 31. L’objectif est d’éviter le fractionnement du processus administratif, le morcellement du processus judiciaire et le gaspillage que cause un contrôle judiciaire interlocutoire alors que le demandeur est susceptible d’obtenir gain de cause au terme du processus (voir *CB Powell*, au paragraphe 32).

[31] La Cour d’appel fédérale a récemment eu l’occasion, dans l’affaire *Herbert c. Canada (Procureur général)*, 2022 FCA 11 (*Herbert*), d’appliquer cette règle générale et, aux paragraphes 12 et 13, elle a rappelé que les « circonstances exceptionnelles » se présentent rarement :

#### [TRADUCTION]

Ces principes ont été réitérés avec rigueur dans le récent arrêt *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, [2021] A.C.F. no 50 (QL/Lexis) (*Dugré*), où notre Cour, soulevant la question de son propre chef, a conclu que la limite à l’exercice de recours interlocutoires était « quasi-absolue » (*Dugré*, par. 37). Elle a souligné le fait que les circonstances « très rares » dans lesquelles une partie serait autorisée à contourner la procédure administrative « exigent que les conséquences d’une décision interlocutoire soient à ce point “immédiates et radicales” qu’elles mettent en question la primauté du droit » (*Dugré*, par. 35, citant l’arrêt *Wilson c. Énergie atomique du Canada limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467, par. 31 à 33).

The Court warned against a “less stringent criterion” that “would only encourage premature forays into courts and a resurgence of the ills identified in *C.B. Powell*”. In particular, it pointed to “certain recent attempts by the Federal Court to restate the settled test by refining criteria for exceptions”, holding that they were “ill-advised and should not be viewed as authoritative” and that they “only serve[d] to muddy the waters and compromise the rigour of the principle of non-interference” (*Dugré* at para 37). [Emphasis in original.]

[32] In *O’Keefe*, Justice Manson considered prematurity in the context of a leave decision of the Appeal Division. As in the present case, the Appeal Division had granted leave and an application for judicial review was brought. However, unlike in the present case, the appeal in *O’Keefe* had not been heard.

[33] Justice Manson found that judicial review of a positive leave decision is not premature. He gave seven reasons in support of this finding, which I shall discuss in turn.

[34] First, he noted that section 68 the DESDA states that the decision of the Social Security Tribunal on any application is final. Therefore, “[u]pon granting or refusing leave, the [Appeal Division] is *functus officio*” (*O’Keefe*, at paragraph 26).

[35] I note that section 68 of the DESDA, which provides that a decision of the Social Security Tribunal on any application is final, is but a privative or preclusive clause. Such clauses are commonplace in statutes establishing administrative tribunals. Their intent is to signal that decisions of the tribunal are entitled to deference. They do not, however, oust judicial review of their decisions. Indeed, as was noted in *O’Keefe*, decisions of the Social Security Tribunal are reviewable by the Federal Court of Appeal. In my view, saying that decisions are final should not be interpreted as saying that all tribunal decisions are to be characterized as final decisions and none as interlocutory in nature.

La Cour a mis en garde contre l’application d’un « critère amoindri » qui « ne ferait qu’inciter les recours prématurés provoquant ainsi une recrudescence des maux identifiés dans l’arrêt *C.B. Powell* ». Elle a relevé plus précisément « certaines tentatives récentes de la Cour fédérale de reformuler le test établi en précisant des critères d’exception », notant que ces tentatives étaient « mal venues et ne [faisaient] pas autorité » et qu’elles « ne fai[saien]t que brouiller les cartes et atténue[r] la rigueur du principe de non-ingérence » (*Dugré*, par. 37). [Souligné dans l’original.]

[32] Dans la décision *O’Keefe*, le juge Manson a analysé la question de la prématurité dans le contexte d’une décision de la division d’appel à l’égard d’une demande de permission d’en appeler. Comme dans la présente affaire, la division d’appel avait accordé la permission d’en appeler, et une demande de contrôle judiciaire avait été présentée. Toutefois, l’appel dans l’affaire *O’Keefe*, contrairement à celui dans la présente affaire, n’avait pas été entendu.

[33] Le juge Manson a conclu que le contrôle judiciaire d’une décision accordant la permission d’en appeler n’était pas prématuré. À l’appui de cette conclusion, il a fourni sept motifs que j’analyserai l’un après l’autre.

[34] Premièrement, il a souligné que, suivant l’article 68 de la LMEDS, la décision du Tribunal de la sécurité sociale à l’égard d’une demande est définitive et sans appel. Par conséquent, « en décidant d’accorder ou de refuser la permission d’en appeler, la [division d’appel] se trouve dessaisie » (*O’Keefe*, au paragraphe 26).

[35] Je souligne que l’article 68 de la LMEDS, suivant lequel une décision du Tribunal de la sécurité sociale à l’égard d’une demande est définitive et sans appel, n’est qu’une clause privative ou limitative. De telles dispositions sont courantes dans les lois qui créent des tribunaux administratifs. Elles ont pour objet de signaler que les décisions administratives commandent la déférence. Toutefois, elles n’excluent pas le contrôle judiciaire de ces décisions. En effet, comme il a été souligné dans la décision *O’Keefe*, les décisions du Tribunal de la sécurité sociale sont susceptibles de contrôle par la Cour d’appel fédérale. À mon avis, l’affirmation qu’une décision est définitive et sans appel ne doit pas être interprétée

[36] I do not share the view that the Appeal Division's role is necessarily ended after rendering a leave decision. A decision refusing leave is clearly a final decision of the Appeal Division and its role is then ended, as is the appeal. An appellant who is denied leave to appeal has no path to continue their claim other than applying for judicial review in the Federal Court.

[37] On the other hand, if leave is granted, the application for leave turns into the notice of appeal (see subsection 58(5) of the DESDA) and the appeal is heard on the merits. If leave is granted where it ought not to have been, this can be argued at the full hearing on the merits and at any judicial review of that decision. This is not unlike cases of alleged breaches of procedural fairness, where applicants are expected to continue to participate in the administrative process and raise their fairness concerns before the original decision maker (see *CB Powell*, at paragraph 33).

[38] Second, Justice Manson noted in *O'Keefe* that paragraph 28(1)(g) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 provides that the Federal Court of Appeal has jurisdiction to hear judicial reviews of Appeal Division decisions, yet it expressly excludes decisions made under subsection 57(2) of the DESDA (granting an extension of time to apply for leave) and section 58 of the DESDA (governing grounds of appeal and the granting of leave to appeal) (see *O'Keefe*, at paragraph 27).

[39] Inability to apply for judicial review of a positive leave decision is not necessarily inconsistent with these statutory provisions. As long as this Court hears judicial reviews of negative leave decisions, these provisions still have meaning.

comme signifiant que toutes les décisions administratives sont définitives et sans appel, sans qu'aucune ne soit considérée comme étant de nature interlocutoire.

[36] Je ne partage pas l'avis que la division d'appel n'a plus de rôle à jouer après qu'elle eut rendu une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler. Une décision refusant la permission d'en appeler est évidemment définitive, et le rôle de la division d'appel prend alors fin, tout comme l'appel. L'appelant à qui la permission d'en appeler est refusée n'a plus d'autre recours que celui de présenter une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale.

[37] À l'opposé, si la permission est accordée, la demande de permission est assimilée à un avis d'appel (voir le paragraphe 58(5) de la LMEDS) et l'appel est entendu sur le fond. Si la permission est accordée à tort, il est possible de le soutenir à l'audience complète sur le fond et dans le cadre d'un contrôle judiciaire de cette décision. Cela n'est pas différent des affaires de manquement allégué à l'équité procédurale, où le demandeur doit continuer à participer à la procédure administrative et faire part de ses réserves relatives à l'équité procédurale devant le décideur initial (voir *CB Powell*, au paragraphe 33).

[38] Deuxièmement, le juge Manson a souligné dans la décision *O'Keefe* que l'alinéa 28(1)g) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, confère à la Cour d'appel fédérale le pouvoir d'entendre les demandes de contrôle judiciaire de décisions de la division d'appel, mais qu'il exclut expressément les décisions rendues en vertu du paragraphe 57(2) de la LMEDS (qui autorise la prorogation du délai pour présenter une demande de permission d'en appeler) et de l'article 58 de la même loi (qui régit les moyens d'appel et la permission d'en appeler) (voir *O'Keefe*, au paragraphe 27).

[39] L'incapacité de demander le contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler n'est pas nécessairement incompatible avec ces dispositions législatives. Tant et aussi longtemps que la Cour entend des demandes de contrôle judiciaire de décisions refusant d'accorder la permission d'en appeler, ces dispositions conservent leur raison d'être.



[40] Third, it was stated that a leave decision “demarcates the issues on appeal that have a reasonable chance of success” (*O’Keefe*, at paragraph 28, citing *Belo-Alves v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1100, [2015] 4 F.C.R. 108 (*Belo-Alves*), at paragraphs 71–73).

[41] A leave decision does not demarcate the issues on appeal that have a reasonable chance of success. *Belo-Alves*, which is the authority cited for this proposition, is no longer good law. In *Hillier v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 44, [2019] 2 F.C.R. D-3, 431 D.L.R. (4th) 556, the Federal Court of Appeal held at paragraph 28 that “[t]he provisions of section 58, cited above, show that unless an appeal has no merit at all, the Appeal Division should take the appeal on all grounds provided that those grounds fall within the categories of subsection 58(1).” Contrary to *Belo-Alves* and *O’Keefe*, the leave decision does not serve to demarcate issues that have a chance of success.

[42] Fourth, subsection 58(1) of the DESDA sets out the only three grounds of appeal to the Appeal Division, and it was stated that, because there are only three grounds of appeal, it would be an error to grant leave to appeal or an appeal in other circumstances. If judicial review were premature, there would be no way to correct such an error (see *O’Keefe*, at paragraphs 29 and 34).

[43] I do not agree that there would be no way to correct such an error. If the Appeal Division improperly grants leave for a reason other than the grounds set out in subsection 58(1) of the DESDA, this can be argued at the full hearing. If the appeal was ultimately allowed on a ground other than those in subsection 58(1), this would constitute a reviewable error that could be addressed on judicial review of the appeal decision. While rule 302 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106] provides that in normal cases only one decision may be the subject of a judicial review, in its reasons regarding a final appeal decision, the Court could still provide guidance to decision makers and raise concerns as to whether leave should

[40] Troisièmement, il a été déclaré qu’une décision à l’égard d’une demande de permission d’en appeler « délimite les questions en appel qui ont une chance raisonnable de succès » (*O’Keefe*, au paragraphe 28, citant *Belo-Alves c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1100, [2015] 4 R.C.F. 108 [*Belo-Alves*], aux paragraphes 71 à 73).

[41] Une décision à l’égard d’une demande de permission d’en appeler ne délimite pas les questions en appel qui ont une chance raisonnable de succès. La décision *Belo-Alves*, qui est citée à l’appui de cette proposition, ne fait plus jurisprudence. Dans l’arrêt *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, [2019] 2 R.C.F. F-3, la Cour d’appel fédérale a conclu, au paragraphe 28, que « [l]es dispositions de l’article 58, mentionnées plus haut, montrent qu’à moins qu’un appel ne soit pas fondé du tout, la Division d’appel devrait accorder la permission d’appel à l’égard de tous les moyens, pourvu que ces moyens appartiennent aux catégories du paragraphe 58(1) ». Contrairement à ce qui a été affirmé dans l’arrêt *Belo-Alves* et la décision *O’Keefe*, la décision à l’égard d’une demande de permission d’en appeler n’a pas pour objet de délimiter les questions qui ont une chance de succès.

[42] Quatrièmement, le paragraphe 58(1) de la LMEDS énonce les trois seuls moyens d’appel à la division d’appel, et il a été déclaré que, parce qu’il n’y a que trois moyens d’appel, il serait erroné d’accorder la permission d’en appeler ou d’accueillir un appel dans d’autres circonstances. Si un contrôle judiciaire était prématuré, il n’y aurait aucun moyen de corriger une telle erreur (voir *O’Keefe*, aux paragraphes 29 et 34).

[43] Je ne souscris pas à l’affirmation selon laquelle cette erreur est irréparable. Si, par erreur, la division d’appel accordait la permission d’en appeler pour un motif autre que les moyens d’appel énoncés au paragraphe 58(1) de la LMEDS, il serait possible d’alléguer cette erreur à l’audience complète. Et si l’appel était en fin de compte accueilli pour un motif autre que ceux énoncés au paragraphe 58(1), cela constituerait une erreur qui pourrait être examinée dans le cadre d’un contrôle judiciaire d’une telle décision. Bien que la règle 302 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106] prévoit qu’en temps normal, un contrôle judiciaire ne peut porter que sur une seule décision, la Cour, dans

have been granted in the first place. Accordingly, I do not share the view that, where there is an error made in granting leave to appeal in circumstances not provided by the DESDA, judicial review of the leave decision is the only way to correct such an error.

[44] Fifth, it was stated that concerns about fragmentation are negated by the fact that leave is a discernible step that results in a final decision (see *O'Keefe*, at paragraph 31).

[45] As set out above, in my opinion, a positive leave decision is not properly characterized as a final decision. While a positive leave decision is a discernible step in the administrative process, the final decision it results in is the decision on the merits of the appeal.

[46] Sixth, it was stated that refusing to hear judicial review of a leave decision would run contrary to the principles of efficiency and judicial economy, as a full hearing of the merits of the appeal can be avoided (see *O'Keefe*, at paragraph 32).

[47] Refusing to hear judicial review of a positive leave decision does not necessarily run contrary to the principles of efficiency and judicial economy, as a full hearing of the merits of the appeal may not be avoided.

[48] In almost all circumstances, not hearing a judicial review of a positive leave decision minimizes the number and length of proceedings. I accept that if a leave decision were clearly unreasonable and found by the Court to be so, then applying for judicial review of it would avoid an unnecessary appeal. However, if the application were unsuccessful, the appeal will have been delayed (assuming it was suspended), a full hearing would still

ses motifs concernant une décision définitive rendue en appel, pourrait toujours adresser des indications aux décideurs et faire part de ses réserves à propos de la question de savoir si la permission devait, initialement, être accordée. Pour ces raisons, je ne partage pas l'avis que, lorsque la permission d'en appeler a été accordée dans des circonstances qui ne sont pas celles prévues par la LMEDS, le contrôle judiciaire de cette décision est le seul moyen de corriger une telle erreur.

[44] Cinquièmement, il a été déclaré que les réserves à l'égard du fractionnement n'avaient pas lieu d'être parce que la permission d'en appeler était une étape distincte aboutissant à une décision définitive (voir *O'Keefe*, au paragraphe 31).

[45] À mon avis, comme je l'ai indiqué plus haut, il est inapproprié de qualifier de définitive et sans appel une décision accordant la permission d'en appeler. Bien qu'une telle décision soit une étape distincte du processus administratif, la décision définitive qui en résulte est celle rendue sur le fond de l'appel.

[46] Sixièmement, il a été déclaré que le refus d'entendre une demande de contrôle judiciaire d'une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler irait à l'encontre des principes d'efficacité et d'économie des ressources judiciaires, car une audience complète sur le fond de l'appel pourrait être évitée (voir *O'Keefe*, au paragraphe 32).

[47] Le refus d'entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler ne va pas nécessairement à l'encontre des principes de l'efficacité et de l'économie des ressources judiciaires, car une audience complète sur le fond de l'appel pourrait ne pas être évitée.

[48] Dans presque toutes les circonstances, ne pas entendre la demande de contrôle judiciaire d'une décision accordant la permission d'en appeler a pour effet de réduire le nombre et la durée des instances au minimum possible. Je conviens que, lorsqu'une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler est manifestement déraisonnable et jugée telle par la Cour, la demande de contrôle judiciaire permet alors d'éviter un

occur, and there may be a second judicial review of the final decision. This is less efficient than simply applying for judicial review at the end of the process.

[49] Furthermore, if the would-be applicant challenging the leave decision succeeds at the appeal stage, they will obtain a final decision ending the appeal. However, a successful review of a leave decision will generally result in the decision being remitted for redetermination. Leave may still eventually be granted and the appeal may still be heard.

[50] Also, as this case has demonstrated, the hearing of a full appeal before the Appeal Division may well occur sooner than a review by this Court. The delay caused by suspending a proceeding for a judicial review of a leave decision is likely to be greater than the delay caused by waiting to apply for judicial review until the appeal decision has been rendered.

[51] Lastly, Justice Manson observed that the same arguments against reviewing positive leave decisions could be used to argue against reviewing negative leave decisions, which are reviewable (see *O'Keefe*, at paragraph 33).

[52] I simply do not agree that the arguments against reviewing positive leave decisions automatically apply to negative leave decisions. Since a negative leave decision ends an appeal, there is no risk of fragmentation, inefficiency, or mootness.

[53] Justice Manson in *O'Keefe* observed that this Court has previously reviewed positive leave decisions.

appel inutile. Toutefois, si la demande est rejetée, l'appel aura été retardé (suspendu, on suppose), une audience complète aura lieu malgré tout, et un deuxième contrôle judiciaire pourrait s'ajouter, soit celui de la décision définitive. L'efficacité est moindre que si la demande de contrôle judiciaire est tout simplement présentée à la fin du processus.

[49] En outre, si le potentiel auteur d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler a gain de cause en appel, il obtient une décision définitive qui met un terme à l'appel. À l'opposé, une demande de contrôle judiciaire d'une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler qui est accueillie a généralement pour effet de renvoyer l'affaire pour qu'une nouvelle décision soit rendue. Il demeure possible que la permission d'en appeler soit accordée plus tard, et que l'appel soit entendu.

[50] Qui plus est, comme l'a démontré cette affaire, il est bien possible que l'audition d'un appel complet devant la division d'appel ait lieu avant que la Cour ne procède au contrôle judiciaire. La suspension de l'instance en raison du contrôle judiciaire d'une décision à l'égard d'une demande de permission d'en appeler cause un retard probablement plus grand que celui qui est occasionné si la demande de contrôle judiciaire n'est présentée qu'une fois l'appel tranché.

[51] En dernier lieu, le juge Manson a fait observer que les mêmes arguments pouvaient être avancés à la fois contre le contrôle judiciaire de décisions accordant la permission d'en appeler et contre le contrôle de décisions refusant la permission d'en appeler, qui sont susceptibles de contrôle (voir *O'Keefe*, au paragraphe 33).

[52] Je ne suis tout simplement pas d'accord pour dire que les arguments contre le contrôle de décisions accordant la permission d'en appeler s'appliquent automatiquement aux décisions la refusant. Puisque ces dernières mettent un terme à l'appel, le risque de fractionnement ou d'inefficacité, ainsi que le risque que l'instance soit sans objet, est nul.

[53] Dans la décision *O'Keefe*, le juge Manson a fait observer que la Cour avait précédemment contrôlé des

He points to *Canada (Attorney General) v. Hines*, 2016 FC 112, and *Canada (Attorney General) v. Hoffman*, 2015 FC 1348. While each of those matters did indeed constitute a judicial review of a positive leave decision, neither is helpful as the issue of whether the matter was premature was not before the Court.

[54] More relevant is the decision of Justice Mactavish, as she then was, in *Layden v. Canada (Human Resources and Social Development)*, 2008 FC 619, 344 F.T.R. 1 (*Layden*). Ms. Layden sought judicial review of a decision of a member of the Pension Appeals Board granting leave to the Minister to appeal a decision of the Review Tribunal granting Ms. Layden a disability pension under the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8. While not under the legislation before the Court in this matter, the decision is instructive on how the Court ought to deal with applications to review decisions granting leave to appeal an administrative decision.

[55] The issue of prematurity was not raised by the parties; however, Justice Mactavish raised [at paragraph 20] whether the Court ought to intervene “given that all of the substantive arguments raised by Ms. Layden with respect to the merits of the Review Tribunal’s decision could be addressed before the Pension Appeals Board.” The only prior decision involving a review of a decision granting leave to appeal from a decision of the Review Tribunal was that of Justice Lemieux in *Mrak v. Canada (Human Resources and Skills Development)*, 2007 FC 672, 314 F.T.R. 142, [2007] F.C.J. No. 909 (QL), .

[56] Justice Lemieux referenced the general rule noted above that there should not be immediate review of interlocutory administrative decisions absent special circumstances justifying such action. Justice Mactavish, at paragraphs 25 and 26 found that there were special circumstances in the matter before her involving issues of procedural fairness:

décisions accordant la permission d’en appeler. Il a cité les affaires *Canada (Procureur général) c. Hines*, 2016 CF 112 et *Canada (Procureur général) c. Hoffman*, 2015 CF 1348. Bien que, dans chacune, il s’agisse en effet du contrôle judiciaire d’une décision accordant la permission d’en appeler, ni l’une ni l’autre n’est utile, car la Cour n’était pas saisie de la question de savoir si l’affaire était prématurée.

[54] La décision *Layden c. Canada (Ressources humaines et Développement social)*, 2008 CF 619 (*Layden*), de la juge Mactavish, maintenant juge de la Cour d’appel fédérale, est plus pertinente. M<sup>me</sup> Layden a sollicité le contrôle judiciaire de la décision par laquelle un membre de la Commission d’appel des pensions avait donné au ministre l’autorisation de faire appel d’une décision du tribunal de révision lui accordant une pension d’invalidité en vertu du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8). Bien que la décision ne s’appuie pas sur les mêmes dispositions législatives que celles qui s’appliquent en l’espèce, elle éclaire la façon dont la Cour devrait traiter des demandes de contrôle de décisions accordant la permission d’en appeler d’une décision administrative.

[55] La question de la prématurité n’a pas été soulevée par les parties, mais elle l’a été par la juge Mactavish, qui s’est demandée si la Cour devait intervenir « étant donné que tous les arguments de fond avancés par la demanderesse concernant la pertinence de la décision du tribunal de révision pouvaient être soumis à l’appréciation de la Commission d’appel des pensions » [au paragraphe 20]. Le seul précédent portant sur un contrôle judiciaire d’une décision accordant la permission d’en appeler d’une décision du tribunal de révision était la décision du juge Lemieux dans l’affaire *Mrak c. Canada (Ressources humaines et du Développement des compétences)*, 2007 CF 672, [2007] A.C.F. n° 909 (QL).

[56] Le juge Lemieux a rappelé la règle générale que j’ai mentionnée plus haut, selon laquelle une décision administrative interlocutoire ne devrait pas faire l’objet d’un contrôle judiciaire immédiat, à moins que des circonstances exceptionnelles le justifient. La juge Mactavish, aux paragraphes 25 et 26, a conclu que des circonstances particulières se présentaient dans l’affaire dont elle était saisie concernant des questions d’équité procédurale :

In this case ... Ms. Layden's concern with respect to the fairness of the leave process is not a matter that would be dealt with by the Pension Appeals Board, whose mandate, once leave is granted, is to conduct a *de novo* hearing into the merits of her claim for a disability pension, not to revisit the leave process. The case also raises concerns with respect to the integrity of the leave process that may not otherwise be addressed.

I am therefore satisfied that special circumstances exist in this case that justify the exercise of the Court's discretion to deal with the application for judicial review, despite the fact that it involves an interlocutory decision.

[57] I note that this decision would be unlikely to issue today. In *Herbert*, at paragraph 11, the Federal Court of Appeal indicated that such circumstances do not justify an early hearing:

Thus, procedural fairness concerns, which are what the applicant is voicing regarding the impugned interlocutory decision, do not meet the high threshold of exceptionality; important legal, jurisdictional or constitutional issues do not either.

[58] In any event, I am of the view that where the decision before this Court is not the final decision of the administrative tribunal on the merits, the approach taken by Justice Mactavish is that which the Court ought to take. The Court should only intervene in such a decision in exceptional circumstances and where there would be no opportunity for concerns with the decision to be addressed. This is the approach taken in this matter.

[59] The only issue the Attorney General has with the Leave Decision is that the Appeal Division erred in granting leave for a reason that was not within the grounds set out in section 58 of the DESDA. Whether there was an error in the General Division Decision falling within section 58 is an issue the Attorney General may raise on the appeal on the merits. That view of the Attorney General can hardly be said to rise to the height of an exceptional circumstance. It will, I suspect, be the position taken on every claimant's appeal.

Dans le cas présent [...], le doute de la demanderesse concernant l'équité de la procédure d'octroi de l'autorisation d'interjeter appel n'est pas un aspect qui serait étudié par la Commission d'appel des pensions, dont le mandat, une fois l'autorisation accordée, consiste à reprendre l'audience sur le fond de la demande de pension d'invalidité, et non à ré-examiner la procédure d'octroi de l'autorisation. Le dossier soulève aussi, s'agissant de l'intégrité de cette procédure, des aspects qui autrement pourraient ne pas être considérés.

Je suis donc d'avis qu'il existe ici des circonstances spéciales qui font que la Cour devrait statuer sur la demande de contrôle judiciaire, bien qu'elle concerne une décision interlocutoire.

[57] Je souligne que ce ne serait probablement pas la décision rendue aujourd'hui. Au paragraphe 11 de l'arrêt *Herbert*, la Cour d'appel fédérale a indiqué que de telles circonstances ne justifient pas une audience anticipée :

[TRADUCTION]

En conséquence, les réserves en matière d'équité procédurale, que le demandeur soulève à l'égard de la décision interlocutoire contestée, ne satisfont pas au critère élevé du caractère exceptionnel; il en va de même de celles concernant l'existence d'importantes questions juridiques ou constitutionnelles ou questions de compétence.

[58] En tout état de cause, je suis d'avis que, lorsque la décision dont elle est saisie n'est pas la décision définitive que le tribunal administratif a rendue sur le fond, la Cour devrait suivre la démarche de la juge Mactavish. Elle ne devrait intervenir à l'égard d'une telle décision que dans des circonstances exceptionnelles et lorsque rien ne pourrait donner lieu à des réserves qui devront être traitées. Telle est la démarche adoptée en l'espèce.

[59] Le seul reproche du procureur général à l'égard de la décision accordant la permission d'en appeler est que la division d'appel a commis une erreur en accordant la permission d'en appeler pour un motif autre que les moyens d'appel énoncés à l'article 58 de la LMEDS. La question de savoir si la décision de la division générale comporte une erreur au regard de l'article 58, le procureur général pourrait la soulever dans le cadre de l'appel sur le fond. On peut difficilement considérer que la position du procureur général est une circonstance exceptionnelle. Ce serait, je le crains, la position du requérant dans n'importe quel appel.

[60] For these reasons, the application for judicial review is premature and will be dismissed.

*Is the Leave Decision Reasonable?*

[61] Even if the application were not premature, in my view, the Leave Decision was reasonable.

[62] As set out above, the parties disagree as to what arguable case that the Appeal Division found. The applicant submits that the Appeal Division found that there was an arguable case that the evidence was improperly weighed, which is not a ground of appeal. The respondent submits that the arguable case was that the General Division made an improper credibility finding and therefore did not have regard for the material before it.

[63] I agree with the respondent that the Appeal Division did not find that the arguable case was that the evidence was improperly weighed. The Appeal Division's finding was that there was an arguable case that the General Division had made a flawed credibility assessment.

[64] While being mindful that an appeal to the Appeal Division operates on different principles than a judicial review at this Court, I believe that the treatment of credibility assessments by this Court is informative. Paragraph 18.1(4)(d) of the *Federal Courts Act* provides that this Court may grant relief if a decision is based on "an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it", the same standard for factual errors as that found in paragraph 58(1)(c) of the DESDA.

[65] Like the Appeal Division, on judicial review this Court is not entitled to reweigh evidence. However, this Court can quash a decision due to a flawed credibility assessment. In doing so, this Court is not reweighing the evidence; it is finding that the credibility finding was

[60] Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est prématurée et elle sera rejetée.

*La décision accordant la permission d'en appeler est-elle raisonnable?*

[61] Même si la demande n'était pas prématurée, la décision accordant la permission d'en appeler est, à mon avis, raisonnable.

[62] Comme je l'ai indiqué plus haut, la division d'appel a conclu qu'il existait une cause défendable, mais les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir quelle est cette cause. Le demandeur soutient que la division d'appel a conclu qu'il existait une cause défendable selon laquelle l'appréciation de la preuve était inappropriée, ce qui n'est pas un moyen d'appel. La défenderesse soutient que la cause défendable était que la division générale avait tiré une conclusion inappropriée en matière de crédibilité et qu'elle n'avait donc pas tenu compte des documents dont elle disposait.

[63] Je conviens avec la défenderesse que la division d'appel n'a pas conclu que la cause défendable était que l'appréciation de la preuve était inappropriée. Sa conclusion était qu'il existait une cause défendable selon laquelle l'appréciation de la crédibilité qu'avait effectuée la division générale était viciée.

[64] Tout en étant conscient qu'un appel à la division d'appel fonctionne sur principes différents de ceux d'un contrôle judiciaire de la Cour, je crois que la façon dont la Cour traite les appréciations de la crédibilité donne un éclairage intéressant. L'alinéa 18.1(4)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour peut accorder une réparation si une décision est fondée sur « une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose », soit la même norme en ce qui a trait aux erreurs de fait qu'à l'alinéa 58(1)c) de la LMEDS.

[65] À l'instar de la division d'appel, la Cour, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, n'a pas le droit d'apprécier de nouveau la preuve. Toutefois, elle peut annuler une décision au motif que l'appréciation de la crédibilité était viciée. Ce faisant, la Cour n'apprécie pas de

unreasonable, and thus it was unreasonable to give the evidence in question no weight.

[66] This is exactly what the Appeal Division did in this case. It found that the General Division appeared to have made an adverse credibility finding against the respondent. This is reasonable, as in my view the General Division Decision does heavily imply that the respondent attempted to deceive the General Division.

[67] The Appeal Division then found that there was an arguable case that this credibility finding was not properly made. While this necessarily would result in a finding that the respondent's testimony was improperly given no weight, it is not a true reweighing of the evidence. The Appeal Division did not simply feel that had it been making the decision it would have weighed things differently. It found that there was an arguable case that the approach taken in assessing the evidence and assigning weight was fundamentally flawed.

*Should the Court Order an Equitable Remedy?*

[68] Even if this Court were to find that the Leave Decision is unreasonable, on the facts here, I would not have awarded any equitable remedy as is sought.

[69] The usual order is to set aside the unreasonable decision and to send it back to be decided by a different decision maker. However, that order would have the effect of nullifying the Appeal Decision and reversing the payments of the disability pension the respondent has received.

[70] The Attorney General has not directly attacked the Appeal Decision, as he has not applied to the Federal Court of Appeal for judicial review. In my view, in seeking to set the Leave Decision aside, the Attorney General

nouveau la preuve; elle juge que la conclusion en matière de crédibilité est déraisonnable, et qu'il était donc également déraisonnable de n'attribuer aucun poids à la preuve en question.

[66] C'est exactement ce qu'a fait la division d'appel. Elle a conclu que la division générale semblait avoir tiré une conclusion défavorable en matière de crédibilité à l'encontre de la défenderesse. Il était raisonnable de le conclure, car, à mon avis, la division générale suggère fortement dans sa décision que la défenderesse avait tenté de la tromper.

[67] La division d'appel a ensuite conclu qu'il existait une cause défendable selon laquelle cette conclusion en matière de crédibilité n'avait pas été tirée de façon appropriée. Bien que s'ensuive nécessairement la conclusion qu'il était inapproprié de n'attribuer aucun poids au témoignage de la défenderesse, il ne s'agit pas réellement d'une nouvelle appréciation de la preuve. La division d'appel n'a pas simplement estimé que, si elle avait eu à rendre la décision, son appréciation aurait été différente. Elle a conclu qu'il existait une cause défendable selon laquelle la démarche adoptée pour apprécier la preuve et lui attribuer un poids était fondamentalement viciée.

*La Cour devrait-elle ordonner une réparation en equity?*

[68] Même si la Cour jugeait la décision accordant la permission d'en appeler déraisonnable, compte tenu des faits en l'espèce, je n'accorderais aucune réparation en equity.

[69] L'ordonnance habituelle consiste à annuler la décision déraisonnable et à renvoyer l'affaire pour qu'un décideur différent rende une nouvelle décision. Toutefois, une telle ordonnance aurait pour effet d'annuler la décision d'appel et le versement des prestations de pension d'invalidité de la défenderesse.

[70] Le procureur général n'a pas contesté la décision d'appel directement, puisqu'il n'a pas déposé de demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour d'appel fédérale. À mon avis, en tentant de faire annuler la

is seeking to do indirectly what he chose not to do directly. While I would not ascribe any *mala fides* to him, that conduct does not sit well with a court of equity, such as the Federal Court.

[71] While the Attorney General did not seek his costs of this application, Ms. Gregorio did. She seeks her costs on a “full indemnity” basis, being \$17,700.

[72] She notes in support of this request that the Appeal Division granted her the benefits sought, which “obviously addresses whether there was an ‘arguable case’ to support the decision to grant leave, making the entire judicial review of the leave decision effectively moot, wasting not only valuable Federal Court resources but also the Respondent’s who can ill afford the extra legal fees involved in a proceeding such as this.”

[73] She further points to the fact that the “Minister inexplicably failed to bring an application for the court to review the [Appeal Division’s] merits decision” and to the extensive materials filed on this application.

[74] The Court appreciates that the respondent may have financial challenges in meeting the full costs of this litigation. The Court also appreciates that it would have been better for all had the applicant considered its position in bringing or maintaining this application after it received the decision of the Appeal Division on the merits.

[75] Nevertheless, it is a rare situation that this Court finds that costs are warranted on the scale sought by the respondent. This is not such a case.

[76] In exercising my discretion and considering all of the relevant facts, including that this application was set down for three hours, the applicant’s record was in

décision accordant la permission d’en appeler, il cherche à faire indirectement ce qu’il a choisi de ne pas faire directement. Je ne lui imputerais aucunement de la mauvaise foi; toutefois, la Cour fédérale, à titre de tribunal d’équité, ne peut que voir d’un mauvais œil l’adoption d’une telle conduite dans ses instances.

[71] Le procureur général n’a pas sollicité les dépens de la présente demande, mais M<sup>me</sup> Gregorio si. Elle demande les dépens sur la base d’une [TRADUCTION] « indemnisation complète », soit 17 700 \$.

[72] Elle souligne, à l’appui de cette demande, que la division d’appel lui a accordé les prestations sollicitées, ce qui [TRADUCTION] « répond manifestement à la question de savoir s’il existait une “cause défendable” à l’appui de la décision accordant la permission d’en appeler, de sorte que l’intégralité du contrôle judiciaire de la décision à l’égard de la demande de permission est sans objet, et que sont gaspillées non seulement les précieuses ressources de la Cour fédérale, mais aussi celles de la défenderesse, qui peut difficilement payer les frais juridiques supplémentaires inhérents à une procédure comme celle-ci ».

[73] En outre, elle fait remarquer que [TRADUCTION] « le ministre, pour des raisons inconnues, n’a pas demandé à la cour de contrôler la décision [de la division d’appel] sur le fond », et que la documentation déposée dans le cadre de la présente demande était abondante.

[74] La Cour est consciente que la défenderesse pourrait avoir de la difficulté à s’acquitter entièrement des frais que lui occasionne ce litige. La Cour est également consciente qu’il aurait été à l’avantage de tous que le demandeur examine sa position en ce qui a trait au dépôt ou au maintien de la présente demande après qu’il eut reçu la décision de la division d’appel sur le fond.

[75] Néanmoins, il est rare que la Cour juge que la somme réclamée par la partie défenderesse au titre des dépens est justifiée, et tel n’est pas le cas en l’espèce.

[76] Dans l’exercice de mon pouvoir discrétionnaire et compte tenu de tous les faits pertinents, y compris que trois heures avaient été prévues pour l’instruction de la



excess of 650 pages, and the respondent was fully successful, I will award the respondent her costs fixed at \$7,500.

JUDGMENT in T-826-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application is dismissed, with costs to the respondent fixed at \$7,500.

demande, que le dossier du demandeur comportait plus de 650 pages et que la défenderesse a eu entièrement gain de cause, j'adjugerai à cette dernière la somme de 7 500 \$ au titre des dépens.

JUGEMENT dans le dossier T-826-21

LA COUR STATUE que la présente demande est rejetée et que la somme de 7 500 \$ est adjugée à la défenderesse au titre des dépens.

T-1080-17  
2022 FC 575

T-1080-17  
2022 CF 575

**Yves Duval** (*Plaintiff*)

**Yves Duval** (*demandeur*)

v.

c.

**The Ship Seapace and the Owners and All Others Interested in the Ship Seapace and Courtesy Shipping Inc. and Thenamaris Ship Management Inc.** (*Defendants*)

**Le navire Seapace et les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un intérêt dans le navire Seapace et Courtesy Shipping Inc. et Thenamaris Ship Management Inc.** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: DUVAL v. SEAPACE (SHIP)**

**RÉPERTORIÉ : DUVAL c. SEAPACE (NAVIRE)**

Federal Court, Rochester J.—By videoconference, April 6; Ottawa, April 21, 2022.

Cour fédérale, juge Rochester—Par vidéoconférence, 6 avril; Ottawa, 21 avril 2022.

*Maritime Law — Practice — Motion, by defendants, for summary judgment pursuant to Federal Courts Rules, rr. 213–215 with respect to plaintiff’s action for personal injury caused by ship — Plaintiff is stevedore — His claim stemmed from injuries suffered due to shipping accident involving defendants’ vessel, Seapace (Vessel), at Port of Bécancour in August 2014 — As result of his injuries, plaintiff on medical leave but then progressively returned to work — Plaintiff receiving workers’ compensation from Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — In present action, he sought compensation for alleged losses in excess of amounts of compensation he received from CNESST — Plaintiff invoking Federal Court’s maritime law jurisdiction — Opposing defendant’s motion, submitting in particular that common law theories of issue estoppel, abuse of process not applicable in present case on basis of Supreme Court’s judgment in Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc. (Wärtsilä) — Pleaded that civil law concept of chose jugée (res judicata) as codified in art. 2848 of Civil Code of Quebec applying by virtue of Supreme Court’s decision in Wärtsilä; that, neither criteria of art. 2848 of Civil Code nor common law principles met in this case — Component of claim at issue in present motion was plaintiff’s claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards — Defendants pleaded that CNESST Review Decision was final, binding decision on issue of lost revenue, diminished future earning potential after July 5, 2017; that plaintiff estopped from re-litigating this issue (issue estoppel); alternatively, that re-litigating this issue in light of CNESST Review Decision was abuse of process — What was applicable law in present case?; should motion for summary judgment be granted? — Plaintiff’s claim was based on Canadian maritime law — Parties disagreed as to law applicable to issue of impact, if any, of CNESST Review Decision on claim for lost revenue from July 5, 2017 onwards — Plaintiff submitted that*

*Droit maritime — Pratique — Requête des défendeurs visant l’obtention d’un jugement sommaire en vertu des règles 213 à 215 des Règles des Cours fédérales à l’égard de l’action du demandeur pour blessures corporelles causées par un navire — Le demandeur est docker — Sa demande découlait des blessures subies à la suite d’un accident maritime impliquant le navire des défendeurs, le Seapace (le navire), au port de Bécancour en août 2014 — En raison de ses blessures, le demandeur a été en congé de maladie, après quoi il est progressivement retourné au travail — Le demandeur a reçu des indemnités d’accident du travail de la Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — Dans la présente action, le demandeur a demandé une indemnisation pour les pertes alléguées en sus des montants d’indemnisation qu’il a reçus de la CNESST — Le demandeur a invoqué la compétence en droit maritime de la Cour fédérale — Il s’est opposé à la requête des défendeurs au motif que la doctrine de common law de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et celle de l’abus de procédure n’étaient pas applicables en l’espèce compte tenu de l’arrêt Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc. (Wärtsilä) de la Cour suprême — Il a soutenu que le concept de droit civil de la chose jugée, codifié à l’article 2848 du Code civil du Québec, s’appliquait en vertu de l’arrêt de la Cour suprême dans l’affaire Wärtsilä et que ni les critères de l’article 2848 du Code civil ni les principes de common law n’avaient été respectés en l’espèce — L’élément qui était en cause dans la présente requête était la demande du demandeur pour la perte de revenus à partir du 5 juillet 2017 — Les défendeurs ont fait valoir que la décision de révision de la CNESST était définitive et exécutoire sur la question de la perte de revenus et de la diminution de la capacité de gain future à partir du 5 juillet 2017; que le demandeur était empêché par une fin de non-recevoir de demander le réexamen de cette question*

following *Wärtsilä*, in absence of enacted federal law or regulation that regulates aspect of claim under Canadian maritime law, provisions of Civil Code or any other provincial legislation would apply — Landscape of constitutional analysis in terms of Canadian maritime law may have shifted somewhat following *Wärtsilä* but not to extent that plaintiff claimed — Canadian maritime law is broad, comprehensive body of federal law — In present matter, not only did issues of maritime negligence fall within core of navigation, shipping but plaintiff, defendants had no such contractual relationship that would have opened door to possibility of another body of law being applicable — Although much of Canadian maritime law is non-statutory law, it cannot be said that maritime matters now to be governed by provincial statutory law — Therefore, Supreme Court's decision in *Wärtsilä* not having effect of making *res judicata*, abuse of process, as codified in Civil Code, Code of Civil Procedure, applicable to component of plaintiff's maritime negligence claim at issue in present motion — Applicable law was that of issue estoppel, abuse of process — Motion for summary judgment should not be granted here — Compensation provided by CNEST impacted plaintiff's action against defendants, was factor that had to be taken into account — Component of claim at issue in present motion not so clearly without foundation that it did not deserve consideration by trier of fact at trial — Rules, r. 214 requiring that responding party, plaintiff, set out specific facts, adduce evidence showing there is genuine issue for trial — Plaintiff's position not so devoid of merit that it did not deserve consideration at trial — Defendants not meeting their burden of demonstrating that there was no genuine issue for trial within meaning of Rules, r. 215(1) with respect to plaintiff's claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards — Accordingly, whether plaintiff suffered loss of income, decreased earning potential as result of defendant's alleged negligence after July 4, 2017, was issue that would move on to trial — Motion dismissed.

(préclusion découlant d'une question déjà tranchée); subsidiairement, que le réexamen de la question, compte tenu de la décision de révision de la CNEST, constituait un abus de procédure — Quel était le droit applicable en l'espèce? La requête en jugement sommaire devait-elle être accueillie? — La demande du demandeur était fondée sur le droit maritime canadien — Les parties étaient en désaccord quant au droit applicable à la question de l'incidence, le cas échéant, de la décision de révision de la CNEST concernant la demande pour perte de revenus à partir du 5 juillet 2017 — Le demandeur a soutenu que selon l'arrêt *Wärtsilä*, en l'absence d'une loi ou d'un règlement fédéral en vigueur qui réglerait l'aspect de la demande fondée sur le droit maritime canadien, ce sont les dispositions du Code civil ou de toute autre loi provinciale qui s'appliqueraient — Le paysage de l'analyse constitutionnelle en ce qui concerne le droit maritime canadien a peut-être quelque peu changé à la suite de l'arrêt *Wärtsilä*, mais pas dans la mesure où le demandeur le prétendait — Le droit maritime canadien est un ensemble vaste et complet de règles de droit fédérales — En l'espèce, non seulement s'agissait-il de questions de négligence en matière maritime qui touchaient au contenu essentiel du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, mais le demandeur et les défendeurs n'avaient pas de relation contractuelle qui aurait ouvert la porte à la possibilité qu'un autre corps de règles soit applicable — Bien qu'une grande partie du droit maritime canadien soit non statutaire, on ne pouvait pas dire que les questions maritimes devaient maintenant être régies par le droit statutaire provincial — Par conséquent, la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Wärtsilä* n'a pas pour effet de rendre les doctrines de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure, codifiées dans le Code civil et le Code de procédure civile, applicables à l'élément de la demande du demandeur pour négligence en matière maritime, qui est en cause dans la présente requête — Les règles de droit applicables trouvent leurs origines dans le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et dans celui de l'abus de procédure — La requête en jugement sommaire ne devait pas être accueillie en l'espèce — L'indemnisation accordée par la CNEST avait eu une incidence sur l'action du demandeur contre les défendeurs et était un facteur dont il fallait tenir compte — L'élément de la demande en cause dans la présente requête n'était pas si manifestement sans fondement ou son succès tellement douteux qu'il ne méritait pas d'être examiné par le juge des faits lors du procès — La règle 214 exige que la partie qui répond à une requête, en l'occurrence le demandeur, expose des faits précis et produise des éléments de preuve démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse — La position du demandeur n'était pas dénuée de fondement au point de ne pas mériter d'être examinée lors du procès — Les défendeurs n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau de démontrer l'absence de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 215(1) des Règles en ce qui concerne la demande du demandeur pour la perte de revenus subie à partir

*Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Motion, by defendants, for summary judgment pursuant to Federal Courts Rules, rr. 213–215 with respect to plaintiff’s action for personal injury caused by ship — Plaintiff’s claim stemming from injuries suffered due to shipping accident involving defendant’s vessel, Seapace (Vessel), at Port of Bécancour — As result of his injuries, plaintiff on medical leave but eventually returning to work — Plaintiff receiving workers’ compensation from Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — In present action, plaintiff sought compensation for alleged losses in excess of amounts of compensation he received from CNESST — What was test for motion for summary judgment?; was motion for summary judgment appropriate herein? — Purpose of summary judgment to allow Court to summarily dispose with cases that should not proceed to trial because there is no genuine issue for trial; thereby conserving judicial resources, improving access to justice — Rules, r. 215(1) providing that Court shall grant summary judgment where Court is satisfied that “there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence” — Test on motion for summary judgment is not whether party cannot succeed at trial but rather whether case is clearly without foundation — Onus is on party seeking summary judgment to establish absence of genuine issue for trial — In present case, timing of motion not inappropriate — No doubt that timing of defendants’ motion for summary judgment was in conformity with Rules, r. 213, which provides that such motion may be brought at any time after defence has been filed but before time, place for trial have been fixed — While defendants not succeeding in their motion, it did not follow that motion was inappropriate — Also, no indication on record that motion was used inappropriately to cause delay or disproportionately increase costs — Motion also not abuse of process.*

This was a motion, brought by the defendants, for summary judgment pursuant to rules 213 to 215 of the *Federal Courts Rules* with respect to the plaintiff’s action for personal injury caused by a ship. The plaintiff is a stevedore. His claim

*du 5 juillet 2017 — Par conséquent, la question de savoir si le demandeur avait subi une perte de revenu et une diminution de sa capacité de gain après le 4 juillet 2017 en raison de la négligence alléguée des défendeurs devait être examinée au procès — Requête rejetée.*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Requête des défendeurs visant l’obtention d’un jugement sommaire en vertu des règles 213 à 215 des Règles des Cours fédérales à l’égard de l’action du demandeur pour blessures corporelles causées par un navire — La demande du demandeur découlait des blessures subies à la suite d’un accident maritime impliquant le navire des défendeurs, le Seapace (le navire), au port de Bécancour — En raison de ses blessures, le demandeur a été en congé de maladie, après quoi il est retourné au travail — Le demandeur a reçu des indemnités d’accident du travail de la Commission des normes, de l’équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST) — Dans la présente action, il a demandé une indemnisation pour les pertes alléguées en sus des montants d’indemnisation qu’il a reçus de la CNESST — Quel était le critère applicable en matière de requête en jugement sommaire? La requête en jugement sommaire était-elle appropriée en l’espèce? — Le jugement sommaire a pour objet de permettre à la Cour de disposer sommairement d’affaires qui ne devraient pas se rendre à procès en raison du fait qu’elles ne soulèvent aucune véritable question litigieuse, et d’épargner ainsi les ressources judiciaires et améliorer l’accès à la justice — Le paragraphe 215(1) des Règles exige que la Cour rende un jugement sommaire si elle est convaincue qu’il « n’existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense » — Le critère à appliquer pour une requête en jugement sommaire ne consiste pas à savoir si une partie a des chances d’obtenir gain de cause au procès, mais plutôt à déterminer « si l’affaire est clairement sans fondement » — Il incombe à la partie requérante de démontrer qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse — En l’espèce, le moment choisi pour présenter la requête n’était pas inapproprié — Il ne faisait aucun doute que le moment choisi par les défendeurs pour présenter leur requête en jugement sommaire était conforme à la règle 213, qui prévoit qu’une telle requête peut être présentée à tout moment après le dépôt de la défense, et avant que les heures, date et lieu de l’instruction soient fixés — Les défendeurs n’ont pas obtenu gain de cause, ce qui ne signifiait pas nécessairement que la requête était inappropriée — En outre, rien dans le dossier n’indiquait que la requête avait été déposée de manière inappropriée pour augmenter de façon démesurée la durée et le coût des instances — La requête ne constituait pas non plus un abus de procédure.*

Il s’agissait d’une requête déposée par les défendeurs en vue d’obtenir un jugement sommaire, en vertu des règles 213 à 215 des *Règles des Cours fédérales*, à l’égard de l’action du demandeur pour blessures corporelles causées par

stemmed from injuries suffered due to an accident that took place during the discharge operations of the defendant vessel, *Seapace*, at the Port of Bécancour on August 13, 2014. As a result of his injuries, the plaintiff was on medical leave, following which he progressively returned to work. The plaintiff received workers' compensation from the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST). In the present action, he sought compensation for alleged losses in excess of the amounts of compensation he received from the CNESST. The plaintiff invoked the maritime law jurisdiction of the Federal Court. His claim was based on Canadian maritime law and, in particular, maritime negligence law. It is an action for personal injury caused by a ship. The defendants are the Vessel, her registered owners, and her managers. The defendants moved on the basis that: (1) the plaintiff was estopped from claiming a loss of revenue and future earning potential after the date upon which the CNESST declared that the plaintiff was no longer entitled to receive a salary replacement benefit and had regained his full earning capacity; and (2) the plaintiff's attempt to re-litigate an issue that was determined by the CNESST was an abuse of process. The plaintiff opposed the motion and submitted that (1) the common law theories of issue estoppel and abuse of process were not applicable in the present case on the basis of the Supreme Court's judgment in *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc. (Wärtsilä)*; rather, that the civil law concept of *chose jugée (res judicata)* as codified in article 2848 of the Civil Code applied by virtue of the Supreme Court's decision in *Wärtsilä*; and that, in any event, neither the criteria of article 2848 of the Civil Code nor the common law principles were met in this case; (2) the decision of the CNESST that terminated his salary replacement benefit did not preclude the plaintiff from recovering from the defendants at law; and (3) a motion for summary judgment was not appropriate and certainly not so at this stage of the proceedings.

Prior to the accident, the plaintiff operated numerous types of machinery, including cranes that loaded or discharged vessels at the Port of Bécancour and the Port of Trois-Rivières. The plaintiff suffered a workplace accident onboard the Vessel. Following a period of hospitalization, the plaintiff underwent physical therapy and then progressively returned to work. From August 13, 2014, through February 22, 2016, the plaintiff was not at work, except for a period of time in the summer of 2015. Commencing February 23, 2016, the plaintiff progressively returned to work, increasing the number of days worked per week. On July 4, 2017, the plaintiff returned to work five days per week. Following the accident, the CNESST made several assessments with the plaintiff's employer and determined

un navire. Le demandeur est docker. Sa demande découlait des blessures subies à la suite d'un accident survenu lors des opérations de déchargement du navire défendeur, le *Seapace*, au port de Bécancour le 13 août 2014. En raison de ses blessures, le demandeur a été en congé de maladie, après quoi il est progressivement retourné au travail. Le plaignant a reçu des indemnités d'accident du travail de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST). Dans la présente action, le demandeur demandait une indemnisation pour les pertes alléguées en sus des montants d'indemnisation qu'il avait reçus de la CNESST. Le demandeur a invoqué la compétence en droit maritime de la Cour. Sa demande était fondée sur le droit maritime canadien, et en particulier sur les règles de droit maritime relatives à la négligence. Il s'agit en l'espèce d'une action relative aux blessures corporelles causées par un navire. Les défendeurs sont le navire, ses propriétaires inscrits et ses gestionnaires. Les défendeurs ont déposé une requête au motif que : 1) le demandeur est empêché de présenter une demande pour perte de revenu et de la capacité de gain futur après la date à laquelle la CNESST avait déclaré que le demandeur n'avait plus droit à une indemnité de remplacement du salaire et qu'il avait retrouvé sa pleine capacité de gain; et 2) la tentative du demandeur de demander le réexamen d'une question déjà tranchée par la CNESST était un abus de procédure. Le demandeur s'est opposé à la requête et a soutenu que : 1) la doctrine de common law de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et celle de l'abus de procédure n'étaient pas applicables en l'espèce compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc. (Wärtsilä)*; c'était plutôt le concept de droit civil de la chose jugée (*res judicata*), codifié à l'article 2848 du Code civil, qui s'appliquait en vertu de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Wärtsilä*; et que, de toute façon, ni les critères de l'article 2848 du Code civil ni les principes de common law n'avaient été respectés en l'espèce; 2) la décision de la CNESST ayant mis fin à son indemnité de remplacement du revenu n'empêchait pas le demandeur de recouvrer des défendeurs en droit; et 3) une requête en jugement sommaire n'était pas appropriée, et certainement pas à ce stade de la procédure.

Avant l'accident, le demandeur utilisait dans son rôle de docker plusieurs types de machines, dont des grues qui chargeaient ou déchargeaient des navires au port de Bécancour et au port de Trois-Rivières. Le demandeur a subi un accident de travail alors qu'il se trouvait à bord du navire. Après une période d'hospitalisation, le demandeur a suivi un traitement de physiothérapie et est ensuite retourné progressivement au travail. Du 13 août 2014 au 22 février 2016, le demandeur s'est absenté du travail, sauf pendant une période au cours de l'été 2015. À partir du 23 février 2016, le demandeur est retourné progressivement au travail, en augmentant le nombre de jours travaillés par semaine. Le 4 juillet 2017, le demandeur est retourné au travail cinq jours par semaine. À la suite

that the plaintiff could work in different shipping positions. The plaintiff currently works as an operator of a payloader. On March 28, 2017, the CNESST determined that the plaintiff was entitled to \$30,163.34 as compensation for the permanent disability resulting from his injuries, including pain and suffering. Between the date of the accident and July 4, 2017, the CNESST also provided the plaintiff with compensation for lost income. On July 4, 2017, the date the plaintiff returned to work five days per week, the CNESST determined that the three positions mentioned above were available on a fulltime basis, that the hourly wage was the same as the hourly wage earned by the plaintiff prior to the accident, and thus the plaintiff had the capacity to earn the same salary as prior to the accident. On July 5, 2017, the CNESST issued a decision that the plaintiff was no longer entitled to the salary replacement benefit on the basis that there was a suitable fulltime position available and the plaintiff would earn an equal or greater salary than the one he earned at the time of the accident (CNESST Decision). The plaintiff filed a request for review of the CNESST Decision. The Direction de la révision administrative of the CNESST rendered a decision determining that the plaintiff was not entitled to income replacement on the basis that he had a suitable employment with the same benefits and seniority as prior to the accident (CNESST Review Decision). Afterwards, the plaintiff lodged an appeal with the Tribunal administratif du travail (Tribunal). The appeal was withdrawn prior to the matter being heard because the plaintiff and his employers entered into a transaction (Settlement Agreement) pursuant to articles 2631 *et seq.* of the *Civil Code of Québec* (Civil Code). The Settlement Agreement provided in particular that the CNESST Review Decision was final and binding. The settlement was a complete and final resolution of the dispute between the plaintiff's employers and the plaintiff.

The component of the claim that was at issue in this motion was the plaintiff's claim for loss of revenue from July 5, 2017, onwards. The defendants pleaded that the CNESST Review Decision was a final and binding decision on the issue of lost revenue and diminished future earning potential after July 5, 2017.

At issue was the test for a motion for summary judgment; the applicable law in this case; whether the motion for summary judgment should be granted; and whether the motion for summary judgment was appropriate.

*Held*, the motion should be dismissed.

de l'accident, la CNESST a mené plusieurs évaluations en collaboration avec l'employeur du demandeur et a déterminé que le demandeur pouvait occuper divers postes liés au transport des marchandises. Actuellement, le plaignant travaille comme conducteur d'une chargeuse sur pneumatiques. Le 28 mars 2017, la CNESST a déterminé que le demandeur avait droit à 30 163,34 \$ à titre d'indemnisation pour l'invalidité permanente résultant de ses blessures, y compris pour la douleur et la souffrance. La CNESST a également versé au demandeur une indemnité pour perte de revenus entre la date de l'accident et le 4 juillet 2017. Le 4 juillet 2017, date à laquelle le demandeur est retourné au travail cinq jours par semaine, la CNESST a déterminé que le demandeur pouvait occuper à temps plein l'un des trois postes mentionnés plus haut, que le salaire horaire était le même que celui que le demandeur gagnait avant l'accident, et que ce dernier avait donc la capacité de toucher la même rémunération qu'avant l'accident. Le 5 juillet 2017, la CNESST a rendu une décision selon laquelle le demandeur n'avait plus droit à l'indemnité de remplacement du revenu au motif qu'un poste convenable à temps plein était disponible et que le demandeur gagnerait un salaire égal ou supérieur à celui qu'il gagnait au moment de l'accident (la décision de la CNESST). Le demandeur a déposé une demande de révision de la décision de la CNESST. La Direction de la révision administrative de la CNESST a rendu une décision selon laquelle le demandeur n'avait pas droit au remplacement du revenu au motif qu'il avait un emploi convenable, avec les mêmes avantages et la même ancienneté qu'avant l'accident (la décision de révision de la CNESST). Par la suite, le demandeur a interjeté appel auprès du Tribunal administratif du travail (le Tribunal). L'appel a été retiré avant que l'affaire ne soit entendue, car le demandeur et ses employeurs ont conclu une transaction (l'entente de règlement) conformément aux articles 2631 et suivants du *Code civil du Québec* (le Code civil). L'entente de règlement prévoyait en particulier que la décision de révision de la CNESST était définitive et exécutoire. Le règlement constituait une résolution complète et définitive du différend entre le demandeur et ses employeurs.

L'élément de la demande qui était en cause dans la présente requête était la demande du demandeur pour la perte de revenus à partir du 5 juillet 2017. Le défendeur a fait valoir que la décision de révision de la CNESST était définitive et exécutoire sur la question de la perte de revenus et de la diminution de la capacité de gain future à partir du 5 juillet 2017.

Les questions en litige étaient celles de savoir quel était le critère applicable en matière de requête en jugement sommaire; quel était le droit applicable en l'espèce; si la requête en jugement sommaire devait être accueillie; et si la requête en jugement sommaire était appropriée.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

The purpose of summary judgment is to allow the Court to summarily dispense with cases that should not proceed to trial because there is no genuine issue for trial and thus conserving judicial resources and improving access to justice. Summary judgment is a valuable tool for striking sham claims and defences; however, it is not intended to deprive a litigant of the right to a trial unless there is a clear demonstration that there is indeed no genuine issue material to the claim or defence that the trial judge must resolve. Subsection 215(1) of the Rules provides that the Court shall grant summary judgment where the Court is satisfied that “there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence”. The test on a motion for summary judgment is not whether a party cannot succeed at trial but rather whether the case is clearly without foundation. The foregoing test obviously translates into a heavy burden on the moving party. The onus is on the party seeking summary judgment to establish the absence of a genuine issue for trial.

The plaintiff’s claim was based on Canadian maritime law. The parties disagreed, however, as to the law applicable to the issue of the impact, if any, of the CNESST Review Decision on the claim for lost revenue from July 5, 2017 onwards. The plaintiff submitted that following the decision of *Wärtsilä*, in the absence of an enacted federal law or regulation that regulates an aspect of a claim under Canadian maritime law, the provisions of the Civil Code or any other provincial legislation will apply. Given that the accident took place in the province of Quebec and the plaintiff obtained worker’s compensation from the CNESST, the plaintiff submitted that the principles as codified in the Civil Code and the *Code of Civil Procedure* applied to the issue of the impact, if any, of the CNESST Review Decision on the portion of the claim seeking lost revenue from July 5, 2017 onwards. This was so, in the plaintiff’s submission, even though the claim for lost revenue was based on the tort of maritime negligence. The defendants took issue with the plaintiff’s interpretation of *Wärtsilä*. The landscape of constitutional analysis in terms of Canadian maritime law may have shifted somewhat following *Wärtsilä* but certainly not to the extent that the plaintiff claimed. The Supreme Court in *Wärtsilä* reaffirmed that “Parliament’s authority over navigation and shipping, and consequently the scope of Canadian maritime law, is broad”. The majority confirmed that Canadian maritime law is a comprehensive body of federal law, uniform throughout Canada, that deals with all claims in respect of maritime and admiralty matters, subject only to the scope of federal power over navigation and shipping under subsection 91(10) of the *Constitution Act*. Canadian maritime law is a broad and comprehensive body of federal law. It is the progeny of English maritime law. While that is the case, to simply equate it to common law would not be accurate. The body of law that is Canadian maritime law is derived from a long

Le jugement sommaire a pour objet de permettre à la Cour de disposer sommairement d’affaires qui ne devraient pas se rendre à procès en raison du fait qu’elles ne soulèvent aucune véritable question litigieuse, et d’épargner ainsi les ressources judiciaires et améliorer l’accès à la justice. Le jugement sommaire, qui est un outil utile pour éliminer les demandes et les défenses fallacieuses, ne devrait toutefois pas priver une partie de son droit à un procès, à moins qu’il ne soit clairement démontré qu’il n’existe aucune véritable question litigieuse, par rapport à la demande ou à la défense, que le juge doit trancher. Le paragraphe 215(1) des Règles exige que la Cour rende un jugement sommaire si elle est convaincue qu’il « n’existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense ». Le critère à appliquer pour une requête en jugement sommaire ne consiste pas à savoir si une partie a des chances d’obtenir gain de cause au procès, mais plutôt de déterminer si l’affaire est clairement sans fondement. Manifestement, il ressort du critère qui précède qu’il incombe au requérant un lourd fardeau. Il incombe à la partie requérante de démontrer qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse.

La demande du demandeur était fondée sur le droit maritime canadien. Les parties étaient toutefois en désaccord quant au droit applicable à la question de l’incidence, le cas échéant, de la décision de révision de la CNESST concernant la demande pour perte de revenus à partir du 5 juillet 2017. Le demandeur a soutenu que selon l’arrêt *Wärtsilä*, en l’absence d’une loi ou d’un règlement fédéral en vigueur qui régleme un aspect d’une décision en vertu du droit maritime canadien, c’étaient les dispositions du Code civil ou de toute autre loi provinciale qui s’appliquaient. Étant donné que l’accident avait eu lieu dans la province de Québec et que le demandeur avait obtenu une indemnisation des travailleurs de la CNESST, le demandeur a fait valoir que les principes codifiés dans le Code civil et le *Code de procédure civile* s’appliquaient à la question de l’incidence, le cas échéant, de la décision de révision de la CNESST sur la partie de la réclamation visant la perte de revenus à partir du 5 juillet 2017. Il en était ainsi, selon le demandeur, même si la demande pour perte de revenus était fondée sur le délit de négligence en droit maritime. Les défendeurs ont contesté l’interprétation qu’a donnée le demandeur de l’arrêt *Wärtsilä*. Le paysage de l’analyse constitutionnelle en ce qui concerne le droit maritime canadien a peut-être quelque peu changé à la suite de l’arrêt *Wärtsilä*, mais certainement pas dans la mesure où le demandeur le prétendait. La Cour suprême a réaffirmé dans l’arrêt *Wärtsilä* que « [l]a compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, et en conséquence la portée du droit maritime canadien, est vaste ». Les juges majoritaires ont confirmé que le droit maritime canadien est un ensemble complet de règles de droit, uniformes partout au Canada, dont l’objet est de régler toutes les demandes en matière maritime et d’amirauté, sous réserve seulement de la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au

international tradition that draws in large part from both the common law and the civil law. The Federal Court can apply foreign law in the exercise of its concurrent jurisdiction over maritime matters and thus by extension provincial law as well. The application of provincial law, where there is a double aspect scenario with Canadian maritime law, does not oust the jurisdiction of the Federal Court. In the present matter, not only did the issues of maritime negligence fall within the core of navigation and shipping, the plaintiff and the defendants had no such contractual relationship that would have opened the door to the possibility of another body of law being applicable. Although much of Canadian maritime law is non-statutory law, it cannot be said that maritime matters such as salvage and charterparties are now to be governed by provincial statutory law. Therefore, the Supreme Court's decision in *Wärtsilä* did not have the effect of making *res judicata* and abuse of process, as codified in the Civil Code and the *Code of Civil Procedure*, applicable to the component of the plaintiff's maritime negligence claim at issue in the present motion. The applicable law was that of issue estoppel and abuse of process. Issue estoppel has been considered and applied by the Court in numerous instances in the context of motions for summary judgment. The doctrine of abuse of process, as pleaded by the defendants, is well established. Judges at common law have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court's process. The Court has broad plenary powers to regulate the proceedings before it and address actual or potential abuses of its process. This doctrine permits the Court to prevent relitigation where the same issue has previously been determined and is also a ground for ordering that a pleading be struck where it is *res judicata*. Finally, the issues raised in the motion did not attract the application of rule 4 of the *Federal Courts Rules* that permits the Court to fill a gap of a procedural nature by adopting the practice of a superior court of the province.

It was common ground between the parties that the compensation provided by the CNESST impacted the plaintiff's action against the defendants. The compensation received from the CNESST was a factor that had to be taken into account. The plaintiff did not dispute that the CNESST Review Decision

paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le droit maritime canadien est un ensemble vaste et complet de lois fédérales. Il est issu du droit maritime anglais. Même s'il en est ainsi, il serait inexact de l'assimiler à la common law. Le corps de règles qui constitue le droit maritime canadien est issu d'une longue tradition internationale qui s'inspire en grande partie de la common law et du droit civil. La Cour fédérale peut appliquer le droit étranger dans l'exercice de sa compétence concurrente en matière maritime, et donc, par extension, le droit provincial également. L'application du droit provincial, lorsqu'il existe une situation factuelle qui présente un double aspect et relève aussi du droit maritime canadien, n'écarte pas la compétence de la Cour fédérale. En l'espèce, non seulement s'agissait-il de questions de négligence en matière maritime qui touchaient au contenu essentiel du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, mais le demandeur et les défendeurs n'avaient pas de relation contractuelle qui aurait ouvert la porte à la possibilité qu'un autre corps de règles soit applicable. Bien qu'une grande partie du droit maritime canadien soit non statutaire, on ne pouvait cependant pas dire que les questions maritimes telles que le sauvetage, l'avarie commune, les chartes-parties devaient maintenant être régies par le droit statutaire provincial. L'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Wärtsilä* n'avait pas pour effet de rendre les doctrines de l'autorité de la chose jugée et de l'abus de procédure, codifiées dans le Code civil et le *Code de procédure civile*, applicables à l'élément de la demande du demandeur pour négligence en matière maritime, qui était en cause dans la présente requête. Les règles de droit applicables trouvent leurs origines dans le principe de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et dans celui de l'abus de procédure. La préclusion découlant d'une question déjà tranchée a été examinée et appliquée par notre Cour à de nombreuses reprises dans le contexte des requêtes en jugement sommaire. La doctrine de l'abus de procédure, invoquée par les défendeurs, est bien établie dans la jurisprudence de la Cour. En common law, les juges disposent, pour empêcher les abus de procédure, d'un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent. La Cour est habile à réguler les instances dont elle est saisie et à remédier aux abus de procédure réels ou potentiels en raison de sa plénitude de compétence. Cette doctrine permet à la Cour d'empêcher le réexamen d'une question lorsque la même question a déjà été tranchée et est également un motif pour ordonner la radiation d'un acte de procédure lorsqu'il y a chose jugée. Enfin, les questions soulevées dans la présente requête ne justifiaient pas l'application de la règle 4 des *Règles des Cours fédérales*, qui permet à la Cour de combler une lacune de nature procédurale par renvoi à la pratique d'une cour supérieure de la province.

Les parties s'entendaient pour dire que l'indemnisation accordée par la CNESST avait une incidence sur l'action du demandeur contre les défendeurs. L'indemnisation reçue de la CNESST était un facteur dont il fallait tenir compte. Le demandeur n'a pas contesté le caractère définitif de la décision



was final. However, he pleaded that for a variety of reasons the decision did not preclude him from claiming lost revenue from July 5, 2017 onwards. The plaintiff submitted that the basis upon which the CNESST performed its analysis was more narrow, did not consider the same factors, and did not encompass what he was now claiming. The component of the claim at issue in the present motion was not so clearly without foundation or so doubtful that it did not deserve consideration by the trier of fact at the trial. Rule 214 requires that the responding party, the plaintiff, set out specific facts and adduce evidence showing there is a genuine issue for trial. The plaintiff's position was not so devoid of merit that it did not deserve consideration at the trial. The defendants did not meet their burden of demonstrating that there was no genuine issue for trial within the meaning of subsection 215(1) of the Rules with respect to the plaintiff's claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards. Accordingly, whether the plaintiff suffered a loss of income and/or a decreased earning potential as a result of the alleged negligence of the defendants after July 4, 2017, was an issue that would move on to trial. As was the question of what impact the CNESST Review Decision had on the plaintiff's claim for loss of income after July 4, 2017 and whether the plaintiff was estopped from claiming such losses. The defendants were not precluded from arguing at trial that the CNESST was correct and no loss of income was suffered or would be suffered after July 4, 2017.

As for the appropriateness of the present motion, the plaintiff submitted that the issue raised in the present motion was not appropriate for summary judgment and objected to the time and expense of such a motion when the trial was set down for November 2022. There was no doubt that the timing of the defendants' motion for summary judgment was in conformity with rule 213 of the Rules, which provides that such a motion may be brought at any time after a defence has been filed but before the time and place for the trial have been fixed. The motion for summary judgment was filed on December 10, 2021. On January 25, 2022, the motion was set down for hearing and the steps leading up to the hearing of the motion were scheduled. On March 25, 2022, the matter was set down for a five-day trial in November 2022. Accordingly, the timing of the motion was not inappropriate. While the defendants did not succeed in their motion, it did not follow or necessarily mean that the motion was inappropriate. Issues such as issue estoppel, cause of action estoppel, *res judicata*, and abuse of process, should they arise, very much lend themselves to a careful consideration of whether a motion for summary judgment or trial would in fact be a proportionate, expeditious and less expensive way to proceed. In the present matter, the defendants' motion for summary judgment was not inappropriate

de révision de la CNESST. Il a toutefois soutenu que, pour diverses raisons, la décision ne l'empêchait pas de présenter une demande pour perte de revenus subie à partir du 5 juillet 2017. Le demandeur a affirmé que l'analyse de la CNESST reposait sur un fondement plus étroit, qu'elle n'avait pas pris en compte les mêmes facteurs et qu'elle n'englobait pas ce que le demandeur réclamait maintenant. L'élément de la demande en cause dans la présente requête n'était pas si manifestement sans fondement ou son succès tellement douteux qu'il ne méritait pas d'être examiné par le juge des faits lors du procès. La règle 214 exige que la partie qui répond à une requête, en l'occurrence le demandeur, expose des faits précis et produise des éléments de preuve démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse. La thèse du demandeur n'était pas dénuée de fondement au point de ne pas mériter d'être examinée lors du procès. Les défendeurs n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau de démontrer l'absence de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 215(1) des Règles en ce qui concerne la demande du demandeur pour la perte de revenus subie à partir du 5 juillet 2017. Par conséquent, la question de savoir si le demandeur avait subi une perte de revenu et une diminution de sa capacité de gain après le 4 juillet 2017 en raison de la négligence alléguée des défendeurs serait examinée au procès. Il en allait de même pour la question de l'incidence de la décision de révision de la CNESST sur la demande du demandeur pour la perte de revenus subie après le 4 juillet 2017 et pour la question de savoir si le demandeur était empêché de présenter une demande pour de telles pertes. Il n'était pas interdit aux défendeurs de faire valoir au procès que la CNESST avait raison et qu'aucune perte de revenu n'avait été subie après le 4 juillet 2017.

En ce qui concerne le caractère approprié de la présente requête, le demandeur a soutenu que la question qui y était soulevée ne se prêtait pas à un jugement sommaire, et il a soulevé des objections quant à la durée et aux coûts liés à une telle requête alors que le procès était prévu pour novembre 2022. Il ne fait aucun doute que le moment choisi par les défendeurs pour présenter leur requête en jugement sommaire était conforme à la règle 213 des Règles, qui prévoit qu'une telle requête peut être présentée à tout moment après le dépôt de la défense, et avant que les heures, date et lieu de l'instruction soient fixés. La requête en jugement sommaire a été déposée le 10 décembre 2021. Le 25 janvier 2022, la requête a été mise au rôle et les étapes menant à l'audition de la requête ont été prévues. Le 25 mars 2022, un procès de cinq jours a été fixé au mois de novembre 2022. Par conséquent, le moment choisi pour présenter la requête n'était pas inapproprié. Les défendeurs n'ont pas obtenu gain de cause, ce qui ne signifiait pas nécessairement que la requête était inappropriée. Les questions comme la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la préclusion fondée sur la cause d'action, l'autorité de la chose jugée, ou l'abus de procédure, le cas échéant, se prêtent tout à fait à un examen attentif de la question de savoir si une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire serait en fait une

simply because it was not granted. The subject matter lent itself to such a motion. There was no indication on the record that the motion was used inappropriately to cause delay or disproportionately increase the costs. Nor was the motion an abuse of process as the plaintiff alleged.

manière proportionnée, rapide et moins coûteuse de procéder. En l'espèce, la requête en jugement sommaire des défendeurs n'était pas inappropriée du simple fait qu'elle n'a pas été accueillie. L'objet se prêtait à une telle requête. Rien dans le dossier n'indiquait que la requête avait été déposée de manière inappropriée pour augmenter de façon démesurée la durée et le coût des instances. La requête ne constituait pas non plus un abus de procédure comme l'avait prétendu le demandeur.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001.  
*Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991, arts. 1733, 2631, 2848.  
*Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, art. 51.  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(10).  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 4, 213, 214, 215, 221(1)(f), Tarif B, Column III.

## CASES CITED

## APPLIED:

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

## CONSIDERED:

*Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228; *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 298 A.C.W.S. (3d) 613; *Oriji v. Canada*, 2006 FC 1539, 154 A.C.W.S. (3d) 353; *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437; *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460.

## REFERRED TO:

*Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57, 470 N.R. 187; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Kaska Dena Council v. Canada*, 2018 FC 218, 291 A.C.W.S. (3d) 52; *Source Enterprise Ltd. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 966, 416 F.T.R. 227; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242; *Google LLC v. Sonos, Inc.*, 2021 FC 1462, 2021 A.C.W.S. 782; *Fingad Shipping Ltd. v. Ningbo Arts & Crafts Imp & Exp. Co. Ltd.*, 2015 FC 851, 256 A.C.W.S.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991, art. 1733, 2631, 2848.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, ch. C-25.01, art. 51.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(10).  
*Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, ch. A-3.001.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 4, 213, 214, 215, 221(1)f, tarif B, colonne III.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISION APPLIQUÉE :

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

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228; *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112; *Oriji c. Canada*, 2006 CF 1539; *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460.

## DÉCISIONS MENTIONNÉES :

*Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Conseil Kaska Dena c. Canada*, 2018 CF 218; *Source Enterprise Ltd. c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 966; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242; *Google LLC c. Sonos, Inc.*, 2021 CF 1462; *Fingad Shipping Ltd. c. Ningbo Arts & Crafts Imp & Exp. Co. Ltd.*, 2015 CF 851; *Banque Royale du Canada c. Seamount Marine Ltd.*, 2019 CF 1043; *Offshore Interiors*

(3d) 514; *Royal Bank of Canada v. Seamount Marine Ltd.*, 2019 FC 1043, 310 A.C.W.S. (3d) 245; *Offshore Interiors Inc. v. Worldspan Marine Inc.*, 2016 FC 27, 262 A.C.W.S. (3d) 362; *Canpotex Shipping Services Limited v. Marine Petrobulk Ltd.*, 2019 FC 89 (CanLII); *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 171, 296 A.C.W.S. (3d) 692; *Lebrasseur v. Canada*, 2011 FC 1075, 418 F.T.R. 49; *Beattie v. Canada*, 2001 FCA 309, [2002] 1 F.C. D-43; *Amankwah v. Canada*, 2005 FC 900, 140 A.C.W.S. (3d) 632; *Labrador-Island Link General Partner Corporation v. Panalpina Inc.*, 2019 FC 740, 307 A.C.W.S. (3d) 229; *Lauzon v. Canada (Revenue Agency)*, 2021 FC 431, 331 A.C.W.S. (3d) 794; *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 FCA 122, [2021] 4 F.C.R. 289; *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. v. Atlantic Towing Limited*, 2021 FCA 26, 335 A.C.W.S. (3d) 312.

## AUTHORS CITED

Chircop, Aldo, *et al. Canadian Maritime Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Constantine, David and Joe Thorne. “Provincial Law Voids Limitations of Liability in Contract for Ship’s Engine Parts”, January 7, 2020, Stewart McKelvey LLP, online.

Fernandes, Rui. “Uniformity of Canadian Maritime Law Takes a Hit”, December 7, 2019, Fernandes Hearn LLP, online.

Harrington, Sean. “Transport Desgagnes Inc v Wärtsilä Canada Inc. A Case Comment”, December 2019, Canadian Maritime Law Association, online.

Kazaz, Charles and Ian Breneman. “The Little Engine that Couldn’t: SCC Rules on Limitation of Liability for Sale of Ship Engine Parts”, December 4, 2019, Blake, Cassels & Graydon LLP, online.

Pollack, George, Joseph-Anaël Lemieux and Michael H. Lubetsky. “Desgagnes Transport v Wärtsilä Canada: Canadian Maritime Law Enters Uncharted Waters”, December 4, 2019, Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, online.

Raymer, Elizabeth. “Provincial rather than maritime law applies to marine engine contract: SCC”, 28 November 2019, *Canadian Lawyer Magazine*, online.

MOTION by the defendants for summary judgment pursuant to rules 213 to 215 of the *Federal Courts Rules* with respect to the plaintiff’s action for personal injury caused by a ship. Motion dismissed.

*Inc. c. Worldspan Marine Inc.*, 2016 CF 27; *Canpotex Shipping Services Limited c. Marine Petrobulk Ltd.*, 2019 CF 89 (CanLII); *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S 77; *Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 171; *Lebrasseur c. Canada*, 2011 CF 1075; *Beattie c. Canada*, 2001 CAF 309, [2002] 1 C.F. F-43; *Amankwah c. Canada*, 2005 CF 900; *Labrador-Island Link General Partner Corporation c. Panalpina Inc.*, 2019 CF 740; *Lauzon c. Canada (Agence du revenu)*, 2021 CF 431; *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 CAF 122, [2021] 4 R.C.F. 289; *Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26.

## DOCTRINE CITÉE

Chircop, Aldo, *et al. Canadian Maritime Law*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto : Irwin Law, 2016.

Constantine David et Joe Thorne. « Provincial Law Voids Limitations of Liability in Contract for Ship’s Engine Parts », 7 janvier 2020, Stewart McKelvey LLP, en ligne.

Fernandes, Rui. « Uniformity of Canadian Maritime Law Takes a Hit », 7 décembre 2019, Fernandes Hearn LLP, en ligne.

Harrington, Sean. « Transport Desgagnés Inc v Wärtsilä Canada Inc. A Case Comment », décembre 2019, l’Association canadienne de droit maritime, en ligne.

Kazaz, Charles et Ian Breneman. « Vente de pièces de moteur de navire : la CSC se prononce sur la limitation de responsabilité », 4 décembre 2019, Blake, Cassels & Graydon LLP, en ligne.

Pollack, George, Joseph-Anaël Lemieux et Michael H. Lubetsky. « Transport Desgagnés c. Wärtsilä Canada : le droit maritime canadien change de cap », 4 décembre 2019, Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, en ligne.

Raymer, Elizabeth. « Provincial rather than maritime law applies to marine engine contract : SCC », 28 novembre 2019, *Canadian Lawyer Magazine*, en ligne.

REQUÊTE des défendeurs visant l’obtention d’un jugement sommaire en vertu des règles 213 à 215 des *Règles des Cours fédérales* à l’égard de l’action du demandeur pour blessures corporelles causées par un navire. Requête rejetée.

## APPEARANCES

*John G. O'Connor* for plaintiff.  
*Jean-Marie Fontaine* and *Nigah Awj* for  
defendants.

## SOLICITORS OF RECORD

*Langlois Lawyers, LLP*, Québec, for plaintiff.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, for  
defendants.

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

ROCHESTER J.:

I. Overview

[1] The plaintiff, Mr. Duval, is a stevedore. The plaintiff's claim stems from injuries suffered due to an accident that took place during the discharge operations of the defendant vessel, *Seapace* [the Vessel], at the Port of Bécancour on August 13, 2014. As a result of his injuries, the plaintiff was on medical leave, following which he progressively returned to work.

[2] The plaintiff has received workers' compensation from the Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST). In the present action, the plaintiff seeks compensation for alleged losses in excess of the amounts of compensation he received from the CNESST. The plaintiff's employers, the Association of Maritime Employers and Quebec Stevedoring Limited, are not parties to the present proceedings.

[3] The plaintiff invokes the maritime law jurisdiction of this Court. The plaintiff's claim is based on Canadian maritime law, and in particular maritime negligence law. It is an action for personal injury caused by a ship. The defendants are the Vessel, her registered owners, and her managers.

## ONT COMPARU :

*John G. O'Connor* pour le demandeur.  
*Jean-Marie Fontaine* et *Nigah Awj* pour les  
défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Langlois Avocats, S.E.N.C.R.L.*, Québec, pour le  
demandeur.

*Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l.*,  
Montréal, pour les défendeurs.

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

LA JUGE ROCHESTER :

I. Aperçu

[1] Le demandeur, M. Duval, est docker. Sa demande découle des blessures subies à la suite d'un accident survenu lors des opérations de déchargement du navire défendeur, le *Seapace* [le navire], au port de Bécancour le 13 août 2014. En raison de ses blessures, le demandeur a été en congé de maladie, après quoi il est progressivement retourné au travail.

[2] Le demandeur a reçu des indemnités d'accident du travail de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (CNESST). Dans la présente action, le demandeur demande une indemnisation pour les pertes alléguées en sus des montants d'indemnisation qu'il a reçus de la CNESST. Les employeurs du demandeur, l'Association des employeurs maritimes et la Compagnie d'Arrimage de Québec Limitée, ne sont pas parties à la présente procédure.

[3] Le demandeur invoque la compétence en droit maritime de la Cour. La demande du demandeur est fondée sur le droit maritime canadien, et en particulier sur les règles de droit maritime relatives à la négligence. Il s'agit d'une action relative aux blessures corporelles causées par un navire. Les défendeurs sont le navire, ses propriétaires inscrits et ses gestionnaires.

[4] The defendants move for summary judgment pursuant to rules 213 to 215 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) on the basis that: (1) the plaintiff is estopped from claiming a loss of revenue and future earning potential after the date upon which the CNESST declared that the plaintiff was no longer entitled to receive a salary replacement benefit and had regained his full earning capacity; and (2) the plaintiff's attempt to re-litigate an issue that has been determined by the CNESST is an abuse of process.

[5] It is of note that there are other components of the plaintiff's claim that are not at issue in the present motion, and a trial on the merits has been set down for November 2022.

[6] The plaintiff opposes the motion and submits that (1) the common law theories of issue estoppel and abuse of process are not applicable in the present case on the basis of the Supreme Court's judgment in *Desgagnés Transport Inc. v. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 SCC 58, [2019] 4 S.C.R. 228 (*Wärtsilä*); (2) the decision of the CNESST that terminated his salary replacement benefit does not preclude the plaintiff from recovering from the defendants at law; and (3) a motion for summary judgment is not appropriate, and certainly not so at this stage of the proceedings.

[7] For the reasons that follow, the defendants' motion for summary judgment is denied. Given the disposition of this motion and that this matter is scheduled for trial in November 2022, I will restrict my comments as much as possible, so as not to influence the parties as to the view a trial judge may take of the issues after a full trial.

## II. Background

[8] Prior to the accident, the plaintiff, in his role as a stevedore, operated numerous types of machinery, including cranes that loaded or discharged vessels at the Port of Bécancour and the Port of Trois-Rivières.

[4] Les défendeurs déposent une requête en jugement sommaire en vertu des règles 213 à 215 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) au motif que : 1) le demandeur est empêché de présenter une demande pour perte de revenu et de la capacité de gain futur après la date à laquelle la CNESST a déclaré que le demandeur n'avait plus droit à une indemnité de remplacement du salaire et qu'il avait retrouvé sa pleine capacité de gain; et 2) la tentative du demandeur de demander le réexamen d'une question qui a été tranchée par la CNESST est un abus de procédure.

[5] Il convient de noter que d'autres éléments de la demande du demandeur ne sont pas en cause dans la présente requête, et qu'un procès sur le fond a été fixé au mois de novembre 2022.

[6] Le demandeur s'oppose à la requête et soutient que 1) la doctrine de common law de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et celle de l'abus de procédure ne sont pas applicables en l'espèce compte tenu de l'arrêt de la Cour suprême *Transport Desgagnés inc. c. Wärtsilä Canada Inc.*, 2019 CSC 58, [2019] 4 R.C.S. 228 (*Wärtsilä*); 2) la décision de la CNESST qui a mis fin à son indemnité de remplacement du revenu n'empêche pas le demandeur de recouvrer des défendeurs en droit; et 3) une requête en jugement sommaire n'est pas appropriée, et certainement pas à ce stade de la procédure.

[7] Pour les motifs qui suivent, la requête en jugement sommaire des défendeurs est rejetée. Compte tenu de la décision rendue sur la présente requête et du fait que le procès est prévu pour novembre 2022, je limiterai autant que possible mes commentaires, afin de ne pas influencer les parties quant à l'opinion qu'un juge de première instance pourrait avoir sur ces questions après un procès complet.

## II. Contexte

[8] Avant l'accident, le demandeur utilisait dans son rôle de docker plusieurs types de machines, dont des grues qui chargeaient ou déchargeaient des navires au port de Bécancour et au port de Trois-Rivières.

[9] On the day of the accident, the plaintiff was operating equipment onboard the Vessel, specifically one of the shipboard cranes, in order to discharge a cargo of salt at the Port of Bécancour. During the operation of the crane, the plaintiff was located inside the operator's cab.

[10] As the plaintiff was operating the crane, it collapsed and the cab of the crane fell into cargo hold number 5. As a result of the collapse, the plaintiff suffered numerous injuries, including several fractures in his right leg and foot. Following a period of hospitalization, the plaintiff underwent physical therapy and then progressively returned to work.

[11] From August 13, 2014 through February 22, 2016, the plaintiff was not at work, save for a period of time in the summer of 2015. Commencing February 23, 2016, the plaintiff progressively returned to work, increasing the number of days worked per week. On July 4, 2017, the plaintiff returned to work five days per week.

[12] Following the accident, the CNESST worked with the plaintiff's employer to ensure that the plaintiff was provided with adapted personal protective equipment and covered the costs of this process. The CNESST further worked with the plaintiff's employer to ascertain what tasks the plaintiff could perform following his injury. Following the assessments, the CNESST determined that the plaintiff could work as a payloader operator, stacker operator and/or a forklift driver. Currently, the plaintiff works as an operator of a payloader.

[13] On March 28, 2017, the CNESST determined that the plaintiff was entitled to \$30,163.34 as compensation for the permanent disability resulting from his injuries, including pain and suffering.

[14] Between the date of the accident and July 4, 2017, the CNESST also provided the plaintiff with compensation for lost income. On July 4, 2017, the date the plaintiff returned to work five days per week, the CNESST determined that the three positions mentioned above

[9] Le jour de l'accident, le demandeur utilisait de l'équipement à bord du navire, notamment une des grues du navire, afin de décharger une cargaison de sel au port de Bécancour. Pendant le fonctionnement de la grue, le demandeur se trouvait dans la cabine de conduite.

[10] Alors que le demandeur faisait fonctionner la grue, celle-ci s'est effondrée et la cabine de la grue est tombée dans la soute numéro 5. À la suite de l'effondrement, le demandeur a subi de nombreuses blessures, dont plusieurs fractures de la jambe et du pied droits. Après une période d'hospitalisation, le demandeur a suivi un traitement de physiothérapie et est ensuite retourné progressivement au travail.

[11] Du 13 août 2014 au 22 février 2016, le demandeur s'est absenté du travail, sauf pendant une période au cours de l'été 2015. À partir du 23 février 2016, le demandeur est retourné progressivement au travail, augmentant le nombre de jours travaillés par semaine. Le 4 juillet 2017, le demandeur est retourné au travail cinq jours par semaine.

[12] À la suite de l'accident, la CNESST a collaboré avec l'employeur du demandeur pour que ce dernier reçoive un équipement de protection individuelle adapté et a assumé les coûts associés à ce processus. La CNESST a également travaillé avec l'employeur du demandeur pour déterminer les tâches que ce dernier pouvait effectuer après sa blessure. À la suite des évaluations, la CNESST a déterminé que le demandeur pouvait travailler comme conducteur de chargeuse sur pneumatiques, conducteur de gerbeur ou conducteur de chariot élévateur. Actuellement, le plaignant travaille comme conducteur d'une chargeuse sur pneumatiques.

[13] Le 28 mars 2017, la CNESST a déterminé que le demandeur avait droit à 30 163,34 \$ à titre d'indemnisation pour l'invalidité permanente résultant de ses blessures, y compris pour la douleur et la souffrance.

[14] La CNESST a également versé au demandeur une indemnité pour perte de revenus entre la date de l'accident et le 4 juillet 2017. Le 4 juillet 2017, date à laquelle le demandeur est retourné au travail cinq jours par semaine, la CNESST a déterminé que le demandeur

were available on a fulltime basis, that the hourly wage was the same as the hourly wage earned by the plaintiff prior to the accident, and thus the plaintiff had the capacity to earn the same salary as prior to the accident. On July 5, 2017, the CNESST issued a decision that the plaintiff was no longer entitled to the salary replacement benefit on the basis that there was a suitable fulltime position available and the plaintiff would earn an equal or greater salary than the one he earned at the time of the accident (CNESST Decision).

[15] On August 1, 2017, the plaintiff filed a request for review of the CNESST Decision. On August 28, 2017, the Direction de la révision administrative of the CNESST rendered a decision determining that the plaintiff was not entitled to income replacement on the basis that he had a suitable employment, with the same benefits and seniority as prior to the accident (CNESST Review Decision).

[16] On September 5, 2017, the plaintiff lodged an appeal with the Tribunal administratif du travail (Tribunal). The appeal was withdrawn prior to the matter being heard because the plaintiff and his employers entered into a transaction (Settlement Agreement) pursuant to articles 2631 *et seq.* of the *Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991 (Civil Code). The Settlement Agreement provided that the CNESST Review Decision is final and binding. Furthermore, it provided that the employers would not oblige the plaintiff to prolong his shifts should his condition prevent him from doing so. Finally, the settlement was a complete and final resolution of the dispute between the plaintiff's employers and the plaintiff.

[17] The foregoing events are not in dispute. The plaintiff's claim is that he has suffered damages in an amount in excess of what he received from the CNESST for which he claims the defendants are liable.

[18] During the hearing, and for the purposes of this motion, the plaintiff's claim was divided into three general components. The first is his claim for lost income during the period of time during which the CNESST was providing him with a salary replacement benefit

pouvait occuper à temps plein l'un des trois postes mentionnés plus haut, que le salaire horaire était le même que celui que le demandeur gagnait avant l'accident, et que ce dernier avait donc la capacité de toucher la même rémunération qu'avant l'accident. Le 5 juillet 2017, la CNESST a rendu une décision selon laquelle le demandeur n'avait plus droit à l'indemnité de remplacement du revenu au motif qu'un poste convenable à temps plein était disponible et que le demandeur gagnerait un salaire égal ou supérieur à celui qu'il gagnait au moment de l'accident (décision de la CNESST).

[15] Le 1<sup>er</sup> août 2017, le demandeur a déposé une demande de révision de la décision de la CNESST. Le 28 août 2017, la Direction de la révision administrative de la CNESST a rendu une décision selon laquelle le demandeur n'avait pas droit au remplacement du revenu au motif qu'il avait un emploi convenable, avec les mêmes avantages et la même ancienneté qu'avant l'accident (décision de révision de la CNESST).

[16] Le 5 septembre 2017, le demandeur a interjeté appel auprès du Tribunal administratif du travail (Tribunal). L'appel a été retiré avant que l'affaire ne soit entendue, car le demandeur et ses employeurs ont conclu une transaction [entente de règlement] conformément aux articles 2631 et suivants du *Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991 (Code civil). L'entente de règlement prévoyait que la décision de révision de la CNESST est définitive et exécutoire. En outre, elle prévoyait que les employeurs n'obligeraient pas le demandeur à prolonger ses quarts de travail si son état l'en empêchait. Enfin, le règlement constituait une résolution complète et définitive du différend entre le demandeur et ses employeurs.

[17] Les événements qui précèdent ne sont pas contestés. Le demandeur prétend avoir subi des dommages d'un montant supérieur à celui qu'il a reçu de la CNESST et pour lesquels il affirme que les défendeurs sont responsables.

[18] Au cours de l'audience, et aux fins de la présente requête, la demande du demandeur a été divisée en trois éléments généraux. Le premier élément consiste en sa réclamation pour perte de revenu pendant la période où la CNESST lui versait une indemnité de remplacement

(August 13, 2014 – July 4, 2017). For this period of time, the plaintiff is seeking the difference between what he received from the CNESST and what he claims he would have earned but for the accident. This first component of the claim is not at issue in the present motion.

[19] For the second component of the claim, the plaintiff seeks damages for permanent disability in excess of the \$30,163.34 paid by the CNESST. This second component of the claim is not at issue in the present motion.

[20] The third component of the claim and the one at issue in this motion for summary judgment is the plaintiff's claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards. The defendants plead that the CNESST Review Decision is a final and binding decision on the issue of lost revenue and diminished future earning potential after July 5, 2017. The defendants submit that an administrative decision maker considered this exact cause of action and the same claim for damages, and found that there was no loss of salary after July 4, 2017. Accordingly, the defendants plead that (1) the plaintiff is estopped from re-litigating this issue (issue estoppel), and (2) alternatively, that re-litigating this issue in light of the CNESST Review Decision is an abuse of process.

[21] The plaintiff pleads that the common law principles of issue estoppel, *res judicata*, and abuse of process do not apply to the present proceedings. Rather the civil law concept of *chose jugée* (*res judicata*) as codified in article 2848 of the Civil Code applies by virtue of the Supreme Court's decision in *Wärtsilä*. The plaintiff submits that, in any event, neither the criteria of article 2848 of the Civil Code nor the common law principles have been met in this case. Moreover, the plaintiff submits that the CNESST Review Decision does not preclude him from seeking to recover damages from the defendants at law in this Court. Finally, the plaintiff takes issue with the appropriateness of this motion at this stage of the proceedings and seeks costs on a solicitor-client basis.

du revenu (du 13 août 2014 au 4 juillet 2017). Pour cette période, le demandeur réclame la différence entre ce qu'il a reçu de la CNESST et ce qu'il prétend qu'il aurait gagné, n'eût été l'accident. Ce premier élément de la demande n'est pas en cause dans la présente requête.

[19] En ce qui concerne le deuxième élément de la demande, le demandeur réclame des dommages-intérêts pour invalidité permanente en sus des 30 163,34 \$ versés par la CNESST. Ce deuxième élément de la demande n'est pas en cause dans la présente requête.

[20] Le troisième élément de la demande et celui qui est en cause dans la présente requête en jugement sommaire est la demande du demandeur pour la perte de revenus à partir du 5 juillet 2017. Les défendeurs font valoir que la décision de révision de la CNESST est définitive et exécutoire sur la question de la perte de revenus et de la diminution de la capacité de gain future à partir du 5 juillet 2017. Les défendeurs soutiennent qu'un décideur administratif a examiné cette cause d'action précise et la même demande de dommages-intérêts, et a conclu qu'il n'y avait pas eu de perte de salaire après le 4 juillet 2017. En conséquence, les défendeurs soutiennent que 1) le demandeur est empêché par une fin de non-recevoir de demander le réexamen de cette question (préclusion découlant d'une question déjà tranchée), et 2) subsidiairement, que le réexamen de cette question à la lumière de la décision de révision de la CNESST est un abus de procédure.

[21] Le demandeur soutient que les principes de common law de la préclusion, de la chose jugée et de l'abus de procédure ne s'appliquent pas à la présente procédure. C'est plutôt le concept de droit civil de chose jugée (*res judicata*), codifié à l'article 2848 du Code civil, qui s'applique en vertu de l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Wärtsilä*. Le demandeur soutient que, de toute façon, ni les critères de l'article 2848 du Code civil ni les principes de common law n'ont été respectés en l'espèce. En outre, le demandeur fait valoir que la décision de révision de la CNESST ne l'empêche pas de chercher à recouvrer des dommages-intérêts auprès des défendeurs en droit devant la Cour. Enfin, le demandeur conteste le caractère approprié de la présente requête à ce stade de la procédure et réclame ses dépens sur la base avocat-client.



### III. Test for a Motion for Summary Judgment

[22] The purpose of summary judgment is to allow the Court to summarily dispense with cases that should not proceed to trial because there is no genuine issue for trial, and thus conserving judicial resources and improving access to justice (*Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, 298 A.C.W.S. (3d) 613 (*Milano Pizza*), at paragraph 25; *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799 (*CanMar Foods*), at paragraph 23; *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57, 470 N.R. 187, at paragraphs 15–17; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 (*Hryniak*), at paragraph 34).

[23] Summary judgment is “a valuable tool for striking sham claims and defences,” however it is “not intended to deprive a litigant of the right to a trial unless there is a clear demonstration that there is indeed no genuine issue material to the claim or defence which the trial judge must resolve” (*Orijii v. Canada*, 2006 FC 1539, 154 A.C.W.S. (3d) 353 (*Orijii*), at paragraph 31). Recently, in *CanMar Foods*, the Federal Court of Appeal stated that the rationale and goal of summary judgments have been well summarized in the following paragraph by the Supreme Court in *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372 [at paragraph 10]:

.... The summary judgment rule serves an important purpose in the civil litigation system. It prevents claims or defences that have no chance of success from proceeding to trial. Trying unmeritorious claims imposes a heavy price in terms of time and cost on the parties to the litigation and on the justice system. It is essential to the proper operation of the justice system and beneficial to the parties that claims that have no chance of success be weeded out at an early stage. Conversely, it is essential to justice that claims disclosing real issues that may be successful proceed to trial.

[24] Subsection 215(1) of the Rules provides that the Court shall grant summary judgment where the Court is satisfied that “there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence”. The test on a motion for summary judgment is not whether a party cannot succeed

### III. Critère en matière de requête en jugement sommaire

[22] Le jugement sommaire a pour objet de permettre à la Cour de disposer sommairement d'affaires qui ne devraient pas se rendre à procès en raison du fait qu'elles ne soulèvent aucune véritable question litigieuse, et d'épargner ainsi les ressources judiciaires et améliorer l'accès à la justice (*Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112 (*Milano Pizza*), au paragraphe 25; *CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799 (*CanMar Foods*), au paragraphe 23; *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57, aux paragraphes 15 à 17; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 (*Hryniak*), au paragraphe 34).

[23] Le jugement sommaire est « un outil utile pour éliminer les demandes et les défenses fallacieuses », qui ne devrait toutefois « pas priver une partie de son droit à un procès, à moins qu'il ne soit clairement démontré qu'il n'existe aucune véritable question litigieuse, par rapport à la demande ou à la défense, que le juge doit trancher » (*Orijii c. Canada*, 2006 CF 1539 (*Orijii*), au paragraphe 31). Récemment, la Cour d'appel fédérale a déclaré dans l'arrêt *CanMar Foods* que le paragraphe suivant de l'arrêt de la Cour suprême *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, résume bien la justification et l'objectif des jugements sommaires [au paragraphe 10] :

[...] La règle du jugement sommaire sert une fin importante dans le système de justice civile. Elle permet d'empêcher les demandes et les défenses qui n'ont aucune chance de succès de se rendre jusqu'à l'étape du procès. L'instruction de prétentions manifestement non fondées a un prix très élevé, en temps et en argent, pour les parties au litige comme pour le système judiciaire. Il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et avantageux pour les parties, que les demandes qui n'ont aucune chance de succès soient écartées tôt dans le processus. Inversement, la justice exige que les prétentions qui soulèvent de véritables questions litigieuses susceptibles d'être accueillies soient instruites.

[24] Le paragraphe 215(1) des Règles exige que la Cour rende un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il « n'existe pas de véritable question litigieuse quant à une déclaration ou à une défense ». Le critère à appliquer pour une requête en jugement sommaire ne consiste

at trial, but rather “whether the case is clearly without foundation” (*CanMar Foods*, at paragraph 24) or that “the case is so doubtful that it does not deserve consideration by the trier of fact at a future trial” (*Oriji*, at paragraph 35; *Milano Pizza*, at paragraph 33; *Kaska Dena Council v. Canada*, 2018 FC 218, 291 A.C.W.S. (3d) 52 (*Kaska*), at paragraph 21; *CanMar Foods*, at paragraph 24). As such, claims that are “clearly without foundation should not take up the time and incur the costs of a trial” (*Oriji*, at paragraph 35).

[25] The foregoing test “obviously translate[s] into a heavy burden on the moving party” (*CanMar Foods*, at paragraph 24). The onus is on the party seeking summary judgment to establish the absence of a genuine issue for trial, however, rule 214 of the Rules requires the responding party to set out specific facts and adduce evidence showing that there is a genuine issue for trial. In other words, while the burden is on the defendants in the present matter, both parties must put their best foot forward (*CanMar Foods*, at paragraph 27; *Milano Pizza*, at paragraph 34; *Oriji*, at paragraph 33).

[26] It is well established that cases involving issues of credibility are not to be decided on motions for summary judgment. As Justice Mactavish in *Milano Pizza* explains [at paragraphs 37–38]:

.... Generally, a judge who hears and observes witnesses giving evidence orally in chief and under cross-examination will be better positioned to assess the witnesses’ credibility and to draw the appropriate inferences than a judge who must depend solely on affidavits and documentary evidence....

Without hearing oral evidence, a motions judge faced with a genuine issue for trial cannot properly assess credibility or sift through and weigh the evidence.... Consequently, cases should go to trial where there are serious issues with respect to the credibility of witnesses.... [Citations Omitted.]

pas à savoir si une partie a des chances d’obtenir gain de cause au procès, mais plutôt de déterminer « si l’affaire est clairement sans fondement » (*CanMar Foods*, au paragraphe 24) ou « si l’affaire est douteuse au point de ne pas mériter d’être examinée par le juge des faits dans le cadre d’un éventuel procès » (*Oriji*, au paragraphe 35; *Milano Pizza*, au paragraphe 33; *Conseil Kaska Dena c. Canada*, 2018 CF 218 (*Kaska*), au paragraphe 21; *CanMar Foods*, au paragraphe 24). Ainsi, il « faut éviter les délais et les frais liés à un procès dans les cas où les demandes ne sont manifestement pas fondées » (*Oriji*, au paragraphe 35).

[25] Manifestement, il ressort du critère qui précède « qu’il incombe au requérant un lourd fardeau » (*CanMar Foods*, au paragraphe 24). Il incombe à la partie requérante de démontrer qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse. Toutefois, la règle 214 des Règles exige que la partie qui répond à une requête en jugement sommaire énonce les faits précis et produise des éléments de preuve démontrant l’existence d’une véritable question litigieuse. En d’autres termes, bien que le fardeau incombe aux défendeurs dans la présente affaire, les deux parties sont tenues de présenter leurs meilleurs arguments (*CanMar Foods*, au paragraphe 27; *Milano Pizza*, au paragraphe 34; *Oriji*, au paragraphe 33).

[26] Il est bien établi que les affaires comportant des questions importantes concernant la crédibilité ne devraient pas être tranchées sur requête en jugement sommaire. Comme l’explique la juge Mactavish dans la décision *Milano Pizza* [aux paragraphes 37 et 38] :

[...] En règle générale, le juge qui entend et observe le témoignage principal et le contre-interrogatoire des témoins est mieux à même d’apprécier leur crédibilité et de tirer des inférences que le juge qui doit uniquement se fonder sur des affidavits et des éléments de preuve documentaires [...]

En l’absence de témoignages de vive voix, le juge des requêtes qui est saisi d’une véritable question litigieuse ne peut pas apprécier la crédibilité de la façon appropriée ou encore examiner à fond la preuve et la soupeser [...] Par conséquent, les litiges devraient faire l’objet d’un procès lorsqu’il existe des questions sérieuses quant à la crédibilité des témoins [...] [Renvois omis.]

[27] That being said, the mere existence of an apparent conflict in the evidence does not preclude granting summary judgment, however, judges must take a “hard look” at the merits if there are issues of credibility that need to be resolved (*Milano Pizza*, at paragraph 39; *Oriji*, at paragraph 32). Finally, I am mindful of the guidance provided by Justice Mactavish as to the care and caution that must be exercised when considering a motion for summary judgment [at paragraph 40]:

Judges dealing with motions for summary judgment must, moreover, proceed with care, as the effect of the granting of summary judgment will be to preclude a party from presenting any evidence at trial with respect to the issue in dispute. In other words, the unsuccessful party will lose its “day in court”.... [Citations Omitted.]

(*Milano Pizza* at paragraph 40. See also *Source Enterprise Ltd. v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 966, 416 F.T.R. 227, at paragraph 21.)

#### IV. Applicable Law

[28] As noted above, the plaintiff’s claim is based on Canadian maritime law. The parties disagree, however, as to the law applicable to the issue of the impact, if any, of the CNESST Review Decision on the claim for lost revenue from July 5, 2017 onwards. The defendants submit that it is issue estoppel and abuse of process that are applicable, while the plaintiff turns to article 2848 of the Civil Code for *res judicata* (*chose jugée*) and abuse of process as codified in articles 51 *et seq.* of the Quebec *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (*Code of Civil Procedure*).

[29] The plaintiff submits that following the decision of *Wärtsilä*, in the absence of an enacted federal law or regulation that regulates an aspect of a claim under Canadian maritime law, the provisions of the Civil Code or any other provincial legislation will apply (*Wärtsilä*, at paragraphs 103–106). Given that the accident took place in the Province of Quebec and the plaintiff had

[27] Cela dit, l’existence d’une apparente contradiction dans la preuve n’empêche pas en soi le tribunal de prononcer un jugement sommaire, mais les juges doivent « se pencher de près » sur le fond de l’affaire et décider s’il y a des questions de crédibilité à trancher (*Milano Pizza*, au paragraphe 39; *Oriji*, au paragraphe 32). Enfin, je garde à l’esprit les directives fournies par la juge Mactavish quant au devoir de diligence et de prudence qui s’impose dans le cadre de l’examen d’une requête en jugement sommaire [au paragraphe 40] :

Lorsqu’il statue sur ce point, le juge des requêtes doit faire preuve de prudence puisque le prononcé d’un jugement sommaire fera en sorte que la partie ne pourra pas présenter de preuve à l’instruction au sujet de la question litigieuse. Autrement dit, la partie qui répond à une requête et qui n’a pas gain de cause perdra « la possibilité de se faire entendre en cour » [...] [Renvois omis.]

(*Milano Pizza*, au paragraphe 40. Voir aussi *Source Enterprise Ltd c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 966, au paragraphe 21.)

#### IV. Droit applicable

[28] Comme il est indiqué ci-dessus, la demande du demandeur est fondée sur le droit maritime canadien. Les parties sont toutefois en désaccord quant au droit applicable à la question de l’incidence, le cas échéant, de la décision de révision de la CNESST concernant la demande pour perte de revenus à partir du 5 juillet 2017. Les défendeurs soutiennent que c’est la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et l’abus de procédure qui sont applicables, alors que le demandeur se tourne vers l’article 2848 du Code civil pour la chose jugée (*res judicata*) et l’abus de procédure codifié aux articles 51 et suivants du *Code de procédure civile* du Québec, RLRQ, ch. C-25.01 (*Code de procédure civile*).

[29] Le demandeur soutient qu’à la suite de l’arrêt *Wärtsilä*, en l’absence d’une loi ou d’un règlement fédéral promulgué qui régleme un aspect d’une décision en vertu du droit maritime canadien, ce sont les dispositions du Code civil ou de toute autre loi provinciale qui s’appliqueront (*Wärtsilä*, aux paragraphes 103 à 106). Étant donné que l’accident a eu lieu dans la province de

obtained worker's compensation from the CNESST, the plaintiff submits that the principles as codified in the Civil Code and the *Code of Civil Procedure* apply to the issue of the impact, if any, of the CNESST Review Decision on the portion of the claim seeking lost revenue from July 5, 2017 onwards. This is so, in the plaintiff's submission, even though the claim for lost revenue is based on the tort of maritime negligence.

[30] The plaintiff argues that the “judge-made nuances of the common law theories of estoppel” may apply in other matters, but not where there is “business arising out of Quebec involving a question of Canadian maritime law”. During the hearing the plaintiff stated that while it is unfortunate from the perspective of uniformity of Canadian maritime law, it is now the law that a maritime case that touches on Quebec will be treated differently from a maritime case elsewhere in Canada.

[31] The defendants take issue with the plaintiff's interpretation of *Wärtsilä*. They plead that the Supreme Court in *Wärtsilä* dealt with a contractual issue whereas the present case is based on the tort of negligence in the maritime context. The defendants highlight that the Supreme Court acknowledged in *Wärtsilä* that maritime negligence is at the core of the federal power over navigation and shipping and underscored the importance of uniformity and consistency in this area [at paragraph 96]:

The core of navigation and shipping was defined to include issues of maritime negligence in *Ordon Estate* [*v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437]. As explained by Iacobucci and Major JJ., maritime negligence is at the core of the federal power over navigation and shipping because it is essential to establish a consistent, uniform body of specialized rules to regulate the behaviour of those who engage in marine activities:

This more general rule of constitutional inapplicability of provincial statutes is central to the determination of the constitutional questions at issue

Québec et qu'il avait obtenu une indemnisation des travailleurs de la CNESST, le demandeur fait valoir que les principes codifiés dans le Code civil et le *Code de procédure civile* s'appliquent à la question de l'incidence, le cas échéant, de la décision de révision de la CNESST sur la partie de la réclamation visant la perte de revenus à partir du 5 juillet 2017. Il en est ainsi, selon le demandeur, même si la demande pour perte de revenus est fondée sur le délit de négligence en droit maritime.

[30] Le demandeur soutient que les [TRADUCTION] « nuances apportées par les juges à la doctrine de common law de la préclusion » peuvent s'appliquer dans d'autres affaires, mais pas lorsqu'il s'agit d'une [TRADUCTION] « affaire provenant du Québec et concernant une question de droit maritime canadien ». Au cours de l'audience, le demandeur a déclaré que, bien que cela soit regrettable du point de vue de l'uniformité du droit maritime canadien, il est maintenant établi en droit qu'une affaire maritime qui touche le Québec sera traitée différemment d'une affaire maritime ailleurs au Canada.

[31] Les défendeurs contestent l'interprétation que donne le demandeur de l'arrêt *Wärtsilä*. Ils soutiennent que dans l'affaire *Wärtsilä*, la Cour suprême a traité d'une question contractuelle alors que la présente affaire est fondée sur le délit de négligence dans le contexte maritime. Les défendeurs soulignent que la Cour suprême a reconnu dans l'arrêt *Wärtsilä* que la négligence en matière maritime est au cœur du pouvoir fédéral sur la navigation et les bâtiments ou navires et a souligné l'importance de l'uniformité et de la cohérence dans ce domaine [au paragraphe 96] :

Dans l'arrêt *Succession Ordon* [*c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437], la Cour a jugé que le contenu essentiel de la navigation et des bâtiments ou navires englobait les questions de négligence en matière maritime. Comme l'ont expliqué les juges Iacobucci et Major, la négligence en matière maritime est au cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires parce qu'il est essentiel d'établir un ensemble cohérent et uniforme de règles particulières afin de réglementer la conduite de ceux qui exercent des activités maritimes :

Cette règle plus générale de l'inapplicabilité constitutionnelle des lois provinciales est essentielle pour répondre aux questions constitutionnelles en cause

in these appeals. Maritime negligence law is a core element of Parliament’s jurisdiction over maritime law. The determination of the standard, elements, and terms of liability for negligence between vessels or those responsible for vessels has long been an essential aspect of maritime law, and the assignment of exclusive federal jurisdiction over navigation and shipping was undoubtedly intended to preclude provincial jurisdiction over maritime negligence law, among other maritime matters. As discussed below, there are strong reasons to desire uniformity in Canadian maritime negligence law. Moreover, the specialized rules and principles of admiralty law deal with negligence on the waters in a unique manner, focussing on concerns of “good seamanship” and other peculiarly maritime issues. Maritime negligence law may be understood, in the words of Beetz J. in *Bell Canada v. Quebec*,... as part of that which makes maritime law “specifically of federal jurisdiction”. [Citation omitted; para. 84.]

dans les présents pourvois. Les règles relatives à la négligence du droit maritime sont un élément du contenu essentiel de la compétence du Parlement sur le droit maritime. L’établissement de la norme applicable, des éléments et des conditions en matière de responsabilité pour négligence des navires ou des personnes qui en répondent est depuis longtemps un aspect essentiel du droit maritime, et l’attribution au fédéral de la compétence exclusive sur la navigation et les expéditions par eau visait sans aucun doute à exclure la compétence provinciale sur les règles relatives à la négligence, entre autres matières maritimes. Comme nous le verrons plus loin, de solides raisons militent en faveur de l’uniformité des règles relatives à la négligence en droit maritime canadien. De plus, les règles et principes spéciaux applicables en matière d’amirauté régissent la question de la négligence sur les eaux d’une façon particulière, s’attachant à la « bonne navigation » et à d’autres questions proprement maritimes. Les règles relatives à la négligence du droit maritime peuvent être considérées comme une partie intégrante de ce qui constitue la « spécificité fédérale » du droit maritime, pour reprendre l’expression employée par le juge Beetz dans *Bell Canada*. [Référence omise; par. 84.]

[32] The defendants distinguish the facts from those in *Wärtsilä*, pleading that this is a matter of maritime negligence law and should not be so restricted as argued by the plaintiff (*Wärtsilä*, at paragraphs 96–97). The defendants submit that uniformity is essential, as the Vessel’s equipment could have easily been used for discharging salt in ports outside Quebec, such as those in Ontario. Moreover, the defendants plead that not all elements of this claim are Quebec-based. They highlight that the Vessel is a Maltese flagged vessel, her owners are a Monrovia company, her operators are based in Piraeus, and the maintenance of the Vessel took place outside of Quebec. Consequently, the defendants submit that neither the Civil Code nor the *Code of Civil Procedure* apply.

[32] Les défendeurs distinguent les faits de l’espèce de ceux de l’affaire *Wärtsilä* et soutiennent qu’il s’agit d’une question concernant les règles de droit relatives à la négligence en matière maritime qui ne devrait pas être limitée comme le soutient le demandeur (*Wärtsilä*, aux paragraphes 96 et 97). Les défendeurs soutiennent que l’uniformité est essentielle, car l’équipement du navire aurait pu facilement être utilisé pour décharger du sel dans des ports hors Québec, comme ceux de l’Ontario. De plus, les défendeurs soutiennent que les éléments de cette demande ne sont pas tous liés au Québec. Ils soulignent que le navire est un navire battant pavillon maltais, que ses propriétaires sont constitués en une société monroviaise, que ses exploitants sont situés au Pirée et que l’entretien du navire a eu lieu à l’extérieur du Québec. Par conséquent, les défendeurs soutiennent que ni le Code civil ni le *Code de procédure civile* ne s’appliquent.

[33] I acknowledge that the landscape of constitutional analysis in terms of Canadian maritime law may have shifted somewhat following *Wärtsilä* but certainly not to the extent that the plaintiff claims. It cannot be said that,

[33] Je reconnais que le paysage de l’analyse constitutionnelle en ce qui concerne le droit maritime canadien a peut-être quelque peu changé à la suite de l’arrêt *Wärtsilä*, mais certainement pas dans la mesure où le

following *Wärtsilä*, all non-statutory Canadian maritime law is consigned to the dustbin of history should a case have a connection with Quebec.

[34] The Supreme Court in *Wärtsilä* reaffirmed that “Parliament’s authority over navigation and shipping, and consequently the scope of Canadian maritime law, is broad” (at paragraph 5). The majority confirmed that Canadian maritime law is a comprehensive body of federal law, uniform throughout Canada, that deals with all claims in respect of maritime and admiralty matters, subject only to the scope of federal power over navigation and shipping under subsection 91(10) of the *Constitution Act, 1867* (at paragraph 9), while also acknowledging that a valid provincial enactment will be permitted to have incidental effects on a federal head of power such as navigation and shipping, unless either interjurisdictional immunity or federal paramountcy is found to apply (at paragraphs 87–88).

[35] Before considering in further detail the Supreme Court’s judgment in *Wärtsilä*, it is helpful to briefly expand on the definition of Canadian maritime law in the preceding paragraph. Canadian maritime law is a broad and comprehensive body of federal law. As noted by the Supreme Court, Canadian maritime law is the progeny of English maritime law as administered by the High Court of Admiralty in England until 1874 and then the High Court of Justice thereafter (*Wärtsilä*, at paragraph 11). Although reference tends to be made to the Admiralty Courts and admiralty jurisdiction, contemporary Canadian maritime law (and the term maritime law in general) is significantly broader in scope than the areas traditionally addressed by admiralty law (Aldo Chircop *et al.*, *Canadian Maritime Law*, 2nd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016) (*Canadian Maritime Law*), at page 1).

[36] While Canadian maritime law is rooted in English maritime law, to simply equate it to common law would not be accurate (*Wärtsilä*, at paragraph 12). English maritime law developed in an English context since the 14th century, however, “the law was heavily civilian in

demandeur le prétend. On ne peut pas dire qu’à la suite de l’arrêt *Wärtsilä*, tout le droit maritime canadien non statutaire est relégué aux oubliettes de l’histoire si une affaire a un lien avec le Québec.

[34] La Cour suprême a réaffirmé dans l’arrêt *Wärtsilä* que « [l]a compétence du Parlement sur la navigation et les bâtiments ou navires, et en conséquence la portée du droit maritime canadien, est vaste » (au paragraphe 5). Les juges majoritaires ont confirmé que le droit maritime canadien est un ensemble complet de règles de droit, uniformes partout au Canada, dont l’objet est de régir toutes les demandes en matière maritime et d’amirauté, sous réserve seulement de la portée de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires prévue au paragraphe 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (au paragraphe 9), tout en reconnaissant qu’un texte législatif provincial valide pourra avoir des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale, comme la navigation et les bâtiments ou navires, à moins qu’il soit conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences ou celle de la prépondérance fédérale s’applique (au paragraphe 87 et 88).

[35] Avant d’examiner plus en détail l’arrêt de la Cour suprême dans l’affaire *Wärtsilä*, il est utile d’aborder brièvement la définition du droit maritime canadien donnée au paragraphe précédent. Le droit maritime canadien est un ensemble vaste et complet de lois fédérales. Comme l’a noté la Cour suprême, le droit maritime canadien est issu du droit maritime anglais dont l’application relevait de la Haute Cour d’amirauté d’Angleterre jusqu’en 1874, pour ensuite relever de la Haute Cour de justice (*Wärtsilä*, au paragraphe 11). Bien que l’on ait tendance à faire référence aux cours d’amirauté et à la juridiction d’amirauté, le droit maritime canadien contemporain (et le terme *droit maritime* en général) a une portée beaucoup plus large que les domaines traditionnellement abordés par le droit de l’amirauté (Aldo Chircop *et al.*, *Canadian Maritime Law*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Irwin Law, 2016) (*Canadian Maritime Law*), à la page 1).

[36] Bien que le droit maritime canadien soit enraciné dans le droit maritime anglais, il serait inexact de l’assimiler à la common law (*Wärtsilä*, au paragraphe 12). Le droit maritime anglais s’est développé dans un contexte anglais depuis le 14<sup>e</sup> siècle. Cependant, [TRADUCTION] « le

nature, despite strong influences from the common law” (*Canadian Maritime Law*, at page 168). The law that was administered by the High Court of Admiralty was distinct from the general common law of England, and civil law sources and comparative law played a significant role in the development of maritime law (*Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683 (*Chartwell*), at page 715, *per* Justice L’Heureux-Dubé in concurring reasons). Indeed, until 1858, pleading before the Admiralty Court in England was restricted to doctors of civil law (*Canadian Maritime Law*, at page 168).

[37] The body of law that is Canadian maritime law is derived from a long international tradition that draws in large part from both the common law and the civil law (*Chartwell*, at pages 691–692, *per* Justice McLachlin in concurring reasons; See also *Wärtsilä*, at paragraph 19; *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437 (*Ordon Estate*), at paragraph 71). It is also international in nature and ought to be interpreted within the modern context of commerce and shipping (*Chartwell*, at pages 691–692, *per* Justice McLachlin in concurring reasons). The importance of uniformity between jurisdictions in maritime matters has long been recognized (*Ordon Estate*, at paragraphs 71 and 79; *Wärtsilä*, at paragraphs 55–56).

[38] Ultimately, there is no simple answer to the question of what is Canadian maritime law. The sources of Canadian maritime law have been summarized in *Canadian Maritime Law*, and include [at page 173]:

- Federal statutes, including the *Federal Courts Act*, the *Admiralty Act 1890*, and the *Admiralty Act 1934*, and any other maritime law statute enacted by the Parliament of Canada, such as the *Canada Shipping Act 2001* and the *Marine Liability Act*;
- Caselaw, namely, jurisprudence of English courts until 1934, the jurisprudence of Canadian courts before 1934 and since then, both federal and provincial;

droit était fortement de nature civile, malgré de fortes influences de la common law » (*Canadian Maritime Law*, à la page 168). Le droit dont l’application relevait de la Haute Cour d’amirauté était distinct de la common law générale d’Angleterre, et les sources de droit civil et le droit comparé ont joué un rôle important dans l’évolution du droit maritime (*Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683 (*Chartwell*), à la page 715, selon la juge L’Heureux-Dubé dans ses motifs concordants). En effet, jusqu’en 1858, la plaidoirie devant la Cour d’amirauté d’Angleterre était réservée aux docteurs en droit civil (*Canadian Maritime Law*, à la page 168).

[37] Le corps de règles qui constitue le droit maritime canadien est issu d’une longue tradition internationale qui s’inspire en grande partie de la common law et du droit civil (*Chartwell*, aux pages 691 et 692, selon la juge McLachlin dans ses motifs concordants; voir aussi l’arrêt *Wärtsilä*, au paragraphe 19; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437 (*Succession Ordon*), au paragraphe 71). Il est également de nature internationale et doit être interprété dans le contexte moderne du commerce et de la navigation (*Chartwell*, aux pages 691 et 692, selon la juge McLachlin dans ses motifs concordants). L’importance de l’uniformité entre les juridictions en matière maritime est reconnue depuis longtemps (*Succession Ordon*, aux paragraphes 71 et 79; *Wärtsilä*, aux paragraphes 55 et 56).

[38] En fin de compte, il ne saurait y avoir de réponse simple à la question de savoir ce qu’est le droit maritime canadien. Les sources du droit maritime canadien ont été résumées dans *Canadian Maritime Law*, et comprennent [à la page 173] :

[TRADUCTION]

- Les lois fédérales, notamment la *Loi sur les Cours fédérales*, l’*Admiralty Act 1890* et l’*Admiralty Act 1934*, et toute autre loi de droit maritime adoptée par le Parlement du Canada, comme la *Loi sur la marine marchande du Canada de 2001* et la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*;
- La jurisprudence, notamment la jurisprudence des tribunaux anglais jusqu’en 1934, la jurisprudence des tribunaux canadiens avant 1934 et depuis lors, à la fois fédérale et provinciale;

- Principles of civil law and the common law as may be determined as applicable through a comparative methodology in a maritime law setting by the courts;
- International maritime law conventions.

[39] In *Ordon Estate* and *Wärtsilä*, the Supreme Court highlighted that Canadian maritime law has sources that are both statutory and non-statutory, national and international, common law and civilian, and such sources include but are not limited to the specialized rules and principles of admiralty, and the rules and principles applied in admiralty cases, first as administered in England, and since then as amended by the Canadian Parliament and developed by judicial precedent to date (*Wärtsilä*, at paragraph 21; *Ordon Estate*, at paragraph 75).

[40] Turning back to *Wärtsilä*, in that case, the central issue was whether a manufacturer and supplier of marine engines, *Wärtsilä Nerderland B.V.* and its Canadian division (*Wärtsilä Canada*), was entitled to rely on the limitation of liability clause in its contract with *Transport Desgagnés Inc. (TDI)*. TDI had purchased marine engine parts for one of its vessels. Several years after the parts were installed, the engine failed causing loss and damage. The question on appeal was whether Canadian maritime law or the Civil Code governed TDI's contractual claim. The choice of law clause in the contract provided for the "laws in force at the registered office of the Supplier", which the trial judge interpreted as *Wärtsilä Canada's* place of business in Montréal, Quebec (at paragraph 6).

[41] The majority of the Supreme Court stated that the constitutional analysis was only necessary in *Wärtsilä* because "the choice of law clause in the agreement (clause 15.1) does not indicate whether Canadian maritime law or Quebec civil law governs the contract" (at paragraph 6). The majority held that notwithstanding that the sale of marine engine parts for use on a commercial vessel is governed by Canadian maritime law, the Civil Code

- Les principes du droit civil et de common law qui peuvent être jugés applicables par les tribunaux à la suite d'une méthodologie comparative dans un contexte de droit maritime;
- Les conventions de droit maritime international.

[39] Dans les arrêts *Succession Ordon* et *Wärtsilä*, la Cour suprême a souligné que le droit maritime canadien a des sources qui sont à la fois législatives et non législatives, nationales et internationales, de common law et civilistes, et que ces sources comprennent, mais sans s'y restreindre, à la fois les règles et principes spéciaux applicables en matière d'amirauté ainsi que les règles et principes appliqués aux affaires d'amirauté, tels qu'ils étaient appliqués en Angleterre, et qui ont depuis lors été modifiés par le Parlement canadien et se sont développés jusqu'à ce jour au gré de la jurisprudence (*Wärtsilä*, au paragraphe 21; *Succession Ordon*, au paragraphe 75).

[40] Pour en revenir à l'affaire *Wärtsilä*, la question centrale était de savoir si un fabricant et fournisseur de moteurs marins, *Wärtsilä Nerderland B.V.* et sa division canadienne (*Wärtsilä Canada*), était en droit d'invoquer la clause de limitation de responsabilité figurant dans son contrat avec *Transport Desgagnés Inc. (TDI)*. TDI avait acheté des pièces de moteur pour l'un de ses navires. Plusieurs années après l'installation des pièces, le moteur est tombé en panne, causant des pertes et des dommages. La question en appel était de savoir si c'était le droit maritime canadien ou le Code civil qui régissait la demande de nature contractuelle présentée par TDI. La clause de désignation du droit applicable dans le contrat prévoyait que le contrat était régi par les « lois en vigueur à l'endroit où est établi le siège social du fournisseur », ce que le juge de première instance a interprété comme désignant la place d'affaires de *Wärtsilä Canada* à Montréal, au Québec (au paragraphe 6).

[41] La majorité de la Cour suprême a déclaré que l'analyse constitutionnelle n'était nécessaire dans l'arrêt *Wärtsilä* que parce que « la clause de désignation du droit applicable dans le contrat (clause 15.1) ne précise pas lequel du droit maritime canadien ou du droit civil québécois régit le contrat » (au paragraphe 6). De l'avis de la majorité, nonobstant le fait que la vente de pièces de moteur de navire destinées à un bâtiment commercial



article pertaining to warranties in contracts of sale (article 1733) was also directed at the same factual situation, thereby giving rise to a double aspect scenario (at paragraph 5). The fact that Canadian maritime law extended to the matter at issue, did not mean that the overlapping provincial rule, article 1733 of the Civil Code, could not also validly govern the sale (at paragraphs 80–81).

[42] The majority highlighted that “a valid provincial enactment will be allowed to have incidental effects on a federal head of power—in this case navigation and shipping—unless either interjurisdictional immunity or federal paramountcy is found to apply” (at paragraph 87). The majority held that the contractual issue raised in the case was not at the core of navigation and shipping, with the result that the doctrine of interjurisdictional immunity was not applied so as to render article 1733 of the Civil Code inapplicable to the matter (at paragraphs 5, 94 and 97). In considering the issue of interjurisdictional immunity, the majority, as relied upon by the defendants, affirmed that maritime negligence is a core element of maritime law because it is essential to establish a consistent, uniform body of specialized rules to regulate the behaviour of those who engage in marine activities (at paragraph 96).

[43] The majority distinguished the contractual issues raised by TDI’s claim from issues of maritime negligence. The majority noted that sophisticated parties to a sale contract for marine equipment could have determined in advance that the “federal body of rules tailored for the practical realities of commercial actors in the maritime sector” (i.e. Canadian maritime law) applied to their contract (at paragraph 97). Just as “had the parties referred explicitly to the *C.C.Q.* in the clause of their contract dealing with the choice of law, there would be no question that it would govern this dispute and therefore no division of powers analysis to undertake” (at paragraph 97). The majority explained its reasoning as follows [at paragraph 97]:

était régie par le droit maritime canadien, l’article du Code civil relatif aux garanties dans les contrats de vente (article 1733) visait également la même situation factuelle qui présentait ainsi un double aspect (au paragraphe 5). Le fait que le droit maritime canadien s’étendait à la question en cause ne signifiait pas que la règle provinciale chevauchante, l’article 1733 du Code civil, ne pouvait tout aussi valablement régir la vente (aux paragraphes 80 et 81).

[42] La majorité a souligné qu’« un texte législatif provincial valide pourra avoir des effets accessoires sur un chef de compétence fédérale — en l’occurrence la navigation et les bâtiments ou navires — à moins qu’il soit conclu que la doctrine de l’exclusivité des compétences ou celle de la prépondérance fédérale s’applique » (au paragraphe 87). La majorité a conclu que la question contractuelle soulevée dans l’affaire ne touchait pas au contenu essentiel du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires. La majorité a, en conséquence, refusé d’appliquer la doctrine de l’exclusivité des compétences de façon à rendre l’article 1733 du Code civil inapplicable à l’affaire (aux paragraphes 5, 94 et 97). En examinant la question de l’exclusivité des compétences, la majorité, dont les défendeurs invoquent l’avis, a affirmé que la négligence en matière maritime est au cœur de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires parce qu’il est essentiel d’établir un ensemble cohérent et uniforme de règles particulières afin de réglementer la conduite de ceux qui exercent des activités maritimes (au paragraphe 96).

[43] La majorité a distingué les questions contractuelles soulevées par la demande de TDI des questions de négligence en matière maritime. La majorité a noté que les parties averties qui ont conclu un contrat de vente d’équipement auraient pu déterminer à l’avance quel « ensemble de règles fédérales adaptées aux réalités pratiques des joueurs commerciaux dans le secteur maritime » (c’est-à-dire le droit maritime canadien) s’appliquait à leur contrat (au paragraphe 97). De même, « si les parties avaient désigné expressément le *C.c.Q.* dans la clause de leur contrat portant sur la détermination du droit applicable, il n’aurait fait aucun doute que celui-ci régirait le présent litige et aucune analyse sur le partage des compétences ne serait nécessaire » (au paragraphe 97). La majorité a expliqué son raisonnement comme suit [au paragraphe 97]:

.... As Laskin C.J. wrote in *Tropwood*, it is indeed possible that, in the exercise of its concurrent jurisdiction over maritime matters, the Federal Court might apply foreign law as elected by contract (pp. 166-67). In our view, this is a clear indication that, contrary to what was necessary for maritime negligence, it is not essential for the exercise of federal competence over navigation and shipping that only one body of law—Canadian maritime law—regulate such contracts.

[44] As noted by the majority, the Federal Court can apply foreign law in the exercise of its concurrent jurisdiction over maritime matters, and thus by extension provincial law as well. The application of provincial law, where there is a double aspect scenario with Canadian maritime law, does not oust the jurisdiction of the Federal Court.

[45] In the present matter, not only do issues of maritime negligence fall within the core of navigation and shipping, the plaintiff and the defendants had no such contractual relationship that would have opened the door, so to speak, to the possibility of another body of law being applicable.

[46] In considering the issue of federal paramountcy, the majority declined Wärtsilä Canada's invitation "to render art. 1733 *C.C.Q.* inoperative based on a conflict with the rule expressed in the *Sale of Goods Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 71, that allows for the limitation of the seller's liability" (at paragraph 103). The majority rejected Wärtsilä Canada's position that "rules set out in English statutes could be paramount to valid provincial laws for the sole reason that they were applied by Canadian or English admiralty courts until 1934" (at paragraph 103). The majority concluded that article 1733 of the Civil Code was operative and governed the dispute, prevailing over the Canadian non-statutory maritime law pled by Wärtsilä Canada (at paragraphs 103–106). In so finding, the majority expressed concerns about and rejected Wärtsilä Canada's argument that section 2 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, describing the substantive content of Canadian maritime law, much

[...] Comme l'a écrit le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Tropwood*, il est en effet possible que, dans l'exercice de sa compétence concurrente sur les affaires maritimes, la Cour fédérale doive appliquer le droit étranger choisi par contrat (p. 166-167). À notre avis, il ressort clairement de ce qui précède que, contrairement à ce qui était nécessaire pour la négligence en matière maritime, il n'est pas essentiel à l'exercice de la compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires qu'un seul ensemble de règles de droit — le droit maritime canadien — régleme[n]te ces contrats.

[44] Comme l'a noté la majorité, la Cour fédérale peut appliquer le droit étranger dans l'exercice de sa compétence concurrente en matière maritime, et donc par extension le droit provincial également. L'application du droit provincial, lorsqu'il existe une situation factuelle qui présente un double aspect et relève aussi du droit maritime canadien, n'écarte pas la compétence de la Cour fédérale.

[45] En l'espèce, non seulement s'agit-il de questions de négligence en matière maritime qui touchent au contenu essentiel du chef de compétence fédérale sur la navigation et les bâtiments ou navires, mais le demandeur et les défendeurs n'avaient pas de relation contractuelle, qui aurait ouvert la porte, pour ainsi dire, à la possibilité qu'un autre corps de règles soit applicable.

[46] En ce qui concerne la question de la prépondérance fédérale, la majorité a décliné l'invitation de Wärtsilä Canada à « rendre inopérant l'art. 1733 *C.c.Q.* en raison de son incompatibilité avec la règle contenue dans la *Sale of Goods Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., c. 71, qui permet de limiter la responsabilité du vendeur » (au paragraphe 103). La majorité a rejeté la position de Wärtsilä Canada voulant que « les règles contenues dans les lois anglaises puissent avoir prépondérance sur des lois provinciales valides seulement parce qu'elles ont été appliquées par les cours d'amirauté canadiennes ou anglaises jusqu'en 1934 » (au paragraphe 103). La majorité a conclu que l'article 1733 du Code civil était opérant et régissait le litige, l'emportant sur le droit maritime canadien non statutaire invoqué par Wärtsilä Canada (aux paragraphes 103 à 106). En concluant ainsi, la majorité a exprimé des réserves quant à l'argument de Wärtsilä Canada selon lequel l'article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985),

of which is non-statutory, had the effect of rendering Canadian maritime law as a whole paramount to provincial legislation (at paragraph 104). The majority stated that “we cannot infer from the exercise of Parliament’s jurisdiction in a particular area the intention to occupy the entire field exclusively, absent very clear statutory language” and thus section 2 of the *Federal Courts Act* did not trigger the application of the doctrine of federal paramountcy in the manner in which *Wärtsilä Canada* submitted [at paragraph 105].

[47] The section of the judgment in *Wärtsilä* upon which the plaintiff relies is the majority’s analysis of the application of the doctrine of federal paramountcy. In particular, the statements to the effect that rules of non-statutory Canadian maritime law do not trigger the doctrine of federal paramountcy so to prevent the operation of, or prevail over, valid provincial legislation (at paragraphs 101, 103 and 106).

[48] One must be cautious taking the statements made by the majority, made in the context of rejecting *Wärtsilä Canada*’s arguments on federal paramountcy, and extrapolating them for broader application. Much of Canadian maritime law is indeed non-statutory law. It cannot be said however that maritime matters such as salvage, general average, charterparties, to name but a few, are now to be governed by provincial statutory law. Any such provincial statute may raise issues of the constitutional power to legislate in an area that is exclusively federal.

[49] I do not fault the parties for jockeying for the application of the law that provides them with an advantage or strengthens their position in a dispute. Commentators have noted that a measure of uncertainty as to the application of certain areas of Canadian maritime law has resulted from the statements made by the Supreme Court in *Wärtsilä* (Elizabeth Raymer, “Provincial rather than maritime law applies to marine engine contract: SCC”, 28 November 2019, *Canadian Lawyer Magazine* online; Rui Fernandes,

ch. F-7, décrivant le contenu substantiel du droit maritime canadien, dont une grande partie est non statutaire, avait pour effet de conférer au droit maritime canadien, dans son ensemble, préséance sur les lois provinciales (au paragraphe 104). La majorité a déclaré ne pas pouvoir « inférer de l’exercice par le Parlement de sa compétence dans un domaine particulier que celui-ci a l’intention d’occuper exclusivement tout le champ, s’il n’y a aucun texte de loi clair à cet effet » et conclu que, par conséquent, l’article 2 de la *Loi sur les Cours fédérales* ne déclenchait pas l’application de la doctrine de la prépondérance de la façon dont l’avait suggéré *Wärtsilä Canada* [au paragraphe 105].

[47] La partie de l’arrêt *Wärtsilä* sur laquelle s’appuie le demandeur correspond à l’analyse par la majorité de l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale. En particulier, il est question des déclarations selon lesquelles les règles du droit maritime canadien non statutaires ne déclenchent pas l’application de la doctrine de la prépondérance fédérale de manière à empêcher l’application d’une loi provinciale valide ou à l’emporter sur celle-ci (aux paragraphes 101, 103 et 106).

[48] Il faut faire preuve de prudence quant aux déclarations de la majorité, faites dans le contexte du rejet des arguments de *Wärtsilä Canada* sur la prépondérance fédérale, et à leur extrapolation pour une application plus large. En effet, une grande partie du droit maritime canadien est non statutaire. On ne peut cependant pas dire que les questions maritimes telles que le sauvetage, l’avarie commune, les chartes-parties, pour n’en nommer que quelques-unes, doivent maintenant être régies par le droit statutaire provincial. Tout texte législatif de ce genre peut soulever des questions quant au pouvoir constitutionnel de légiférer dans un domaine exclusivement fédéral.

[49] Je ne reproche pas aux parties de chercher à obtenir l’application de la loi qui leur procure un avantage ou renforce leur position dans un litige. Des auteurs de doctrine ont noté que les déclarations de la Cour suprême dans l’arrêt *Wärtsilä* ont entraîné une certaine incertitude quant à l’application de certains domaines du droit maritime canadien (Elizabeth Raymer, « Provincial rather than maritime law applies to marine engine contract : SCC », 28 novembre 2019, *Canadian Lawyer Magazine*, en ligne; Rui

“Uniformity of Canadian Maritime Law Takes a Hit”, December 7, 2019, Fernandes Hearn LLP online; George Pollack, Joseph-Anaël Lemieux and Michael H. Lubetsky, “*Desgagnes Transport v Wärtsilä Canada*: Canadian Maritime Law Enters Uncharted Waters”, December 4, 2019, Davies Ward Phillips & Vineberg LLP online; Sean Harrington, “*Transport Desgagnes Inc v Wärtsilä Canada Inc*. A Case Comment”, December 2019, Canadian Maritime Law Association online; David Constantine and Joe Thorne, “Provincial Law Voids Limitations of Liability in Contract for Ship’s Engine Parts”, January 7, 2020, Stewart McKelvey LLP online; Charles Kazaz and Ian Breneman, “The Little Engine that Couldn’t: SCC Rules on Limitation of Liability for Sale of Ship Engine Parts”, December 4, 2019, Blake, Cassels & Graydon LLP online). Naturally, such uncertainty encourages both forum shopping and debates on the applicable law. Nevertheless, the Court should not permit the ripples of uncertainty to spread through an unrestricted application of the language used in *Wärtsilä* without a careful consideration of its context and of the actual *ratio decidendi* of *Wärtsilä*.

[50] I therefore find that the Supreme Court’s decision in *Wärtsilä* does not have the effect of making *res judicata* and abuse of process as codified in the Civil Code and the *Code of Civil Procedure*, applicable to the component of the plaintiff’s maritime negligence claim at issue in the present motion. The applicable law is that of issue estoppel and abuse of process.

[51] Issue estoppel has been considered and applied by this Court in numerous instances in the context of motions for summary judgment (*Oriji; Apotex Inc. v. Merck & Co.*, 2002 FCA 210, [2003] 1 F.C. 242; *Google LLC v. Sonos, Inc.*, 2021 FC 1462, 2021 A.C.W.S. 782) and in the context of maritime matters (*Fingad Shipping Ltd. v. Ningbo Arts & Crafts Imp & Exp. Co. Ltd.*, 2015 FC 851, 256 A.C.W.S. (3d) 514; *Royal Bank of Canada v. Seamount Marine Ltd.*, 2019 FC 1043, 310 A.C.W.S. (3d) 245; *Offshore Interiors Inc. v. Worldspan Marine Inc.*, 2016 FC 27, 262 A.C.W.S. (3d) 362; *Canpotex Shipping Services Limited v. Marine Petrobulk Ltd.*, 2019 FC 89 (CanLII)).

Fernandes, « Uniformity of Canadian Maritime Law Takes a Hit », 7 décembre 2019, Fernandes Hearn LLP, en ligne; George Pollack, Joseph-Anaël Lemieux et Michael H. Lubetsky, « *Transport Desgagnes c. Wärtsilä Canada* : le droit maritime canadien change de cap », 4 décembre 2019, Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, en ligne; Sean Harrington, « *Transport Desgagnes Inc v Wärtsilä Canada Inc*. A Case Comment », décembre 2019, l’Association canadienne de droit maritime, en ligne; David Constantine et Joe Thorne, « Provincial Law Voids Limitations of Liability in Contract for Ship’s Engine Parts », January 7, 2020, Stewart McKelvey LLP, en ligne; Charles Kazaz et Ian Breneman, « Vente de pièces de moteur de navire : la CSC se prononce sur la limitation de responsabilité », 4 décembre 2019, Blake, Cassels & Graydon LLP, en ligne). Naturellement, une telle incertitude encourage à la fois le sondage des tribunaux et les débats sur le droit applicable. Néanmoins, la Cour ne devrait pas permettre aux vagues d’incertitude de se propager par une application sans restriction des énoncés formulés dans l’arrêt *Wärtsilä*, sans tenir soigneusement compte de leur contexte et de la *ratio decidendi* réelle de l’arrêt *Wärtsilä*.

[50] Je conclus donc que l’arrêt de la Cour suprême dans l’affaire *Wärtsilä* n’a pas pour effet de rendre les doctrines de l’autorité de la chose jugée et de l’abus de procédure, codifiées dans le Code civil et le *Code de procédure civile*, applicables à l’élément de la demande du demandeur pour négligence en matière maritime, qui est en cause dans la présente requête. Les règles de droit applicables trouvent leurs origines dans le principe de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée et dans celui de l’abus de procédure.

[51] La préclusion découlant d’une question déjà tranchée a été examinée et appliquée par notre Cour à de nombreuses reprises dans le contexte des requêtes en jugement sommaire (*Oriji; Apotex Inc. c. Merck & Co.*, 2002 CAF 210, [2003] 1 C.F. 242; *Google LLC c. Sonos, Inc.*, 2021 CF 1462) et dans le contexte des affaires maritimes (*Fingad Shipping Ltd. c. Ningbo Arts & Crafts Imp & Exp. Co. Ltd.*, 2015 CF 851; *Banque Royale du Canada c. Seamount Marine Ltd.*, 2019 CF 1043; *Offshore Interiors Inc. c. Worldspan Marine Inc.*, 2016 CF 27; *Canpotex Shipping Services Limited c. Marine Petrobulk Ltd.*, 2019 CF 89 (CanLII)).

[52] The doctrine of abuse of process, as pleaded by the defendants, is well established in this Court. Judges at common law have an inherent and residual discretion to prevent an abuse of the court's process (*Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (*Toronto City*), at paragraph 35; *Oriji*, at paragraph 63). This Court has broad plenary powers to regulate the proceedings before it and address actual or potential abuses of its process (*Fabrikant v. Canada*, 2018 FCA 171, 296 A.C.W.S. (3d) 692). This doctrine permits the Court to prevent relitigation where the same issue has previously been determined (*Oriji*, at paragraphs 63–64; *Lebrasseur v. Canada*, 2011 FC 1075, 418 F.T.R. 49, at paragraph 36). This doctrine of abuse of the Court's process is also a ground for ordering that a pleading be struck where it is *res judicata* (paragraph 221(1)(f) of the Rules; *Beattie v. Canada*, 2001 FCA 309, [2002] 1 F.C. D-43).

[53] A final point is that the application of *Wärtsilä* was pleaded by the parties in the context of the subject matter of the claim (i.e. maritime negligence) and has thus been analyzed accordingly. It was common ground at the hearing that issues of issue estoppel and *res judicata* are issues of substantive law and thus fall to be decided in line with the law applicable to the action (Canadian maritime law), albeit in the plaintiff's submission this aspect of the case attracts the application of the Civil Code on the authority of *Wärtsilä*.

[54] Placing that aside, I would also state, considering the issue from a different angle, that I am not prepared to find that *Wärtsilä* has such a far reaching application that it overrides this Court's broad plenary powers to address actual or potential abuses of its process in the context of a maritime matter. In addition, I do not consider that the issues raised in the present motion attract the application of rule 4 of the Rules, commonly referred to as the "gap rule", that permits the Court to fill a gap of a procedural nature by adopting the practice of a superior court of the province. To the extent that issues raised by the parties may be considered procedural, I do not find there to be a gap that would enable, from a procedural perspective, the practice of the Quebec Superior Court to apply to the matter at hand.

[52] La doctrine de l'abus de procédure, invoquée par les défendeurs, est bien établie dans la jurisprudence de la Cour. En common law, les juges disposent, pour empêcher les abus de procédure, d'un pouvoir discrétionnaire résiduel inhérent (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (*Toronto (Ville)*), au paragraphe 35; *Oriji*, au paragraphe 63). La Cour est habile à réguler les instances dont elle est saisie et à remédier aux abus de procédure réels ou potentiels en raison de sa plénitude de compétence (*Fabrikant c. Canada*, 2018 CAF 171). Cette doctrine permet à la Cour d'empêcher le réexamen d'une question lorsque la même question a déjà été tranchée (*Oriji*, aux paragraphes 63 et 64; *Lebrasseur c. Canada*, 2011 CF 1075, au paragraphe 36). La doctrine de l'abus de procédure est également un motif pour ordonner la radiation d'un acte de procédure lorsqu'il y a chose jugée (alinéa 221(1)f) des Règles; *Beattie c. Canada*, 2001 CAF 309, [2002] 1 C.F. F-43).

[53] Enfin, l'application de l'arrêt *Wärtsilä* a été invoquée par les parties dans le contexte de l'objet de la demande (c'est-à-dire la négligence en matière maritime) et a donc été analysée en conséquence. Il a été reconnu à l'audience que les questions de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de l'autorité de la chose jugée sont des questions de droit substantiel et doivent donc être tranchées conformément au droit applicable à l'action (le droit maritime canadien), bien que, selon le demandeur, cet aspect de l'affaire appelle l'application du Code civil sur le fondement de l'arrêt *Wärtsilä*.

[54] Cela mis à part, je voudrais ajouter, en ce qui concerne l'examen de la question sous un angle différent, que je ne suis pas disposée à conclure que l'arrêt *Wärtsilä* a une application d'une portée telle qu'il a préséance sur la plénitude de compétence de la Cour pour traiter les abus réels ou potentiels de sa procédure dans le contexte d'une affaire maritime. En outre, je ne considère pas que les questions soulevées dans la présente requête justifient l'application de la règle 4 des Règles, communément appelé « règle des lacunes », qui permet à la Cour de combler une lacune de nature procédurale par renvoi à la pratique d'une cour supérieure de la province. Dans la mesure où il est possible de juger que les questions soulevées par les parties sont de nature procédurale, je ne puis conclure qu'il existe une lacune qui permettrait,

## V. Analysis

[55] It is common ground between the parties that the compensation provided by the CNESST impacts the plaintiff's action against the defendants. Win or lose, the compensation received from the CNESST is a factor that must be taken into account.

[56] The parties disagree, however, on the impact of the CNESST Review Decision, both factually and legally, on the component of the plaintiff's claim that is at issue in the present motion. This component being whether the plaintiff has suffered a loss of income and a reduction of future earning potential from July 5, 2017 onwards as a result of the alleged negligence of the defendants. Furthermore, the parties disagree as to the impact on the present dispute of the Settlement Agreement between the plaintiff and his employers, and the language used therein.

[57] The defendants submit that the CNESST determined, in both the CNESST Decision and the CNESST Review Decision, that the plaintiff has not suffered a loss of income after July 4, 2017. As a result, the defendants plead that issue estoppel applies with respect to the CNESST Review Decision such that the matter cannot be re-litigated before this Court. The defendants submit that they meet the three criteria for issue estoppel to apply, that: (1) the same question has been decided; (2) the judicial decision which is said to create the estoppel was final; and (3) the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies (*Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460 (*Danyluk*), at paragraph 25) As for the last criteria of mutuality, the defendants plead that it is satisfied where there is a sufficient degree of interest between the parties (*Danyluk*, at paragraph 60), namely, the defendants and the plaintiff's employers. Alternatively, the defendants submit, the doctrine of abuse of process should be applied to preclude the reopening of litigation in circumstances such as these where the strict requirements of

d'un point de vue procédural, le renvoi en l'espèce à la pratique de la Cour supérieure du Québec.

## V. Analyse

[55] Les parties s'entendent pour dire que l'indemnisation accordée par la CNESST a une incidence sur l'action du demandeur contre les défendeurs. Que le demandeur obtienne ou non gain de cause, l'indemnisation reçue de la CNESST est un facteur dont il faut tenir compte.

[56] Les parties sont toutefois en désaccord sur l'incidence de la décision de révision de la CNESST, tant en fait qu'en droit, sur le volet de la demande du demandeur qui est en cause dans la présente requête. Cet élément consiste à déterminer si le demandeur a subi une perte de revenus et une diminution de la capacité de gain futur à partir du 5 juillet 2017 en raison de la négligence alléguée des défendeurs. En outre, les parties sont en désaccord quant à l'incidence sur le présent différend de l'entente de règlement entre le demandeur et ses employeurs, et les termes utilisés dans cette entente.

[57] Les défendeurs soutiennent que la CNESST a déterminé, tant dans la décision initiale que dans la décision de révision, que le demandeur n'a pas subi de perte de revenus après le 4 juillet 2017. Ils font par conséquent valoir que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique en ce qui concerne la décision de révision de la CNESST, de sorte que la question ne saurait être remise en cause devant notre Cour. Les défendeurs soutiennent que les trois critères relatifs à l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée sont remplis, à savoir : 1) que la même question ait été décidée; 2) que la décision judiciaire invoquée comme créant la préclusion soit finale; et 3) que les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties engagées dans l'affaire où la préclusion est soulevée, ou leurs ayants droit (*Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460 (*Danyluk*), au paragraphe 25). Quant au dernier critère de réciprocité, les défendeurs soutiennent qu'il est rempli lorsqu'il existe un degré suffisant d'intérêt entre les parties (*Danyluk*, au paragraphe 60), à savoir les défendeurs et les employeurs du demandeur. Subsidiairement, les

issue estoppel, and specifically the privacy and mutuality requirements, have not been met (*Toronto City*, at paragraph 37; *Oriji*, at paragraphs 63–64).

[58] The defendants highlight that the fact that the plaintiff’s expert used a methodology to calculate future revenue that is more favourable to the plaintiff than the one used by the CNESST does not detract from the final and binding nature of the CNESST Review Decision. The defendants submit that there is no evidence that the process before the CNESST was limited or restricted in any way. In other words, the defendants plead that the plaintiff is inappropriately seeking to get a second kick at the can (*Danyluk*, at paragraph 18).

[59] The defendants submit that the CNESST, a specialized administrative decision maker, considered the material elements of this component of the plaintiff’s claim and then conclusively determined the very same issue that is currently before the Court. The plaintiff had lodged an appeal of the CNESST Review Decision at the Tribunal, but then withdrew it before it was heard. The matter, in the defendants’ view, has been put to rest. The defendants rely on, *inter alia*, *Oriji*, where Justice Layden-Stevenson concluded that “the principle of the finality of decisions requires that in the public interest, the possibilities for indirect challenges of an administrative decision be limited and circumscribed, especially when Parliament has opted for a procedure for direct challenge of the decision within defined parameters” (at paragraph 65).

[60] The plaintiff does not dispute that the CNESST Review Decision is final. The plaintiff pleads, however, that for a variety of reasons the decision does not preclude the plaintiff from claiming lost revenue from July 5, 2017 onwards. The plaintiff submits that the basis upon which the CNESST performed its analysis was more narrow, did not consider the same factors, and does

défendeurs soutiennent qu’il convient d’appliquer la doctrine de l’abus de procédure pour empêcher la réouverture d’un litige dans des circonstances telles que celles-ci où les exigences strictes de la préclusion découlant d’une question déjà tranchée, et plus particulièrement les exigences de confidentialité et de réciprocité, n’ont pas été respectées (*Toronto (Ville)*, au paragraphe 37; *Oriji*, aux paragraphes 63 et 64).

[58] Selon les défendeurs, le fait que l’expert du demandeur ait utilisé une méthodologie de calcul des revenus futurs plus favorable au demandeur que celle utilisée par la CNESST n’enlève rien au caractère définitif et exécutoire de la décision de révision de la CNESST. Les défendeurs soutiennent qu’il n’existe aucune preuve que la procédure devant la CNESST a été limitée ou restreinte de quelque manière que ce soit. En d’autres termes, les défendeurs affirment que le demandeur cherche de manière inappropriée à avoir une seconde chance (*Danyluk*, au paragraphe 18).

[59] Les défendeurs soutiennent que la CNESST, un décideur spécialisé en droit administratif, a examiné les éléments matériels de ce volet de la demande du demandeur et a ensuite tranché de manière concluante la même question dont est saisie actuellement la Cour. Le demandeur avait interjeté appel de la décision de révision de la CNESST devant le Tribunal, mais il s’en est désisté avant qu’il ne soit entendu. Selon les défendeurs, l’affaire est close. Les défendeurs invoquent, entre autres, la décision *Oriji*, dans laquelle la juge Layden-Stevenson a conclu que « le principe de la finalité des décisions commande, dans l’intérêt public, que les possibilités de contestations indirectes d’une décision administrative soient limitées et circonscrites, particulièrement lorsque le législateur a opté pour une procédure de contestation directe de cette décision, à l’intérieur de paramètres définis » (au paragraphe 65).

[60] Le demandeur ne conteste pas le caractère définitif de la décision de révision de la CNESST. Il soutient toutefois que, pour diverses raisons, la décision ne l’empêche pas de présenter une demande pour perte de revenus subie à partir du 5 juillet 2017. Le demandeur affirme que l’analyse de la CNESST reposait sur un fondement plus étroit, qu’elle n’avait pas pris en compte

not encompass what the plaintiff is now claiming. In other words, the plaintiff's position is that his claim for loss of revenue is broader under Canadian maritime law than it was under the CNESST process. The plaintiff likens the CNESST regime to an insurance regime, which compensates plaintiffs but does not cover all his losses. The plaintiff relies on his affidavit, an expert report dated June 12, 2019, and the language of the Settlement Agreement in support of his position that a loss of revenue occurred after July 4, 2017, and will continue to occur in the future notwithstanding the CNESST Review Decision.

[61] The plaintiff further submits that in any event, the defendants were not parties to, nor did they have any involvement with, the CNESST proceedings. The plaintiff equally submits that the Settlement Agreement, which provided for the discontinuance of the appeal to the Tribunal, was between the plaintiff, his employers and his union representative. The defendants were, in the plaintiff's view, strangers to that transaction and therefore not entitled to rely on any of its terms. The plaintiff relies upon, among other things, the Supreme Court in *Danyluk* for the proposition that the defendants, strangers to the earlier proceedings, are seeking to benefit from those proceedings even though they are not bound by them [at paragraph 59]:

(c) *That the Parties to the Judicial Decision or Their Privies Were the Same Persons as the Parties to the Proceedings in Which the Estoppel Is Raised or Their Privies*

This requirement assures mutuality. If the limitation did not exist, a stranger to the earlier proceeding could insist that a party thereto be bound in subsequent litigation by the findings in the earlier litigation even though the stranger, who became a party only to the subsequent litigation, would not be: *Machin, supra; Minott v. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 OR (3d) 321 (C.A.), *per* Laskin J.A., at pp. 339-40.

[62] The thrust of the plaintiff's argument is that there is no mutuality as required under the doctrine of issue estoppel, and in any event, the issue is not the same because this component of his claim is based on Canadian

les mêmes facteurs et qu'elle n'englobait pas ce que le demandeur réclame maintenant. En d'autres termes, la position du demandeur est que sa demande pour perte de revenus a une portée plus large en vertu du droit maritime canadien que celle examinée en vertu du processus de la CNESST. Le demandeur compare le régime de la CNESST à un régime d'assurance, qui indemnise les demandeurs, mais qui ne couvre pas toutes leurs pertes. Le demandeur s'appuie sur son affidavit, un rapport d'expert daté du 12 juin 2019, et le libellé de l'entente de règlement pour faire valoir qu'il a subi une perte de revenus après le 4 juillet 2017, perte qui continuera de se produire, malgré la décision de révision de la CNESST.

[61] Le demandeur soutient en outre que de toute façon, les défendeurs n'étaient pas parties à la procédure de la CNESST et n'y ont pas participé. Le demandeur soutient également que l'entente de règlement, qui prévoyait le désistement de l'appel devant le Tribunal, était intervenue entre le demandeur, ses employeurs et son représentant syndical. Les défendeurs étaient, de l'avis du demandeur, des tiers à cette transaction et n'étaient donc pas en droit de s'appuyer sur l'une de ses conditions. Le demandeur s'appuie, entre autres, sur l'arrêt de la Cour suprême dans l'affaire *Danyluk* pour affirmer que les défendeurs, tiers aux procédures antérieures, cherchent à bénéficier de ces procédures même s'ils ne sont pas liés par elles [au paragraphe 59] :

c) *La condition requérant que les parties à la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, soient les mêmes que les parties aux procédures au cours desquelles la préclusion est plaidée, ou leurs ayants droit*

Cette condition garantit la réciprocité. Si elle ne s'appliquait pas, un tiers aux procédures antérieures pourrait exiger qu'une partie à celles-ci soit considérée comme liée, dans le cadre d'une instance ultérieure, par les conclusions tirées au cours des premières procédures, alors que ce tiers, qui ne serait partie qu'à la seconde instance, ne serait pas lié par ces conclusions : *Machin*, précité; *Minott c. O'Shanter Development Co.* (1999), 42 O.R. (3d) 321 (C.A.), le juge Laskin, p. 339-340.

[62] Le demandeur affirme essentiellement qu'il n'y a pas de réciprocité comme l'exige la doctrine de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et que, de toute façon, la question n'est pas la même parce que cet



maritime law rather than Quebec's *Act respecting industrial accidents and occupational diseases*, CQLR, c. A-3.001.

[63] Upon a careful review of the material filed by the parties, and upon considering the submissions made by counsel at the hearing, I am not convinced that the component of the claim at issue in the present motion is so clearly without foundation or so doubtful that it does not deserve consideration by the trier of fact at the trial in November 2022 (*CanMar Foods*, at paragraph 24).

[64] Rule 214 of the Rules requires that the responding party, the plaintiff, set out specific facts and adduce evidence showing there is a genuine issue for trial. Unlike in *Amankwah v. Canada*, 2005 FC 900, 140 A.C.W.S. (3d) 632, at paragraph 10, to which the defendants refer, the plaintiff has not merely restated the alleged facts disclosed in the statement of claim; instead, he has submitted evidence in the form of his affidavit and his expert's report. The plaintiff's position, based on the record before the Court, is not so devoid of merit that it does not deserve consideration at the trial. As noted in Section III of these reasons above, I am also mindful of the fact that the defendants' motion, if it were granted, would preclude the plaintiff from having his "day in court" (*Milano Pizza*, at paragraph 40).

[65] I note that the Court of Appeal cautions that when dismissing a motion for summary judgment one must be mindful that there will be a trial and not write more than is necessary (*CanMar Foods*, at paragraph 26). I therefore restrict my reasons to confirming that the defendants have not met their burden, which is a heavy one (*CanMar Foods*, at paragraph 24), of demonstrating that there is no genuine issue for trial within the meaning of subsection 215(1) of the Rules with respect to the plaintiff's claim for loss of revenue from July 5, 2017 onwards.

[66] Accordingly, whether the plaintiff has suffered a loss of income and/or a decreased earning potential as

élément de sa demande est fondé sur le droit maritime canadien plutôt que sur la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* du Québec, RLRQ, ch. A-3.001.

[63] Après un examen attentif des documents déposés par les parties, et compte tenu des observations faites par les avocats à l'audience, je ne suis pas convaincue que l'élément de la demande en cause dans la présente requête soit si manifestement sans fondement ou son succès tellement douteux qu'il ne mérite pas d'être examiné par le juge des faits lors du procès en novembre 2022 (*CanMar Foods*, au paragraphe 24).

[64] La règle 214 des Règles exige que la partie qui répond à une requête, en l'occurrence le demandeur, expose des faits précis et produise des éléments de preuve démontrant l'existence d'une véritable question litigieuse. Contrairement à la décision *Amankwah c. Canada*, 2005 CF 900, au paragraphe 10, qu'invoquent les défendeurs, le demandeur n'a pas simplement réitéré les faits allégués dans la déclaration; il a plutôt soumis des éléments de preuve sous forme d'affidavit et de rapport d'expert. La position du demandeur, vu le dossier dont dispose la Cour, n'est pas dénuée de fondement au point de ne pas mériter d'être examinée lors du procès. Comme il est indiqué à la section III des présents motifs, je suis également consciente du fait que la requête des défendeurs, si elle était accordée, priverait le demandeur de « la possibilité de se faire entendre en cour » (*Milano Pizza*, au paragraphe 40).

[65] Je note que la Cour d'appel met en garde que, lorsqu'il s'agit de rejeter une requête en jugement sommaire, il faut garder à l'esprit qu'il y aura un procès et rédiger les motifs strictement nécessaires (*CanMar Foods*, au paragraphe 26). Je me limite donc à confirmer que les défendeurs n'ont pas réussi à s'acquitter de leur fardeau, qui est lourd (*CanMar Foods*, au paragraphe 24), de démontrer l'absence de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 215(1) des Règles en ce qui concerne la demande du demandeur pour la perte de revenus subie à partir du 5 juillet 2017.

[66] Par conséquent, la question de savoir si le demandeur a subi une perte de revenu et une diminution de sa

a result of the alleged negligence of the defendants after July 4, 2017, is an issue that will move on to trial. As will the question of what impact the CNESST Review Decision has on the plaintiff's claim for loss of income after July 4, 2017 and whether the plaintiff is estopped from claiming such losses. The defendants are not precluded from arguing at trial, as they have done in the context of this motion, that the CNESST, or the methodology used by it, was correct and no loss of income was suffered or will be suffered after July 4, 2017.

[67] To be clear, the issues raised by the defendants in the context of this motion may be raised at trial and nothing in these reasons should be taken as determining the issues to be pursued at trial. As the parties are aware, and subject to any adjustments in the assignment schedule, I am set down to hear this matter in November 2022.

#### VI. The Appropriateness of the Motion for Summary Judgment

[68] The plaintiff submits that the issue raised in the present motion is not appropriate for summary judgment and objects to the time and expense of such a motion when the trial has been set down for November 2022. The plaintiff pleads that such a motion so close to trial ought to be considered an abuse of process. Consequently, the plaintiff seeks dismissal of the motion and costs on a solicitor-client basis.

[69] The defendants submit that this motion was brought following the exchange of affidavits of documents and examinations on discovery, but prior to the completion of the discovery phase of the action and before the trial had been set down. The defendants plead that this was an appropriate time to bring the present motion, as the documentation relied on by the defendants was obtained as a result of the undertakings provided during the examination on discovery of the plaintiff. Moreover, the defendants submit that they acted promptly and within the timeframe set out in rule 213 of the Rules.

capacité de gain après le 4 juillet 2017 en raison de la négligence alléguée des défendeurs sera examinée au procès. Il en va de même pour la question de l'incidence de la décision de révision de la CNESST sur la demande du demandeur pour la perte de revenus subie après le 4 juillet 2017 et pour la question de savoir si le demandeur est empêché de présenter une demande pour de telles pertes. Il n'est pas interdit aux défendeurs de faire valoir au procès, comme ils l'ont fait dans le cadre de la présente requête, que la CNESST avait raison, ou que la méthodologie utilisée par celle-ci était justifiée et qu'aucune perte de revenu n'a été subie après le 4 juillet 2017.

[67] Il est clair que les questions soulevées par les défendeurs dans le cadre de la présente requête peuvent être soulevées au procès et les présents motifs ne sauraient être interprétés comme déterminants quant aux questions à traiter au procès. Comme les parties le savent, et sous réserve d'éventuels rajustements du calendrier des affectations, je devrais entendre cette affaire en novembre 2022.

#### VI. Le caractère approprié de la requête en jugement sommaire

[68] Le demandeur soutient que la question soulevée dans la présente requête ne se prête pas à un jugement sommaire, et soulève des objections quant à la durée et aux coûts liés à une telle requête alors que le procès est prévu pour novembre 2022. Le demandeur soutient qu'une telle requête si proche du procès devrait être considérée comme un abus de procédure. Par conséquent, le demandeur demande le rejet de la requête et réclame ses dépens sur la base avocat-client.

[69] Les défendeurs soutiennent que la présente requête a été présentée après l'échange d'affidavits de documents et les interrogatoires préalables, mais avant l'achèvement de la phase de l'interrogatoire préalable de l'action et avant que la date du procès ne soit fixée. Les défendeurs soutiennent qu'il s'agit d'un moment approprié pour introduire la présente requête, étant donné qu'ils ont obtenu les documents invoqués à l'appui à la suite des engagements pris lors de l'interrogatoire préalable du demandeur. De plus, les défendeurs soutiennent avoir agi rapidement et dans le délai prescrit à la règle 213 des Règles.

[70] There is no doubt that the timing of the defendants' motion for summary judgment was in conformity with rule 213 of the Rules, which provides that such a motion may be brought at any time after a defence has been filed but before the time and place for the trial have been fixed. The motion for summary judgment was filed on December 10, 2021. On January 25, 2022, the motion was set down for hearing and the steps leading up to the hearing of the motion were scheduled. On March 25, 2022, the matter was set down for a five-day trial in November 2022. Accordingly, I do not find the timing of the motion to be inappropriate.

[71] The defendants have not succeeded in their motion. It does not follow or necessarily mean that the motion was inappropriate. Had the motion been successful, then the question of whether there was a loss of income and diminished earning potential from July 5, 2017 onwards would have been resolved, with a resulting impact on the remainder of discovery, the expert reports, and potentially the allocation of time during the trial in November 2022. The issues would have been narrowed and the parties' attention would have been focused on the remainder of the points at issue then, namely and broadly speaking, the plaintiff's claim for salary in excess of the compensation provided by the CNESST between the dates of August 13, 2014 and July 4, 2017, and the claim for compensation in excess of what was awarded by the CNESST for permanent disability.

[72] Issues such as issue estoppel, cause of action estoppel, *res judicata*, and abuse of process, should they arise, very much lend themselves to a careful consideration of whether a motion for summary judgment or trial would in fact be a proportionate, expeditious and less expensive way to proceed. In a number of instances, weeding out claims affected by those issues at an early stage is the appropriate way to proceed and is beneficial for the justice system (*CanMar Foods*, at paragraph 23). The same is true of issues arising from contractual or statutory time bars (*Labrador-Island Link General Partner Corporation v. Panalpina Inc.*, 2019 FC 740, 307 A.C.W.S. (3d) 229; *Lauzon v. Canada (Revenue Agency)*, 2021 FC 431, 331 A.C.W.S. (3d) 794). While the Court certainly plays a role in controlling the risk that such motions be used

[70] Il ne fait aucun doute que le moment choisi par les défendeurs pour présenter leur requête en jugement sommaire était conforme à la règle 213 des Règles, qui prévoit qu'une telle requête peut être présentée à tout moment après le dépôt de la défense, et avant que les heure, date et lieu de l'instruction soient fixés. La requête en jugement sommaire a été déposée le 10 décembre 2021. Le 25 janvier 2022, la requête a été mise au rôle et les étapes menant à l'audition de la requête ont été prévues. Le 25 mars 2022, un procès de cinq jours a été fixé au mois de novembre 2022. Par conséquent, je ne trouve pas que le moment choisi pour présenter la requête soit inapproprié.

[71] Les défendeurs n'obtiendront pas gain de cause à l'égard de leur requête. Cela ne signifie pas nécessairement que la requête était inappropriée. Si la requête avait été accueillie, la question de savoir s'il y a eu une perte de revenu et une diminution de la capacité de gain à partir du 5 juillet 2017 aurait été tranchée, ce qui aurait eu une incidence sur le reste de la communication préalable, les rapports d'experts et potentiellement la répartition du temps pendant le procès en novembre 2022. Les questions auraient été circonscrites et les parties se seraient concentrées sur les autres points en litige, à savoir, et de manière générale, la réclamation du demandeur pour un salaire supérieur à l'indemnisation fournie par la CNESST entre le 13 août 2014 et le 4 juillet 2017, et la demande visant une indemnisation supérieure à celle accordée par la CNESST pour une invalidité permanente.

[72] Les questions comme la préclusion découlant d'une question déjà tranchée, la préclusion fondée sur la cause d'action, l'autorité de la chose jugée, ou l'abus de procédure, le cas échéant, se prêtent tout à fait à un examen attentif de la question de savoir si une requête en jugement sommaire ou en procès sommaire serait en fait une manière proportionnée, rapide et moins coûteuse de procéder. Dans un certain nombre de cas, l'élimination des demandes relatives à ces questions tôt dans le processus est la manière appropriée de procéder et constitue une démarche avantageuse pour le système judiciaire (*CanMar Foods*, au paragraphe 23). Il en va de même pour les questions découlant des délais de prescription prévus par un contrat ou par la loi (*Labrador-Island Link General Partner Corporation c. Panalpina*

inappropriately to cause delay or to disproportionately increase the cost (*Hryniak*, at paragraph 32; *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 FCA 122, [2021] 4 F.C.R. 289 (*ViiV Healthcare*), at paragraphs 22–23), the Court also plays a role in permitting such motions to move forward where they are proportionate and stand a chance of ultimately being the most expeditious and least expensive way to proceed (*ViiV Healthcare*, at paragraphs 17–18).

[73] In the present matter, I do not find that the defendants' motion for summary judgment was inappropriate simply because it has not been granted. The subject matter lends itself to such a motion, and had it succeeded it would have narrowed the issues in dispute and reduced the time and cost of the next steps in the proceedings. There is no indication on the record that the motion was used inappropriately to cause delay or disproportionately increase the costs. Nor do I consider the motion to have been an abuse of process, as alleged by the plaintiff. Moreover, given that the matter has been assigned to me, subject always to change of course, the time spent familiarizing me with the case and the matters at issue therein has not been wasted.

[74] Solicitor-client costs are awarded on very rare occasions, including where a party has displayed reprehensible, scandalous or outrageous conduct (*Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. v. Atlantic Towing Limited*, 2021 FCA 26, 335 A.C.W.S. (3d) 312, at paragraph 182). This is not the case here. Consequently, I decline to award solicitor-client costs. The plaintiff is entitled to costs calculated in accordance with the mid-point of Column III of Tariff B of the Rules.

## VII. Conclusion

[75] For the foregoing reasons, this motion for summary judgment is hereby dismissed, with costs, on the grounds that the defendants have failed to meet their

*Inc.*, 2019 CF 740; *Lauzon c. Canada (Agence du revenu)*, 2021 CF 431). Bien que la Cour joue certainement un rôle dans le contrôle du risque que de telles requêtes soient déposées de manière inappropriée pour augmenter de façon démesurée la durée et le coût des instances (*Hryniak*, au paragraphe 32; *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada Inc.*, 2021 CAF 122, [2021] 4 R.C.F. 289 (*ViiV Healthcare*), aux paragraphes 22 et 23), elle a aussi un rôle à jouer en permettant à de telles requêtes d'aller de l'avant lorsqu'elles sont proportionnées et ont une chance d'être en fin de compte la façon la plus expéditive et économique possible de procéder (*ViiV Healthcare*, aux paragraphes 17 et 18).

[73] En l'espèce, je ne puis conclure au caractère inapproprié de la requête en jugement sommaire présentée par les défendeurs du simple fait qu'elle n'a pas été accueillie. L'objet se prête à une telle requête, et si celle-ci avait été accueillie, elle aurait permis de circonscrire les questions en litige et de réduire le temps et les coûts associés aux prochaines étapes de la procédure. Rien dans le dossier n'indique que la requête a été déposée de manière inappropriée pour augmenter de façon démesurée la durée et le coût des instances. Je ne considère pas non plus que la requête constitue un abus de procédure, comme le prétend le demandeur. De plus, étant donné que l'affaire m'a été confiée, sous réserve toujours de changement de cap, le temps passé à me familiariser avec l'affaire et les questions qui y sont soulevées n'a pas été gaspillé.

[74] Les dépens sur une base avocat-client ne sont adjugés que rarement, notamment lorsqu'une partie s'est conduite de manière répréhensible, scandaleuse ou outrageante (*Heiltsuk Horizon Maritime Services Ltd. c. Atlantic Towing Limited*, 2021 CAF 26, au paragraphe 182). Ce n'est pas le cas en l'espèce. Par conséquent, je refuse d'adjuger les dépens sur la base avocat-client. Le demandeur a droit à des dépens calculés selon l'échelon médian de la colonne III du tarif B des Règles.

## VII. Conclusion

[75] Pour les motifs qui précèdent, la présente requête en jugement sommaire est rejetée, avec dépens, au motif que les défendeurs ne se sont pas acquittés du fardeau

burden of demonstrating that there is no genuine issue for trial within the meaning of subsection 215(1) of the Rules.

qui leur incombait de démontrer l'absence de véritable question litigieuse au sens du paragraphe 215(1) des Règles.

JUDGMENT in file T-1080-17

JUGEMENT dans le dossier T-1080-17

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

LA COUR STATUE :

1. The defendants' Motion for Summary Judgment is hereby dismissed;
2. Costs to the plaintiff at the mid-point of Column III of Tariff B to the Rules.

1. La requête en jugement sommaire des défendeurs est rejetée;
2. Les dépens sont adjugés au demandeur selon l'échelon médian de la colonne III du tarif B des Règles.



# 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.**

---

## ANTI-DUMPING

Judicial review of notice of final determination (Final Determination) of President of Canada Border Services Agency (CBSA) issued in January 2021 — CBSA issuing public statement of reasons for Final Determination (DONP 2020 IN) (Statement of Reasons), in which it explained that CBSA terminated dumping, subsidizing investigations in respect of certain decorative, other non-structural plywood originating in or exported from People’s Republic of China — Dumping investigation terminated against certain of the respondents (Zero-Rated respondents) — Subject goods exported by Zero-Rated respondents representing fraction of volume of decorative, other non-structural plywood imported into Canada by Chinese exporters investigated by CBSA — CBSA identified 765 potential Chinese exporters/producers of subject goods based on CBSA import documentation, information provided by applicants — Applicants arguing that CBSA departed from rule of law because margins of dumping calculations not before President — Stating that CBSA’s failure to provide these calculations giving rise to breach of procedural fairness pursuant to *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (SIMA), s. 96.1(2)(b) or to reviewable error pursuant to s. 96.1(2)(d) — Also contending that CBSA’s termination of dumping investigation with respect to respondents unreasonable because it resulted from CBSA’s failure to find that particular market situation (PMS) existed in respect of goods of respondents or in respect of goods of People’s Republic of China — Respondent Attorney General of Canada positing, *inter alia*, no breach of procedural fairness, not necessary for President to review CBSA’s actual calculations — President found that PMS did not exist, determined normal values of goods for Zero-Rated respondents pursuant to SIMA, s. 29(1) with respect to all goods exported where no information was supplied in respect of cost of production — Applicants seeking judicial review on grounds pertaining to President’s approach to determining whether PMS existed in context of its dumping investigations — Advancing four main reasons why unreasonable for President to decide that PMS did not exist in decorative plywood industry in China : (1) CBSA limited “government support programs” to “countervailable subsidies”; (2) CBSA ignored non-cooperating exporters’ amounts of subsidy when assessing “government support programs”; (3) CBSA erroneously found log prices in China not distorted; (4) CBSA did not examine cumulative effect of factors — Issues whether failure on part of President to include calculations in Statement of Reasons giving rise to breach of procedural fairness; whether failure on part of CBSA to provide calculations to President or to include calculations in Statement of Reasons rendering Final Determination unreasonable; whether reasonable for President to conclude that PMS did not exist — No breach of procedural fairness herein — Final Determination having to be read with Statement of Reasons, confidential Dumping Memorandum — In present application, calculations not part of record, not before decision maker, not provided to applicants — Duty of procedural fairness owed to applicants set at low threshold, given access they have to exporters’ information, strict statutory timelines imposed on President to conclude dumping investigations — Applicants not allowed to rely on calculations in support of application for judicial review — Court can only look at evidence that was before decision maker — Calculations not part of record, not before President — Final Determination based on internally coherent, rational chain of analysis, justified in relation to facts and law constraining President — Absence of calculations in Statement of Reasons not rendering decision inadequate or unintelligible — In most administrative tribunals, calculations or details of investigation not before decision maker — What is before decision maker usually report summarizing factual findings, methodology used to investigate or determine issue, reach conclusion — This exactly what was done here — Not unreasonable for President to rely on memoranda prepared by officers within CBSA, without need to see detailed calculations — Nothing in SIMA requiring President to have calculations when making preliminary, final determinations — However, nothing preventing President from requesting access to such calculations — Here, President’s discretion not exercised in arbitrary way — President of CBSA not failing to provide adequate, intelligible reasons — Inclusion of

**ANTI-DUMPING—Concluded**

spreadsheets with extensive data inviting “line-by-line treasure hunt for error”, reweighing of evidence — Not unreasonable for President to form opinion that PMS did not exist in respect of goods of Zero-Rated respondents — Reasonable for President, in context of determining whether PMS might exist, to have limited his analysis of government support programs to counter-vailable subsidies — President’s analysis not limiting remedial effect of PMS provisions — Reasonable for CBSA to interpret terms “government support programs” in manner consistent with way subsidies treated under SIMA — President considered all information contained in record on government support programs — Although SIMA, s. 30.4(3) (which prohibits CBSA from considering non-actionable subsidies when assessing amount of subsidy) not directly applicable to PMS determination, reasonable for President to follow same methodology, restrictions when assessing government support programs — Even though majority of Chinese plywood producers assigned amount of subsidy by ministerial specification, reasonable for President to conclude that sole existence of those subsidies insufficient to form opinion that PMS existed — When amounts of subsidy not reflecting amounts of subsidy actually received, reasonable for CBSA not to take into consideration amounts of subsidy specified for non-cooperating exporters when assessing whether PMS existed in China — SIMA not requiring President to request additional information from applicants — Nothing in SIMA Handbook imposing specific positive obligations on President to gather information, verify submissions — Within President’s discretion to request further information — Reasonable for President to consider evidence available on record, not request further information from applicants, exporters or third countries — Applicants not explaining how, why, on evidentiary record, combination of factors supported existence of PMS — President assessed each factor, considered all of available evidence, explained why he did not form opinion that PMS existed in China — Application dismissed.

CANADIAN HARDWOOD PLYWOOD AND VENEER ASSOCIATION V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-52-21, 2023 FCA 74, Rivoalen J.A., public reasons for judgment dated April 5, 2023, 45 pp. + 29 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

## STATUS IN CANADA

*Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Judicial review of decision of Refugee Appeal Division (RAD) of Immigration Refugee Board of Canada rejecting applicants’ claim for refugee protection on grounds applicants not refugees or persons in need of protection within meaning of *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), ss. 96, 97 given two viable internal flight alternatives (IFAs) in Mexico — Applicants, citizens of Mexico, took refuge with family member in Mexico City following robbery, act of extortion — After principal applicant left for Canada, family received threatening phone calls — Refugee Protection Division (RPD) rejected applicants’ refugee protection claim — RPD concluded significant omissions in principal claimant’s evidence, certain hesitations in testimony undermined credibility of family’s refugee protection claim — RAD found RPD had erred in concluding principal applicant not credible — However, after analyzing whether viable IFA in Mérida or Mexico City, RAD concluded family’s relocation to cities identified as IFAs not unreasonable since evidence, personal circumstances of principal applicant, wife not supporting finding family could not start over, find employment, support themselves in IFAs — Issue whether RAD’s IFA findings reasonable — Before dealing with issue, it was necessary to deal with issue of credibility, addressed by both applicants, respondent in respective submissions — RAD not contradicting itself by using non-credible elements from principal applicant’s testimony to support own findings about viable IFAs — RAD questioned weight given by RPD to principal applicant’s inconsistencies, not credibility of particular elements of testimony — Respondent argued RAD erred in determining inconsistencies raised by RPD not sufficient to taint principal applicant’s overall credibility — Respondent submitted, however, despite RAD’s error, not appropriate for Court to intervene since rejection of applicants’ refugee protection claim only possible outcome here — Respondent’s arguments not convincing — According to *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, RAD must intervene when detecting error by RPD — In *Huruglica*, Federal Court of Appeal not saying detecting error committed by RPD only way for RAD to substitute own decision for decision of RPD; rather, Federal Court of Appeal confirming RAD’s duty to intervene as soon as error by RPD detected — RAD not ordinary appeal body since must act in accordance with correctness standard, requiring RAD to intervene at slightest error, unlike regular appeal body, intervening only in accordance with more stringent appeal standard — In same vein, for IRPA, s. 111(2) to make sense, one must understand provision as meaning Parliament intended to restrict RAD’s jurisdiction only when RAD wants to refer matter to RPD for re-determination — Otherwise, Parliament would have mentioned in IRPA, s. 111 error required in all cases, not only when case referred to RPD for re-determination — IRPA, s. 111(1) “does not preclude the RAD from substituting its determination of a claim for that of the RPD on a ground that the RPD did not address” — RAD must show deference when intervening



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

on claimant’s credibility — In fact, RAD never questioned assessment of applicants’ credibility or value of oral testimony — RAD simply pointed out inconsistencies raised by RPD alone could not lead to negative conclusion about applicants’ overall credibility, provide basis for rejecting claim —RAD’s reliance on RPD’s findings regarding inconsistencies raised by RPD also militating in favour of reasonableness of RAD’s decision — RAD validated RPD’s findings of fact regarding credibility, but decided to weigh findings differently in relation to applicants’ overall credibility — RAD’s conclusion on applicants’ credibility having no fundamental flaws — Rather, situation where alleged flaws or shortcomings “superficial or peripheral to the merits of the decision” not warranting Court’s intervention — Brevity of reasons for RAD’s decision on issue of credibility not sufficient to render decision unreasonable — Regarding existence of viable IFAs, RAD expressly took into account applicants’ particular situation, analyzed applicants’ claims, fears — In view of evidence before RAD, RAD entitled to conclude applicants failed to demonstrate agents of persecution would have motivation, interest to pursue applicants in Mérida or Mexico City — Ultimately, applicants’ arguments expression of disagreement with RAD’s assessment of evidence — Applicants raised no serious shortcomings in decision; in such situation, Court must show deference to RAD’s conclusions — Application dismissed.

RODRIGUEZ SANCHEZ V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2165-22, 2023 FC 426, Gascon J., reasons for judgment dated March 28, 2023, 24 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Appeal from Tax Court of Canada decision (2021 TCC 25) determining respondent entitled to deduct input tax credits (ITCs) incurred with respect to orthodontic appliances provided to patients — Issue whether provision of orthodontic appliances separate supply for purposes of Act (eligible for ITCs) or component of supply of orthodontic services (not eligible for ITCs) — Appellant submitting appliances, services are single supply of orthodontic services as previously determined in *Dr. Brian Hurd Dentistry Professional Corporation v. The Queen*, 2017 TCC 142 — In *Hurd*, Tax Court had applied *O.A. Brown Ltd. v. Canada*, [1995] G.S.T.C. 40 (T.C.C.) to come to that conclusion — Tax Court in present matter not adopting this line of reasoning, instead undertaking textual, contextual and purposive interpretation of relevant provisions of Act, concluding orthodontic appliances, orthodontic services clearly intended by Parliament to be separate supplies — Before Tax Court, appellant argued appliances, services intertwined, single supply of orthodontic service — Whether Tax Court erred in concluding *O.A. Brown* test not applicable — Supply of orthodontic appliance listed in Act, Sch. VI, thus qualifying supply for zero-rating by virtue of definition of “zero-rated supply” in Act, s. 123(1) — Supply of orthodontic service included in Act, Sch. V, thus qualifying supply as exempt under definition of “exempt supply” in Act, s. 123(1) — Respondent entitled to recover ITCs with respect to zero-rated supplies but not exempt supplies — While courts routinely apply *O.A. Brown*, Parliament’s intent must override *O.A. Brown* where legislative intent clear, as it is in this case — In the case of a supply of orthodontic appliances and orthodontic services, which are typically supplied together, the fact that one has zero-rated status and the other has exempt status strongly suggests that this was intentional and that a supply of an orthodontic appliance is intended to be zero-rated even when accompanied by orthodontic services — Here, Tax Court undertook detailed textual, contextual and purposive interpretation of provisions at issue, concluded that Parliament intended that provision of orthodontic appliance is separate zero-rated supply, thus eliminating any need to apply *O.A. Brown* test — Tax Court did not err in so finding — Appeal dismissed.

CANADA V. DR. KEVIN L. DAVIS DENTISTRY PROFESSIONAL CORPORATION (A-117-21, 2023 FCA 76, Woods J.A., reasons for judgment dated April 12, 2023, 15 pp + 3 pp.)

**INCOME TAX****COMPUTATION OF TAX***Canadian Film or Video Production Tax Credit*

Judicial review of respondent’s refusal to issue certificates entitling holders to Canadian Film or Video Production Tax Credit (tax credit) for three productions on ground productions constituting “advertising”, a genre excluded from tax credit by *Income Tax Regulations*, C.R.C., c. 945 (Regulations) — Applicants related corporations, incorporated solely for purpose of television productions in question — Credit granted for Canadian workers hired to work on Canadian television productions — Access to tax credit limited by definition of “film or video production” found under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1,

**INCOME TAX—Continued**

s. 125.4(1) providing certain types of productions, listed in Regulations, s. 1106(1), not eligible — Respondent determining eligibility for tax credit on basis of information provided by producer, recommendation made by Canadian Audio-Visual Certification Office (CAVCO) — In 2014, 2016, CAVCO notifying applicants television series *Croisières de rêves*, *Soleil tout inclus* constituting excluded advertising, earlier certificates issued in error — Applicants notified all future productions based on same concept excluded — In 2017, respondent publishing new advertising definition in guidelines — Productions “where more than 15 percent of the running time consists of: extolling the virtues of one or more products, services, events, organizations or businesses” considered advertising — In Advance Notice of Denial, CAVCO indicating content of episodes submitted with applications to CAVCO in nature of infomercial centering on promotion of various hotels, tourist destinations — CAVCO inviting applicants to provide any new information likely to influence CAVCO’s assessment of file, which applicants did — In 2018, respondent forwarding Notice of Denial to applicants regarding three applications under review — Respondent of view productions in nature of infomercial centering on promotion of various cruises, sun destinations, tourist activities — Whether respondent erred in interpretation of Regulations, s. 1106(1), whether respondent breached duty of procedural fairness in processing applications — Respondent’s decision unreasonable, not falling within range of outcomes defensible in respect of facts, especially with regard to Act, Regulations — *Canada (Attorney General) v. Zone3-XXXVI Inc.*, 2016 FCA 242 (*Zone 3 FCA*), *Serdy Vidéo II Inc. v. Canada (Heritage)*, 2018 FC 413 particularly relevant in present case — Respondent’s role under Regulations, s. 1106(1) not to characterize production, but to ensure production not in excluded category — In using 15 percent threshold, respondent doing exact thing not within Court’s jurisdiction to do according to Federal Court of Appeal in *Zone 3 FCA* — CAVCO’s desire to expand scope of “advertising” exclusion set out in Regulations in era of traditional television advertising losing out to, *inter alia*, advertising placements, understandable — However, decision up to Parliament, not Minister — Application allowed.

9616934 CANADA INC. V. CANADA (HERITAGE) (T-148-19, T-149-19, T-150-19, 2023 FC 432, Gagné A.C.J., reasons for judgment dated April 3, 2023, 25 pp.)

**INCOME CALCULATION***Deductions*

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2021 TCC 23) upholding Minister of National Revenue’s decision to deny appellant deduction for withholding taxes — Appellant implemented structure to acquire U.S. corporation UP&UP — More specifically, appellant formed general partnership under laws of Delaware (USGP); USGP incorporated Nova Scotia unlimited liability company (NSULC), USGP and NSULC incorporated limited liability company (LLC) under laws of Delaware; Delaware company (US Holdco) incorporated by appellant; US Holdco acquired shares of Acquisitionco; US Holdco also acquired the shares of Jetco Inc. (corporation incorporated by appellant under laws of Delaware) from appellant, then transferred these shares to Acquisitionco — Funding for acquisition of UP&UP flowed from appellant through structure, including loan from appellant to USGP (Appellant Loan) — Jetco merged with UP&UP, merged company then merged with Acquisitionco to form US Amalco — As result, US Amalco indebted to LLC for US \$300 million — Transactions giving rise to appeal herein including interest payments on debt owed to LLC, dividends paid to NSULC, USGP, interest paid to appellant — Appellant included in income interest paid by USGP on Appellant Loan, claimed deduction under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (Act), s. 20(12) for withholding taxes paid to U.S. Government on this interest — Exception in s. 20(12) providing that “... other than any such tax, or part thereof, that can reasonably be regarded as having been paid by a corporation in respect of income from a share of the capital stock of a foreign affiliate of the corporation.” — T.C.C. found that while words “in respect of” very broad, still necessary to find connection between U.S. taxes paid by appellant, dividend income received by NSULC — Stating that taxpayer cannot claim relief under more than one provision for any foreign taxes paid in relation to particular item of income — Whether appellant entitled to deduction under s. 20(12) for taxes paid to U.S. Government on interest paid by USGP to appellant — In particular, interpretation of exception provided in s. 20(12) at issue — Nothing in context of s. 20(12) militating against deduction therein being available to appellant — First part of s. 20(12) identifying deduction in issue as “the non-business income tax paid by the taxpayer for the year to [a foreign] government” — Second part setting out exception — As result, questions needing to be addressed in this issue are what tax was paid by appellant to U.S. Government; whether reasonable to conclude that this tax was in respect of income from share of capital stock of foreign affiliate of appellant — T.C.C. erred in concluding that wording of s. 20(12) “clearly suggests to consider whether the income from shares received by a corporation other than the taxpayer can reasonably be regarded as the one in respect of which the US tax [was] paid by the taxpayer claiming the deduction” — Nothing in language of s. 20(12) explicitly provides that separate existence of two corporations (appellant, NSULC) to be ignored, that income of NSULC to be considered as income of appellant — Text of s. 20(12) insufficient

**INCOME TAX—Concluded**

to displace general rule that assets, income of corporation not assets, income of its shareholders — Therefore, no basis to find that s. 20(12) explicitly provides that NSULC’s income from its LLC shares should be treated as income of appellant, hence as income on which appellant paid taxes to U.S. Government — Text of s. 20(12) supporting finding that taxes paid by appellant to U.S. Government cannot reasonably be regarded as taxes paid by appellant in respect of income from shares of LLC — Appellant had two sources of income for purposes of Act relevant in this appeal: shares in NSULC (held by USGP), Appellant Loan — T.C.C. conclusion that appellant was claiming both ss. 112(1), 20(12) deductions in respect of same “item” of income unfounded — Income allocated to appellant, which included dividends paid by NSULC to USGP, distinct from interest payments resulting in taxes paid to U.S. Government — Finally, USGP’s payment of interest to appellant not payment by appellant to itself — Legal character of amount paid by partnership to partner function of legal obligation being discharged, not economic substance of transaction — Since appellant paid withholding tax to U.S. Government on this interest, appellant entitled to deduction pursuant to s. 20(12) in respect of these taxes — Granting this deduction not amounting to Canada subsidizing U.S. Government nor offending purpose of s. 20(12) — Allowing appellant to benefit from s. 20(12) deduction in line with purpose of this provision — Appeal allowed.

EMERGIS INC. v. CANADA (A-109-21, 2023 FCA 78, Webb and Goyette JJ.A., reasons for judgment dated April 13, 2023, 18 pp.)

**INDIGENOUS PEOPLES**

*Related Subjects: Crown; Practice; RCMP*

Appeal from Federal Court order (2021 FC 656) certifying action as class proceeding — Amended statement of claim alleging respondent, Aboriginal living in Northwest Territories, assaulted, insulted by RCMP officers following arrest, sustaining lasting physical, psychological harm as a result — Respondent commencing proposed class proceeding — Putative class described as “All Aboriginal Persons . . . who allege that they were assaulted . . . while being held in custody or detained by RCMP Officers in the Territories” — Relief sought including declaratory, monetary relief for systemic negligence, breach of fiduciary duty, breaches of *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15 — Appellant submitting conditions for certification not met — With respect to first criterion (reasonable cause of action) amended statement of claim repeatedly referring to “establishment” of RCMP in Territories as giving rise to liability in systemic negligence — Decision to establish RCMP as police force in Territories falling squarely within definition of “core policy decision” — Supreme Court of Canada establishing that “core policy decisions” of legislative, executive branches shielded from liability for negligence — Therefore plain, obvious that decision to establish RCMP in Territories cannot be subject of claim in systemic negligence — Portions of amended statement of claim pleading establishment as part of systemic negligence claim should be struck — Matter remitted to motion judge to resolve any issues as to what if any further portions of pleading impermissibly advancing claim targeting “core policy” decisions — Motion judge also erred in concluding not plain, obvious that breach of fiduciary duty cause of action would fail — Supreme Court stating that “party asserting the [fiduciary] duty must be able to point to a forsaking by the alleged fiduciary of the interests of all others in favour of those of the beneficiary, in relation to the specific legal interest at stake” — Respondent not doing so here — First certification condition met, but only in relation to systemic negligence claim (as pruned) and Charter claims — As to second criterion (identifiable class) motion judge noted that class definition based on claiming to have suffered injury, loss, or damage as a result of alleged misconduct could be accepted — This was first time Federal Court of Appeal had to consider appropriateness or inappropriateness of claims-based class definitions — Claim-based class definition applied in this case sufficiently objective having regard to purposes of defining class — Motion judge not erring on “identifiable class” issue — Turning to third criterion (whether the claims of the class members raise common questions of law or fact) with two exceptions, no palpable, overriding error in motion judge’s conclusion some basis in fact for common questions certified — First exception flowing from conclusion claim for breach of fiduciary duty cannot be certified — Question directed to this cause of action should therefore be set aside — Second exception relating to motion judge’s certification of question concerning aggregate damages — Record before motion judge, litigation plan, contained no evidence of any method for conducting aggregate assessment — In face of such factual vacuum, no basis in fact for certifying common question related to assessment of aggregate damages — Amendment to certification order therefore required to delete common question on aggregate damages — Such deletion not precluding common issues trial judge from concluding that requirements for aggregate award of damages met and from making aggregate award — Finally, motion judge not erring with respect to the last two criteria (class action preferable procedure; adequate representative plaintiff) — Appeal allowed in part; certification order set aside, remitted to Federal Court to be amended in accordance with these reasons.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. NASOGALUAK (A-188-21, 2023 FCA 61, Laskin J.A., reasons for judgment dated March 17, 2023, 41 pp.)

**INDIGENOUS PEOPLES—Concluded**

*Related Subject: Practice (Class Proceedings)*

Motion for approval of settlement agreement reached in class proceeding seeking reparations for loss of language, culture caused to Indian bands by residential school system (Band Class claims) — Terms of Agreement providing that Canada will pay \$2,800,000,000.00 to fully, finally resolve Band Class claims — Objectives of settlement, noted in clause M thereof, setting out four pillars: a. Revival and protection of Indigenous languages; b. Revival and protection of Indigenous cultures; c. Protection and promotion of heritage; and d. Wellness for Indigenous communities and their members — Such objectives to be facilitated by creation of Indigenous led/controlled not-for-profit entity responsible for establishing trust fund, distributing trust funds to Band Class members — Whether settlement agreement fair, reasonable — Only objection, concern expressed regarding settlement relating to wording of release therein — Concern about release language arose in face of ongoing discovery of unmarked graves, burial sites at former residential school sites — Worry was that release language may prevent future efforts to hold Canada to account for these tragic discoveries — Here, release language in settlement agreement specifically crafted to only apply to claims raised in class proceeding — Release provisions not releasing, impairing, or otherwise restricting any claims that may be brought against Canada relating to unmarked graves or children who died or disappeared while attending residential schools — As to whether settlement agreement fair, reasonable, in best interests of class as a whole, factors outlined in Federal Court case law considered — Settlement agreement providing certainty, recovery, and closure for Band Class members — Approach adopted reflecting attempts to learn from past experiences, design settlement agreement that is better tailored to Band Class members’ long-term interests — Settlement historic both in terms of its quantum, unique structure — Court could not have provided this type of relief to Band Class members even if they had been fully successful on all issues at trial — But for settlement, safe to presume litigation would have continued for another decade — Numerous Band Class representatives speaking in support of settlement — Representative plaintiffs overwhelmingly in support of settlement — Present agreement aptly described as “monumental”, “historic”, “transformational” — Flexibility agreement affording to Band Class members to set their own priorities to work within the four pillars and thereby address needs unique to their Nations, unprecedented — Settlement agreement approved.

TK’EMLÚPS TE SECWÉPEMC FIRST NATION V. CANADA (T-1542-12, 2023 FC 327, McDonald J., reasons for order dated March 9, 2023, 39 pp. + 132 pp.)

**PRACTICE**

*Related subject: Food and Drugs*

Motion by Canadian Health Food Association, Direct Sellers Association of Canada (proposed interveners) for leave to intervene — In underlying appeal, Court considering reasonableness of Minister of Health’s decision that appellant contravened *Natural Health Product Regulations*, SOR/2003-196 (Regulations) by selling “natural health product” without product licence — Proposed interveners wanting for Regulations to be interpreted in “reasonable” way, one giving their member companies certainty, predictability, clarity — All intervention decisions of Court expressly or impliedly emphasizing three elements to be considered: (1) usefulness of intervener’s participation to what Court has to decide, (2) genuine interest on part of intervener, (3) consideration of interests of justice — *Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.*, 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3 most-recent, leading authority — Pursuant to *Sport Maska*, consideration of interests of justice should be flexible, fact-responsive approach — Proposed interveners relying on *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 1 F.C. 90, (1990), 45 C.R.R. 382 (C.A.) — That decision criticized by Federal Court of Appeal — *Sport Maska* suggested that elements of test for intervention in *Rothmans* inapt — In any consideration of motion for leave to intervene, best to start with *Sport Maska* — *Sport Maska* reaffirming threefold elements in test for intervention — First element, usefulness, set out in *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 109 — Requiring proposed intervener to show how it will be useful — Key to assessment of usefulness consideration of what actual, real issues are in proceeding — Intervener intending to urge Court to adopt particular interpretation of legislation, impose it on administrative decision maker barking up wrong tree — Court, as reviewing court engaged in reasonableness review, will not develop its own interpretation of Regulations, use it as yardstick to see whether administrative decision maker’s interpretation measuring up, nor will it impose its interpretation over that of administrative decision maker — At most, under reasonableness review, Court can coach administrative decision maker on methodology of legislative interpretation, how to go about its task — Whether proposed interveners meeting test for intervention — Proposed interveners not satisfying requirement of usefulness — To extent intended submissions of proposed interveners consistent with Court’s task to assess reasonableness, they largely duplicate those of appellants — This finding sufficient to dismiss motion — With respect to third element (interests of justice), underlying appeal began in April 2022 — Proposed interveners announced their intention to

**PRACTICE**—Continued

intervene in December 2022 — Delay contrary to imperatives of rule 3 that proceeding be conducted “so as to secure the just, most expeditious and least expensive outcome” — Militating against granting leave to intervene — *Obiter* (not directed at proposed interveners, who filed a high quality motion and prosecuted it well): Criticism concerning recent judicial comments about proper limits to intervention misplaced — Interveners admitted into proceedings usually those who have shown understanding of judiciary’s proper role — Freestanding policy-making, law-making not for the judiciary — Those who understand proper role of judiciary, show how they can help Court on real issues in a case more likely to be admitted — Motion dismissed.

LE-VEL BRANDS, LLC v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-92-22, 2023 FCA 66, Stratas J.A., reasons for order dated March 23, 2023, 14 pp.)

## CLASS PROCEEDINGS

*Related Subject: Family Law*

Motion for order restoring Family Class to class definition of underlying proceeding — Family Class inadvertently left out of class definition when revised certification order issued — Original certified class definition including all individuals entitled to assert claim pursuant to *Family Law Act*, R.S.O. 1990, c. F.3 — Defendant opposing motion — Whether Family Class should be added to class definition — *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 334.19 providing Court with jurisdiction to amend order certifying proceeding as class proceeding — Defendant arguing that because Federal Court of Appeal, in 2021 FCA 186, considered appeal of amended certification order (i.e. order from which Family Class inadvertently left out), plaintiffs now estopped from re-litigating class definition — That argument rejected — Motions at class certification stage procedural motions, do not include decisions on merits — Therefore, no judicial findings yet made on merits of plaintiffs’ claims in class proceeding — Also, Family Class not judicially determined in revised order — Court also not *functus officio* as no final finding made on merits of case — Further, SCC recognizing exceptions to doctrine of *functus officio* where slip-up or error occurring in expressing court’s manifested intention or statutory power to revisit order — In alternative, defendant arguing there was, at time of certification of proceeding, there continues to be, lack of evidence supporting finding there was some basis in fact to certify Family Class — Certification decision already finding “identifiable class” requirement of certification criteria met by establishing “some basis in fact” — Federal Court of Appeal not overturning this finding — There being no change in circumstances since certification decision issued, no need to revisit matter — As to defendant’s final argument, i.e. that Family Class definition unworkable, that argument inaccurate — Family Class is derivative class, meaning any claims therefrom arising through primary class member otherwise capable of making claim themselves — Family Class thus identifiable class — Motion granted.

GREENWOOD v. CANADA (T-1201-18, 2023 FC 397, McDonald J., reasons for order dated March 22, 2023, 11 pp.)

## PLEADINGS

*Amendments**Related subject: Copyright*

Appeal from Federal Court decision (2021 FC 1239) overturning portion of earlier unreported speaking order (T-900-20, April 7, 2021) by prothonotary (now known as associate judge) — Prothonotary, acting as case management judge, struck out statement of claim of respondent with leave to amend certain claims not relevant to this appeal — Claim in underlying action relating to Multiple Listing Service (MLS) online system operated by respondent — In its claim, respondent sought declaration, *inter alia*, that it was creator, author custodian of MLS — Appellant asserted that claim fell outside Federal Court jurisdiction, that copyright claims disclosed no reasonable cause of action under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221(1)(a), or were otherwise abuse of process within meaning of that rule, that claims related to *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (PIPEDA) disclosed no reasonable cause of action — Prothonotary struck copyright claims, claims under PIPEDA — Stated that respondent had failed to plead that it was owner of copyright or expressly how there had been breach of copyright — Federal Court granted respondent’s appeal, overturned Prothonotary’s order in respect of copyright claims, granted respondent leave to amend those claims — Appellant submitting, *inter alia*, that Federal Court erred by conducting what was in essence *de novo* review; misapprehended nature of Prothonotary’s decision; that ruling in *Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563 (*TREB v. Canada*) disposed of issue of whether respondent possesses copyright in MLS — Main issues whether Federal Court erred in concluding that necessary part

**PRACTICE**—Concluded

of Prothonotary's reasoning involved determination that works at issue in action were same as those at issue in *TREB v. Canada*; that Prothonotary made palpable, overriding error in finding works at issue in action same as those at issue in *TREB v. Canada* — Federal Court not erring in holding that portion of Prothonotary's order at issue in this appeal premised on determination that works at issue in this action same as works at issue in *TREB v. Canada* — Incontrovertible that copyright protecting expression used by author or creator as opposed to facts or ideas — Copyright thus pertaining to works, not to information — Apparent that requisite assessment involving consideration of particular work in question, that originality can only be determined on case-by-case basis — Prothonotary making palpable and overriding error in finding that works at issue in case at bar same as those at issue in *TREB v. Canada*, but not precisely for reasons given by Federal Court — Contrary to what Federal Court indicated in reasons, party may move to strike pleading that it alleges raises issue finally determined in earlier proceeding under either r. 221(1)(a) or 221(1)(f) — Where, as in case at bar, no evidence before Court, Court must assess whether same issues were determined in earlier case by comparing what was decided in earlier case with what is pleaded in statement of claim — Review of reasons in *The Commissioner of Competition v. The Toronto Real Estate Board*, 2016 Comp. Trib. 7, *TREB v. Canada* indicating that works at issue in that case not entirely same as those described by respondent in its statement of claim — Federal Court of Appeal's comments in *TREB v. Canada* made in *obiter*, thus not conclusively determining copyright issue so as to prevent relitigation — Federal Court not erring in mentioning fact that there were interim orders for injunctions, as well as default, consent judgments, issued in which respondent's copyright in MLS system recognized — Having set aside Prothonotary's order to extent it struck out respondent's copyright claim without leave to amend, no need for Federal Court to issue order granting respondent leave to amend its copyright claim — Paragraph 3 of Federal Court's order therefore unnecessary, confusing — Appeal allowed to extent of deleting paragraph 3 of Federal Court's order — Appeal allowed in part.

IMS INCORPORATED V. TORONTO REGIONAL REAL ESTATE BOARD (A-330-21, 2023 FCA 70, Gleason J.A., reasons for judgment dated March 28, 2023, 22 pp.)

## PLEADINGS

*Motion to Strike*

Appeal from Federal Court order (2021 FC 192) striking out appellant's action in damages against respondents because having no reasonable prospect of success, frivolous, vexatious — Appellant, acting on own behalf, brought action in Federal Court against respondents for torts, breaches of various sorts allegedly committed by number of Ontario Crown actors, including Premier of Ontario, federally appointed Superior Court justices — Asserting that respondents liable for financially supporting those provincial Crown, court actors — Alleging that respondents' impugned conduct amounting to, *inter alia*, breach of statutory duties, neglect of duties — Respondents brought motion in writing pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 221(1)(a),(c), 369 seeking order striking statement of claim in its entirety, without leave to amend — Oral hearing convened for motion by videoconference — When hearing began, appellant had not yet joined videoconference — Hearing proceeding without appellant — Federal Court Judge noticed interruptions during hearing, but did not understand they were appellant's attempts to join videoconference — Concluded that appellant should have been aware of Court's policy that videoconference hearings locked once commenced, that participants expected to join remote hearings 30 minutes prior to hearing — Appellant claiming procedural fairness denied by not being able to make oral submissions at videoconference hearing — Appeal could not succeed — Federal Court did consider fact that appellant did not participate in videoconference hearing but concluded that appellant author of own misfortunes — Situation faced by appellant raising some concerns, given appellant's clear intention to participate in hearing, various attempts to join videoconference — Failure to accommodate appellant during videoconference hearing, despite appellant's clear attempts to join videoconference somewhat troubling — Safe to say that what happened on that day would have been different in an in-person setting — Here, no accommodation given, decision to proceed with only one party present, while other knocking on door, so to speak, concerning — More appropriate course of action would probably have been to suspend hearing to allow appellant to participate — That said, this breach not justifying setting aside of impugned order since outcome of respondents' motion to strike statement of claim inevitable — Futile to remit matter to Federal Court so as to allow appellant to make oral submissions in response to respondents' motion — Statement of claim so deficient in material facts that respondents could not respond to it — Provincial public officials, federally appointed provincial judges cannot engage, by their conduct, liability of Federal Crown — Defects in statement of claim not curable, Federal Court entitled to strike it without leave to amend — Appeal dismissed.

REBELLO V. CANADA (JUSTICE) (A-93-21, 2023 FCA 67, LeBlanc J.A., reasons for judgment dated March 23, 2023, 11 pp.)

**TRANSPORTATION**

Judicial review of Transport Canada decision informing applicant electric vehicles latter wanting to import ineligible for import to Canada because vehicles not complying with safety standards applicable to vehicles designed for use on road — According to applicant, vehicles power-assisted bicycles, excluded from safety regime because designed for off-road use — Applicant adding respondent’s interpretation of *Motor Vehicle Safety Regulations*, C.R.C., c. 1038 (MVSR), according to whom old definition of “power assisted bicycle” not relevant, unreasonable — Applicant taking position power assisted bicycles unable to reach maximum speed of 32 km/h not “restricted use-vehicles”, fully compliant with laws applicable in Canada — Respondent explaining in decision that according to definition of “restricted-use vehicle”, most relevant factor for decision maker is whether vehicle designed for public roads or not — Applying approach to applicant’s vehicles, respondent stating vehicles appear capable of mixing with road traffic, equipped with front, rear turn signals, headlight, brake light, licence plate holder, mirrors, etc., appear designed primarily as limited-speed motorcycle, indicating vehicles designed for road use — Issue whether respondent’s interpretation of MVSR unreasonable — Key phrase in this case: “is not designed for use on public roads” — Although no statutory definition of term “public roads”, defendant’s interpretation reflects common use of term — Transport Canada informed public, including importers, of interpretation of “designed” — Interpretation reflects regulatory context, overarching purpose of protecting public, road safety — Transport Canada’s interpretation of “is not designed for use on public roads” reasonable — Reference to “designed” reflects legislator’s intention to consider manufacturer’s original design instead of emphasizing importer’s or consumer’s intention — Transport Canada’s interpretation corresponds to legislator’s intention — Interpretation documents respondent published to assist officers with interpretation of related terms show respondent aware new regulatory provisions affect assessment of low-speed vehicles designed for off-road use — However, document stresses maximum speed, intended use of vehicle not decisive in itself — All in all, Transport Canada’s interpretation of key phrase corresponds to text, context, purpose of amendments to regulatory regime; decision maker’s analysis clear, consistent in light of evidence, submissions filed by applicant — Application dismissed.

KOLO SCOOTER INC. v. CANADA (TRANSPORT) (T-1004-21, 2023 FC 344, Pentney J., reasons for judgment dated March 14, 2023, 24 pp. + 2 pp.)





# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.*

**\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.**

---

## ANTIDUMPING

Contrôle judiciaire de l'avis de décision définitive (la décision définitive) donné en janvier 2021 par le président de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) — L'ASFC a publié la version publique de l'exposé des motifs de la décision définitive (DONP 2020 IN) (l'exposé des motifs), dans lequel il est expliqué que l'ASFC a mis fin aux enquêtes de dumping et de subventionnement relativement à certains contreplaqués décoratifs et autres contreplaqués non structuraux originaires ou exportés de la République populaire de Chine — L'enquête de dumping a été close à l'égard de certaines des défenderesses (les défenderesses dont la marge de dumping est nulle) — Les marchandises en cause exportées par les défenderesses dont la marge de dumping est nulle représentent une fraction du volume des contreplaqués décoratifs et autres contreplaqués non structuraux importés au Canada par les exportateurs chinois visés par l'enquête de l'ASFC — L'ASFC a recensé 765 exportateurs et producteurs chinois potentiels des marchandises en cause en s'appuyant sur les documents d'importation de l'ASFC et sur l'information fournie par les demanderesses — Les demanderesses ont fait valoir que l'ASFC est allée à l'encontre de la primauté du droit en ne présentant pas les calculs des marges de dumping au président — Selon les demanderesses, l'omission de l'ASFC de fournir ces calculs constitue un manquement à l'équité procédurale conformément à l'alinéa 96.1(2)b) de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (la LMSI), ou une erreur susceptible de contrôle conformément à l'alinéa 96.1(2)d) — Les demanderesses ont soutenu également que la décision de l'ASFC de mettre fin à l'enquête de dumping à l'égard des défenderesses était déraisonnable, parce qu'elle découlait de l'omission de l'ASFC de conclure qu'une situation particulière du marché (SPM) existait au regard des marchandises des défenderesses ou des marchandises de la République populaire de Chine — Le procureur général du Canada, une partie défenderesse, était, entre autres choses, d'avis qu'il n'y a pas eu de manquement à l'équité procédurale et qu'il n'était pas nécessaire que le président examine les calculs de l'ASFC — Le président a conclu qu'il n'existait pas de SPM, et il a établi les valeurs normales des marchandises des défenderesses dont la marge de dumping est nulle conformément au paragraphe 29(1) pour l'ensemble des marchandises exportées, dans les cas où aucun renseignement sur les coûts de production n'avait été fourni — Les demanderesses ont demandé le contrôle judiciaire de la décision pour des motifs ayant trait à la démarche adoptée par le président pour établir s'il existait une SPM aux fins de ses enquêtes de dumping — Les demanderesses ont fait valoir quatre motifs principaux pour lesquels il était déraisonnable de la part du président de conclure qu'il n'existait pas de SPM dans l'industrie chinoise des contreplaqués décoratifs : 1) l'ASFC a limité les « programmes de soutien gouvernementaux » aux « subventions donnant lieu à une action »; 2) l'ASFC n'a pas tenu compte des montants de subvention liés aux exportateurs n'ayant pas coopéré lorsqu'elle s'est penchée sur les « programmes de soutien gouvernementaux »; 3) l'ASFC a conclu à tort que les prix des billes en Chine n'étaient pas faussés; 4) l'ASFC n'a pas examiné l'effet cumulatif des facteurs — Il s'agissait de déterminer si l'omission par le président d'inclure les calculs dans l'énoncé des motifs donnait lieu à un manquement à l'équité procédurale; si l'omission de la part de l'ASFC de fournir les calculs au président ou de les inclure dans l'énoncé des motifs rendait la décision définitive déraisonnable; et s'il était raisonnable de la part du président de conclure qu'il n'existait pas de SPM — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale en l'espèce — La décision définitive doit être lue en parallèle avec l'énoncé des motifs et avec la version confidentielle du mémoire concernant le dumping — Dans la présente demande, les calculs ne font pas partie du dossier, n'ont pas été remis au décideur et n'ont pas été fournis aux demanderesses — L'obligation d'équité procédurale envers les demanderesses était peu élevée, étant donné que les demanderesses ont accès aux renseignements des exportateurs et vu les délais législatifs stricts dans lesquels le président doit réaliser ses enquêtes de dumping — Les demanderesses ne pouvaient invoquer les calculs pour appuyer une demande de contrôle judiciaire — La Cour peut seulement examiner la preuve dont disposait le décideur — Les calculs ne faisaient pas partie du dossier

**ANTIDUMPING—Fin**

et n'ont pas été présentés au président — La décision définitive reposait sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et était justifiée au regard des contraintes juridiques auxquelles le président est assujéti — L'absence de calculs dans l'énoncé des motifs n'a pas rendu la décision inadéquate ou inintelligible — Dans la plupart des tribunaux administratifs, les calculs ou les détails de l'enquête ne sont pas soumis au décideur — Le décideur dispose généralement d'un rapport résumant les conclusions de fait et les méthodes retenues pour mener l'enquête ou pour trancher la question et parvenir à une conclusion — Tel était précisément le cas dans cette affaire — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de se fonder sur des mémoires produits par les agents de l'ASFC, sans nécessairement consulter les calculs détaillés — Rien dans la LMSI n'exige que le président ait les calculs en main pour rendre ses décisions provisoires et ses décisions définitives — Cela dit, rien n'empêche le président de demander à avoir accès à ces calculs — En l'espèce, le pouvoir discrétionnaire du président n'a pas été exercé de façon arbitraire — Le président de l'ASFC n'a pas omis de fournir des motifs adéquats et intelligibles — L'inclusion de tableaux contenant une abondance de données aurait appelé à une « chasse au trésor, phrase par phrase, à la recherche d'une erreur » et une nouvelle appréciation de la preuve — Il n'était pas déraisonnable de la part du président de se forger l'opinion qu'aucune SPM n'existait relativement aux marchandises des défenderesses dont la marge de dumping est nulle — Il était raisonnable de la part du président de limiter son analyse des programmes de soutien gouvernementaux aux subventions donnant lieu à une action afin de se prononcer sur l'éventuelle existence d'une SPM — L'analyse faite par le président ne restreint pas l'effet correctif des dispositions relatives aux SPM — Il était raisonnable de la part de l'ASFC de faire du terme « programmes de soutien gouvernementaux » une interprétation compatible avec le traitement réservé aux subventions en vertu de la LMSI — Le président a pris en considération l'ensemble des renseignements que contenait le dossier au sujet des programmes de soutien gouvernementaux — Malgré que le paragraphe 30.4(3) de la LMSI (qui empêche l'ASFC de prendre en considération des subventions ne donnant pas lieu à une action au moment d'évaluer le montant des subventions) ne s'applique pas directement à la décision rendue au sujet de la SPM, il était raisonnable de la part du président d'adopter la même méthode et les mêmes restrictions lorsqu'il évalue les programmes de soutien gouvernementaux — Bien qu'un montant de subvention ait été établi par prescription ministérielle pour la majorité des producteurs chinois de contreplaqués, il était raisonnable de la part du président de conclure que la simple existence de ces subventions ne suffisait pas pour qu'il conclue à l'existence d'une SPM — S'agissant des montants des subventions établis qui ne correspondaient pas à ceux des subventions réellement reçues, il était raisonnable de la part de l'ASFC de ne pas tenir compte des montants de subvention déterminés pour les exportateurs n'ayant pas coopéré, afin d'établir si une SPM existait en Chine — La LMSI n'exigeait pas du président qu'il demande des renseignements supplémentaires aux demanderesses — Le Guide LMSI n'impose pas d'obligations positives particulières exigeant du président qu'il recueille des renseignements et vérifie les observations — Il est à la discrétion du président de demander des renseignements supplémentaires — Il était raisonnable de la part du président de prendre en considération la preuve au dossier et de ne pas demander de renseignements supplémentaires aux demanderesses, aux exportateurs ou à d'autres pays — Les demanderesses n'ont pas expliqué comment, ni pourquoi, au vu du dossier de preuve, la combinaison de facteurs étayait l'existence d'une SPM — Le président a examiné chacun des facteurs et a pris en considération l'ensemble des éléments de preuve déposés et a expliqué pourquoi il n'était pas d'avis qu'une SPM existait en Chine — Demande rejetée.

ASSOCIATION CANADIENNE DU CONTREPLAQUÉ ET DES PLACAGES DE BOIS DUR C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-52-21, 2023 CAF 74, juge Rivoalen, J.C.A., motifs publics du jugement en date du 5 avril 2023, 45 p. + 29 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****STATUT AU CANADA***Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada qui a rejeté la demande d'asile des demandeurs au motif qu'ils n'ont pas la qualité de réfugiés ou de personnes à protéger au sens des articles 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR), car ils disposent de deux possibilités de refuge intérieur (PRI) viables au Mexique — Les demandeurs, citoyens du Mexique, se sont réfugiés chez un membre de leur famille à Mexico suite à un vol avec agression et un acte d'extorsion — Après le départ du demandeur principal au Canada, la famille a reçu des appels de menace — La Section de la protection des réfugiés (SPR) a rejeté la demande d'asile logée par les demandeurs — La SPR a conclu que les importantes omissions dans la preuve du demandeur principal ainsi que certaines hésitations dans son témoignage ont miné la crédibilité de la demande d'asile de la famille — La SAR a conclu que la SPR a erré en concluant que le demandeur principal n'était pas crédible — Toutefois, en procédant à l'analyse d'une PRI viable dans les villes de Mérida ou Mexico, la SAR a conclu que la réinstallation de la famille

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

dans ces villes identifiées en tant que PRI n'était pas déraisonnable, puisque la preuve et les circonstances personnelles du demandeur principal et de son épouse ne permettaient pas de conclure que la famille ne pouvait pas recommencer sa vie, trouver un emploi et subvenir à ses besoins dans les PRI — La question en litige était de savoir si les conclusions de la SAR sur les PRI étaient raisonnables — Avant d'aborder cette question, il importait de traiter de la question de crédibilité, abordée tant par les demandeurs que par le défendeur dans leurs soumissions respectives — La SAR ne s'est pas contredite en utilisant les éléments non crédibles du témoignage du demandeur principal pour étayer ses propres conclusions quant aux PRI viables — C'est le poids accordé par la SPR aux incohérences du demandeur principal que la SAR a remis en doute, et non pas la crédibilité même de certains éléments particuliers de son témoignage — Le défendeur a affirmé que la SAR aurait erré en déterminant que les incohérences soulevées par la SPR n'étaient pas suffisantes pour entacher la crédibilité générale du demandeur principal — Le défendeur a soutenu cependant que, malgré cette erreur de la SAR, il n'était pas indiqué pour la Cour d'intervenir, puisque le rejet de la demande d'asile des demandeurs demeurait la seule issue possible dans le présent dossier — Les arguments avancés par le défendeur n'étaient pas convaincants — Selon l'arrêt *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157, la SAR doit intervenir lorsqu'elle détecte une erreur de la SPR — Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale ne dit pas que c'est là la seule façon pour la SAR de se substituer à la SPR; elle affirme plutôt le devoir d'intervention de la SAR dès que cette dernière décèle une erreur commise par la SPR — La SAR n'est pas une instance d'appel ordinaire puisqu'elle doit agir en fonction de la norme correcte, qui exige qu'elle intervienne dès la moindre erreur, par opposition à une instance d'appel régulière, qui n'intervient qu'en vertu d'une norme d'appel plus contraignante — Dans le même ordre d'idées, pour que le paragraphe 111(2) de la LIPR ait du sens, il faut en comprendre que le législateur a voulu restreindre la compétence de la SAR uniquement lorsque celle-ci veut renvoyer une affaire à la SPR — Autrement, le législateur aurait mentionné à l'article 111 de la LIPR qu'une erreur est nécessaire dans tous les cas, et non seulement dans le cas d'un renvoi à la SPR — Le paragraphe 111(1) de la LIPR « n'empêche pas la SAR de substituer sa propre décision sur la demande d'asile à celle de la SPR en se fondant sur un élément que la SPR n'avait pas abordé » — Il est vrai que la SAR doit faire preuve de déférence lorsqu'elle intervient sur la crédibilité du demandeur d'asile — En fait, la SAR n'a jamais remis en question l'évaluation de la crédibilité des demandeurs ni la valeur de leur témoignage de vive voix — Elle a simplement souligné qu'à la lumière des incohérences soulevées par la SPR, celles-ci ne pouvaient pas, à elles seules, entraîner une conclusion négative quant à la crédibilité générale des demandeurs et fonder le rejet de leur demande d'asile — Le fait que la SAR a utilisé les conclusions de la SPR quant aux incohérences que celle-ci a soulevées milite également en faveur du caractère raisonnable de la décision de la SAR — La SAR a plutôt validé les conclusions de fait de la SPR quant à la crédibilité, mais a décidé de leur accorder un poids différent vis-à-vis la crédibilité générale des demandeurs — La conclusion de la SAR quant à la crédibilité des demandeurs ne comportait pas des lacunes fondamentales — Il s'agissait plutôt d'une situation où les lacunes ou insuffisances reprochées peuvent être qualifiées de « superficielles ou accessoires par rapport au fond de la décision », ne justifiant pas l'intervention de la Cour — La brièveté des motifs de la décision de la SAR sur la question de crédibilité ne suffisait pas, à elle seule, pour rendre la décision déraisonnable — En ce qui concerne l'existence des PRI viables, la SAR a expressément tenu compte de la situation particulière des demandeurs, et a analysé ses prétentions et ses craintes — Au vu de la preuve devant elle, la SAR pouvait à bon droit conclure que les demandeurs n'avaient pas démontré que ses agents de persécution auraient la motivation et l'intérêt de les poursuivre à Mérida ou dans la ville de Mexico — Au final, les arguments des demandeurs manifestaient plutôt leur désaccord quant à l'appréciation de la preuve faite par la SAR — Ils n'ont soulevé aucune lacune grave dans la décision et, dans une telle situation, la Cour doit faire preuve de déférence envers les conclusions de la SAR — Demande rejetée.

RODRIGUEZ SANCHEZ C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-2165-22, 2023 CF 426, juge Gascon, motifs du jugement en date du 28 mars 2023, 24 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Appel de la décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt a jugé que l'intimée avait droit à des crédits de taxe sur les intrants (CTI) à l'égard d'appareils orthodontiques fournis à des patients (2021 CCI 25) — Il s'agissait de savoir si la fourniture d'appareils orthodontiques est une fourniture distincte aux fins de l'application de la Loi (admissible aux CTI) ou si elle fait partie de la fourniture de services orthodontiques (non admissible aux CTI) — L'appelant a fait valoir que la fourniture des appareils et des services est une fourniture unique de services orthodontiques, comme il a été conclu dans la décision *Dr. Brian Hurd Dentistry Professional Corporation c. La Reine*, 2017 CCI 142 — Dans la décision *Hurd*, la Cour canadienne de l'impôt a appliqué le critère énoncé dans la décision *O.A. Brown Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 678 (QL) pour en arriver à cette conclusion — La Cour canadienne de l'impôt n'a pas suivi le même raisonnement en l'espèce; elle a plutôt procédé à une interprétation

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions applicables de la Loi et a conclu que l'intention du législateur était clairement que la fourniture d'appareils orthodontiques et la fourniture de services orthodontiques soient distinctes — Devant la Cour canadienne de l'impôt, l'appelant a fait valoir que les appareils et les services sont étroitement liés et qu'ils font l'objet d'une fourniture unique de services orthodontiques — Il s'agissait de savoir si la Cour canadienne de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que le critère énoncé dans la décision *O.A. Brown* ne s'appliquait pas — La fourniture d'un appareil orthodontique figure à l'annexe VI de la Loi, de sorte qu'il s'agit d'une « fourniture détaxée » au sens du paragraphe 123(1) de la Loi — La fourniture d'un service orthodontique figure à l'annexe V de la Loi, de sorte qu'il s'agit d'une « fourniture exonérée » au sens du paragraphe 123(1) de la Loi — L'intimée a droit à des CTI pour les fournitures détaxées, mais pas pour les fournitures exonérées — Bien que les tribunaux appliquent régulièrement la décision *O.A. Brown*, lorsque l'intention du législateur est claire, comme c'est le cas en l'espèce, celle-ci doit l'emporter — Dans le cas d'appareils orthodontiques et de services orthodontiques, qui sont généralement fournis ensemble, le fait qu'il s'agit d'une fourniture détaxée dans un cas et d'une fourniture exonérée dans l'autre cas donne fortement à penser que c'était intentionnel et que la fourniture d'un appareil orthodontique se veut une fourniture détaxée même lorsqu'elle est accompagnée de la fourniture de services orthodontiques — En l'espèce, la Cour canadienne de l'impôt a procédé à une interprétation textuelle, contextuelle et téléologique des dispositions en cause et a conclu que l'intention du législateur était que les appareils orthodontiques fassent l'objet d'une fourniture détaxée distincte, de sorte qu'il n'était pas nécessaire d'appliquer le critère énoncé dans la décision *O.A. Brown* — La Cour canadienne de l'impôt n'a pas commis d'erreur — Appel rejeté.

CANADA C. DR. KEVIN L. DAVIS DENTISTRY PROFESSIONAL CORPORATION (A-117-21, 2023 CAF 76, juge Woods, J.C.A., motifs du jugement en date du 12 avril 2023, 15 p. + 3 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DE L'IMPÔT

*Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne*

Contrôle judiciaire du refus par le défendeur de délivrer des certificats ouvrant droit au Crédit d'impôt pour production cinématographique ou magnétoscopique canadienne (crédit d'impôt) à l'égard de trois productions au motif qu'elles constituent « de la publicité », un genre exclu du crédit d'impôt par le *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C., ch. 945 (Règlement) — Les demanderessees sont des sociétés liées, constituées uniquement pour les fins des productions télévisuelles en question — Le crédit est accordé sur la main-d'œuvre canadienne, engagée pour travailler sur des productions télévisuelles canadiennes — L'accès à ce crédit d'impôt est restreint par la définition de « production cinématographique ou magnétoscopique » que l'on retrouve au paragraphe 125.4 (1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 et qui prévoit que certains genres de productions, énumérés au paragraphe 1106(1) du Règlement, n'y sont pas admissibles — Le défendeur détermine l'admissibilité au crédit d'impôt sur la base des renseignements fournis par le producteur et de la recommandation formulée par le Bureau de certification des produits audiovisuels canadiens (BCPAC) — En 2014 et en 2016, le BCPAC avait avisé les demanderessees qu'il considère que les séries télévisuelles *Croisières de rêves* et *Soleil tout inclus* constituent de la publicité exclue et que les certificats antérieurs ont été émis par erreur — On a avisé les demanderessees que toutes productions futures répondant au même concept seraient exclues — En 2017, le défendeur a publié une nouvelle définition de publicité dans ses lignes directrices — Une production « dont plus de 15 p. 100 de la durée consiste à : vanter les mérites d'un ou de plusieurs produits, services, événements, organisations ou entreprises » est considérée de la publicité — Dans un Préavis de refus, le BCPAC a indiqué que le contenu des épisodes soumis au BCPAC avec les demandes était de la nature d'une infopublicité centrée autour de la promotion de différents hôtels et destinations touristiques — Le BCPAC a invité les demanderessees à lui transmettre tout nouveau renseignement susceptible d'influencer son évaluation du dossier, ce qu'elles ont fait — En 2018, le défendeur a transmis aux demanderessees son Avis de refus à l'égard des trois demandes sous étude — Il était d'opinion que les productions sont de la nature d'une infopublicité centrée autour de la promotion de différentes croisières, destinations soleil et activités touristiques — Il s'agissait en l'espèce de déterminer si le défendeur a erré dans son interprétation du paragraphe 1106(1) du Règlement, et s'il a manqué à son devoir d'équité procédurale dans le traitement de ces demandes — La décision du défendeur était une décision déraisonnable qui ne fait pas partie des issues pouvant se justifier au regard des faits, et surtout au regard de la Loi et du Règlement — L'arrêt *Zone3-XXXVI inc. c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 242 (*Zone 3 CAF*), ainsi que la décision *Serdy Vidéo II Inc. c. Canada (Patrimoine)*, 2018 CF 413 ont une pertinence particulière en l'instance — Le rôle qui est confié au défendeur par le paragraphe 1106(1) du Règlement n'est pas de qualifier une production, mais bien de s'assurer que cette dernière n'entre pas dans une catégorie exclue — En utilisant la barre des 15 pour cent, le défendeur a fait exactement ce que la

**IMPÔT SUR LE REVENU**—Suite

Cour d'appel fédérale a indiqué dans *Zone 3 CAF* ne pas être du ressort de la Cour — Le désir du BCPAC d'élargir la portée de l'exclusion « publicité » prévue au Règlement dans une ère où la publicité télévisuelle traditionnelle a perdu la cote au profit des placements publicitaires entre autres choses est compréhensible — Toutefois, cette décision appartient au législateur et non au ministre — Demande accueillie.

9616934 CANADA INC. C. CANADA (PATRIMOINE) (T-148-19, T-149-19, T-150-19, 2023 CF 432, juge en chef adjointe Gagné, motifs du jugement en date du 3 avril 2023, 25 p.)

## CALCUL DU REVENU

*Déductions*

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2021 CCI 23) confirmant la décision du ministre du Revenu national de refuser à l'appelante la déduction de retenues d'impôt — L'appelante a mis en place une structure pour acquérir la société américaine UP&UP — Plus précisément, l'appelante a constitué une société en nom collectif sous le régime des lois du Delaware (USGP); USGP a constitué une société à responsabilité illimitée en Nouvelle-Écosse (NSULC), USGP et NSULC ont constitué une société à responsabilité limitée (LLC) sous le régime des lois du Delaware; une société du Delaware (US Holdco) a été constituée par l'appelante; US Holdco a acquis des actions d'Acquisitionco; US Holdco a également acquis les actions de Jetco Inc. (société constituée par l'appelante sous le régime des lois du Delaware) auprès de l'appelante, puis a transféré ces actions à Acquisitionco — Le financement de l'acquisition d'UP&UP a été assuré par la structure de l'appelante, y compris le prêt accordé par l'appelante à USGP (prêt de l'appelante) — Jetco a fusionné avec UP&UP, la société fusionnée a ensuite fusionné avec Acquisitionco pour former US Amalco — En conséquence, US Amalco s'est endettée auprès de LLC pour un montant de 300 millions de dollars américains — Les opérations visées par le présent appel sont les paiements d'intérêts sur la dette due à LLC, les dividendes versés à NSULC et à USGP et les intérêts versés à l'appelante — L'appelante a inclus dans son revenu les intérêts payés par USGP sur le prêt de l'appelante et a demandé une déduction en vertu du paragraphe 20(12) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 pour les retenues d'impôt payées au gouvernement américain sur ces intérêts — Le paragraphe 20(12) prévoit l'exception suivante : « ... à l'exclusion de tout ou partie de cet impôt qu'il est raisonnable de considérer comme payé par une société à l'égard du revenu tiré d'une action du capital-actions d'une société étrangère affiliée de la société » — La C.C.I. a conclu que, bien que la formulation « à l'égard du » soit très large, il était nécessaire de trouver un lien entre les impôts américains payés par l'appelante et le revenu des dividendes perçu par NSULC — La C.C.I. a déclaré que le contribuable ne peut pas demander un allègement au titre de plus d'une disposition pour tout impôt étranger payé en relation avec un poste donné de revenu — Il s'agissait de savoir si l'appelante a droit à une déduction en vertu du paragraphe 20(12) pour l'impôt payé au gouvernement américain sur les intérêts versés à l'appelante par USGP — Plus particulièrement, il s'agissait d'interpréter l'exception prévue au paragraphe 20(12) — Au regard du paragraphe 20(12), rien ne semble empêcher l'appelante de bénéficier de la déduction qui y est prévue — La première partie de l'art. 20(12) identifie la déduction en question comme étant « l'impôt sur le revenu ne provenant pas d'une entreprise [que le contribuable] a payé pour l'année au gouvernement d'un pays étranger » — La deuxième partie énonce l'exception — Par conséquent, les questions à traiter en l'espèce étaient de savoir quel impôt a été payé par l'appelante au gouvernement américain, et s'il était raisonnable de conclure que cet impôt concernait le revenu tiré d'une action du capital-actions d'une société étrangère affiliée à l'appelante — La C.C.I. a fait erreur en concluant qu'il « ressort clairement du renvoi dans le paragraphe 20(12) [...] que l'on doit déterminer si le revenu tiré des actions, reçu par une personne morale autre que le contribuable, peut raisonnablement être considéré comme étant le revenu à l'égard duquel l'impôt des États-Unis a été payé par le contribuable qui demande la déduction — Rien dans le libellé du paragraphe 20(12) ne prévoit explicitement que l'existence distincte de deux sociétés (l'appelante et NSULC) devait être ignorée et que le revenu de NSULC devait être considéré comme le revenu de l'appelante — Le texte du paragraphe 20(12) ne suffit pas à écarter la règle générale selon laquelle l'actif et le revenu de la société ne sont pas l'actif et le revenu de ses actionnaires — Par conséquent, rien ne permettait de conclure que le paragraphe 20(12) prévoit explicitement que le revenu de NSULC provenant de ses parts dans LLC devait être traité comme un revenu de l'appelante, et donc comme un revenu sur lequel l'appelante a payé des impôts au gouvernement américain — Le texte du paragraphe 20(12) étaye la conclusion selon laquelle les impôts payés par l'appelante au gouvernement américain ne pouvaient raisonnablement être considérés comme des impôts payés par l'appelante au titre du revenu tiré des actions de LLC — L'appelante avait deux sources de revenu aux fins de la Loi pertinente dans le présent appel : les actions dans NSULC (détenues par USGP) et le prêt de l'appelante — La conclusion de la C.C.I. selon laquelle l'appelante demandait les deux déductions prévues aux paragraphes 112(1) et 20(12) respectivement à l'égard du même « poste » de revenu n'était pas fondée — Le revenu attribué à l'appelante, qui comprenait les dividendes versés par NSULC à USGP, était distinct des paiements d'intérêts qui ont donné lieu aux impôts payés au gouvernement américain — Enfin, le

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

paiement d'intérêts par USGP à l'appelante n'était pas un paiement de l'appelante à elle-même — La nature juridique des paiements faits par la société de personnes à l'associé est fonction de l'obligation légale qui est exécutée, et non de la réalité économique de l'opération — Étant donné que l'appelante a payé au gouvernement américain, relativement aux retenues d'impôt, des sommes à l'égard des intérêts, l'appelante a droit à une déduction au titre du paragraphe 20(12) pour ces impôts — L'octroi de cette déduction n'équivaut pas, pour le Canada, à subventionner le gouvernement américain et ne va pas à l'encontre du but du paragraphe 20(12) — Permettre à l'appelante de bénéficier de la déduction prévue au paragraphe 20(12) était conforme au but de cette disposition — Appel accueilli.

EMERGIS INC. C. CANADA (A-109-21, 2023 CAF 78, juges Webb et Goyette, J.C.A., motifs du jugement en date du 13 avril 2023, 18 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

*Sujet connexe : Pratique (Recours collectifs)*

Requête en approbation de la convention de règlement conclue dans un recours collectif en réparation pour la perte de leur langue et de leur culture par les bandes indiennes en raison des pensionnats indiens (réclamations des bandes) — Suivant les modalités de la convention, le Canada versera 2,8 milliards de dollars afin de régler entièrement et définitivement les réclamations du groupe des bandes — Les objectifs du règlement sont décrits au paragraphe M de la convention qui en énonce les quatre piliers : a. Revitalisation et protection des langues autochtones; b. Revitalisation et protection des cultures autochtones; c. Promotion et protection du patrimoine; et d. Bien-être des communautés autochtones et de leurs membres — Pour atteindre ces objectifs, on créera une entité à but non lucratif dirigée et contrôlée par des Autochtones qui établira un fonds en fiducie et versera le fonds aux bandes membres du groupe — Il s'agissait de savoir si la convention de règlement est juste et raisonnable — La seule objection ou préoccupation soulevée portait sur le libellé de la décharge de responsabilité dans la convention — Les préoccupations concernant ce libellé sont nées à la suite de la terrible découverte de tombes anonymes et de lieux d'enterrements aux sites des anciens pensionnats — On s'inquiétait que ce libellé pourrait empêcher tout effort futur mené afin de tenir le Canada responsable de ces graves découvertes — En l'espèce, le libellé de la décharge de responsabilité ne s'applique qu'aux réclamations soulevées dans le recours collectif — Les dispositions relatives à la décharge ne sont pas une renonciation ou une restriction quelconque à toute réclamation qui pourrait être déposée contre le Canada concernant les tombes anonymes ou les enfants qui sont morts ou qui sont disparus alors qu'ils fréquentaient les pensionnats — Concernant la question de savoir si la convention de règlement est juste et raisonnable et va dans l'intérêt supérieur des bandes membres du groupe, les facteurs décrits dans la jurisprudence de la Cour fédérale ont été pris en compte — La convention de règlement assure une certitude, un recouvrement et la conclusion de l'affaire pour les bandes membres du groupe — L'approche adoptée tient compte des expériences passées et est mieux adaptée aux intérêts à long terme des bandes — Le règlement est historique en ce qui concerne à la fois son montant et sa structure — La Cour n'aurait pu accorder cette réparation aux bandes même si elles avaient entièrement eu gain de cause sur toutes les questions au procès — N'eût été le règlement, le litige se serait sans aucun doute poursuivi durant une autre décennie — De nombreux représentants des bandes se sont dits en faveur de ce règlement — Les représentants demandeurs appuient massivement le règlement — La présente convention est bien décrite par les qualificatifs « monumentale », « historique » et « transformationnelle » — La souplesse que la convention procure aux bandes membres du groupe afin d'établir leurs propres priorités pour travailler en tenant compte des quatre piliers et de répondre, par conséquent, aux besoins uniques de leurs Nations est sans précédent — La convention de règlement est donc approuvée.

PREMIÈRE NATION TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC C. CANADA (T-1542-12, 2023 CF 327, juge McDonald, motifs de l'ordonnance en date du 9 mars 2023, 39 p + 132 p)

*Sujets connexes : Couronne; Pratique; GRC*

Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale (2021 CF 656) autorisant une action comme recours collectif — Dans sa déclaration modifiée, l'intimé, un Autochtone qui réside dans les Territoires du Nord-Ouest, allègue qu'il a été agressé et insulté par des agents de la GRC après son arrestation, et qu'il a en conséquence subi un préjudice physique et psychologique permanent — L'intimé a introduit le recours collectif envisagé — Le groupe envisagé est décrit comme [TRADUCTION] « [t]ous les Autochtones [...] qui allèguent avoir été agressés [...] alors qu'ils étaient sous la garde ou la détention d'agents de la GRC dans les territoires » — Les réparations demandées comprennent un jugement déclaratoire et une mesure de réparation pécuniaire

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

pour négligence systémique, manquement à l'obligation fiduciaire et violations des articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — L'appelant soutient que les conditions d'autorisation ne sont pas respectées — En ce qui concerne le premier critère (l'existence d'une cause d'action valable), il est mentionné plusieurs fois dans la déclaration que [TRADUCTION] « l'établissement » de la GRC dans les territoires donne lieu à une responsabilité pour négligence systémique — La décision d'établir la GRC en tant que corps policier dans les territoires répond tout à fait à la définition d'une « décision de politique générale fondamentale » — La Cour suprême du Canada a établi que les « décisions de politique générale fondamentale » prises par les branches législative et exécutive n'entraînent pas de responsabilité pour négligence — Par conséquent, il est évident et manifeste que la décision d'établir la GRC dans les territoires ne peut faire l'objet d'une réclamation pour négligence systémique — Les parties de la déclaration modifiée dans lesquelles l'établissement est invoqué dans la réclamation pour négligence systémique doivent être radiées — L'affaire est renvoyée à la juge saisie de la requête afin que soit réglée toute question liée à celle de savoir ce qu'il en est si d'autres parties de l'acte de procédure contiennent une réclamation visant des décisions de « politique générale fondamentale » qui ne peut être présentée — La juge saisie de la requête a également commis une erreur en concluant que la cause d'action portant sur le manquement à l'obligation fiduciaire n'en était pas une vouée à l'échec — La Cour suprême a affirmé que la « partie invoquant l'obligation doit pouvoir démontrer que, relativement à l'intérêt juridique particulier en jeu, le fiduciaire a renoncé aux intérêts de toutes les autres parties en faveur du bénéficiaire » — L'intimé ne le fait pas en l'espèce — La première condition d'autorisation est respectée, mais seulement en ce qui concerne la réclamation pour négligence systémique (une fois que ce qui doit être écarté le sera) et les réclamations fondées sur la Charte — À propos du deuxième critère (l'existence d'un groupe identifiable), la juge saisie de la requête a souligné qu'une définition du groupe fondée sur l'allégation d'avoir subi un préjudice, une perte ou un dommage découlant d'une inconduite alléguée peut être acceptée — Il s'agissait de la première fois que la Cour d'appel fédérale devait examiner la question de savoir si les définitions de groupe fondées sur des allégations sont appropriées ou non de — La définition du groupe fondée sur des allégations appliquée en l'espèce est suffisamment objective au regard des fins pour lesquelles les groupes sont définis — La juge saisie de la requête n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne la question de l'existence d'un groupe identifiable — Quant au troisième critère (la question de savoir si les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs), la juge saisie de la requête n'a, à deux exceptions près, pas commis d'erreur manifeste et dominante en concluant qu'il existe un certain fondement factuel en ce qui a trait aux questions communes autorisées — La première exception découle de la conclusion selon laquelle la réclamation pour manquement à l'obligation fiduciaire ne peut être autorisée — La question portant sur cette cause d'action doit donc être écartée — La deuxième exception est liée au fait que la juge saisie de la requête a autorisé la question relative aux dommages-intérêts globaux — Le dossier dont disposait la juge saisie de la requête ne contenait aucune preuve faisant valoir une méthode pour procéder à une évaluation globale, et le plan de litige ne contenait rien sur ce point — Devant un tel vide factuel, aucun fondement factuel ne justifiait l'autorisation d'une question commune liée à une évaluation des dommages-intérêts globaux — Une modification de l'ordonnance d'autorisation est donc requise pour que la question commune relative aux dommages-intérêts globaux soit supprimée — Cette suppression n'empêcherait pas le juge de première instance saisi des questions communes de conclure que les exigences pour l'octroi de dommages-intérêts globaux sont respectées et d'en accorder — Enfin, la juge saisie de la requête n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne les deux derniers critères (la question de savoir si le recours collectif est le meilleur moyen; l'existence d'un représentant demandeur convenable) — L'appel est accueilli en partie; l'ordonnance d'autorisation est annulée et renvoyée à la Cour fédérale pour qu'elle soit modifiée conformément aux présents motifs.

CANADA (PROCTEUR GÉNÉRAL) C. NASOGALUAK (A-188-21, 2023 CAF 61, juge Laskin, J.C.A., motifs du jugement en date du 17 mars 2023, 41 p.)

**PRATIQUE**

*Sujet connexe : Aliments et Drogues*

Requête de l'Association canadienne des aliments de santé et de l'Association de ventes directes du Canada (les intervenantes proposées) visant à obtenir l'autorisation d'intervenir — Dans l'appel sous-jacent, la Cour est appelée à examiner le caractère raisonnable d'une décision rendue par le ministre de la Santé selon laquelle l'appelante a contrevenu au *Règlement sur les produits de santé naturels*, DORS/2003-196 (le Règlement), en vendant un « produit de santé naturel » sans être titulaire d'une licence de mise en marché — Les intervenantes proposées souhaitaient que le Règlement soit interprété de manière « raisonnable », de façon à assurer plus de certitude, de prévisibilité et de clarté à leurs sociétés membres — Toutes les décisions d'intervention de la Cour font ressortir explicitement ou implicitement trois éléments à examiner : 1) l'utilité de la participation de l'intervenant par rapport aux questions que la Cour est appelée à trancher; 2) l'intérêt véritable de l'intervenant; 3) la prise

**PRATIQUE—Suite**

en compte de l'intérêt de la justice — L'arrêt *Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.*, 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3, est le plus récent et fait autorité — Selon l'arrêt *Sport Maska*, l'examen de l'intérêt de la justice devrait se faire avec souplesse et être adapté aux faits — Les intervenantes proposées se sont fondées en grande partie sur l'arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 1 C.F. 90, 1989 CanLII 9432 (C.A.) — Cet arrêt a été critiqué par la Cour d'appel fédérale — L'arrêt *Sport Maska* a indiqué que des éléments du critère d'intervention dans l'arrêt *Rothmans* étaient inexacts — Dans l'examen d'une requête en autorisation d'intervenir, il est préférable de commencer par l'arrêt *Sport Maska* — L'arrêt *Sport Maska* réaffirme les trois éléments du critère d'intervention — Le premier élément, le critère de l'utilité, figure à la règle 109 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Cette règle exige que les intervenants proposés établissent en quoi leur participation pourra être utile — L'évaluation de l'utilité repose sur l'examen des questions véritables et réelles en litige dans l'instance — L'intervenant qui entend inviter la Cour à adopter une interprétation particulière de la loi et à l'imposer au décideur administratif fait fausse route — La Cour, en tant que cour de révision qui procède au contrôle du caractère raisonnable d'une décision, ne donnera pas sa propre interprétation du Règlement, ne s'en servira pas comme critère pour comparer son interprétation à celle du décideur administratif, et n'imposera pas son interprétation au décideur administratif — Tout au plus, lors d'un contrôle du caractère raisonnable d'une décision, la Cour peut encadrer le décideur administratif en lui enseignant la méthode d'interprétation législative et la façon de faire son travail — Il s'agissait de savoir si les intervenantes proposées satisfaisaient au critère d'intervention — Les intervenantes proposées ne satisfaisaient pas au critère de l'utilité — Dans la mesure où les observations des intervenantes proposées étaient compatibles avec le rôle de la Cour, à qui il appartient d'évaluer le caractère raisonnable d'une décision, elles recoupaient largement celles de l'appelante — Cette conclusion était à elle seule suffisante pour rejeter la requête — En ce qui concerne le troisième élément (l'intérêt de la justice), l'appel sous-jacent a été interjeté en avril 2022 — Les intervenantes proposées n'avaient pas annoncé leur intention d'intervenir avant décembre 2022 — Le délai allait à l'encontre des impératifs de la règle 3 selon laquelle l'instance doit être instruite « de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible » — Il militait contre l'octroi de l'autorisation d'intervenir — Remarque incidente (qui n'était pas adressée aux intervenantes proposées, qui avaient déposé une requête de grande qualité et qui y avaient bien donné suite) : les critiques concernant les commentaires formulés dernièrement par les tribunaux sur les limites qui encadrent les interventions étaient inappropriées — Les intervenants autorisés à prendre part à aux instances de la Cour sont généralement ceux qui ont démontré leur compréhension du rôle propre à la magistrature — L'élaboration des politiques et des lois ne relève pas de l'initiative de la magistrature — Les personnes qui comprennent le rôle de la magistrature et qui montrent en quoi elles peuvent aider la Cour à trancher des questions réelles sont plus susceptibles d'être autorisées à intervenir — Requête rejetée.

LE-VEL BRANDS, LLC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-92-22, 2023 CAF 66, juge Stratas, J.C.A., motifs de l'ordonnance en date du 23 mars 2023, 14 p.)

**ACTES DE PROCÉDURE***Modifications**Sujet connexe : Droit d'auteur*

Appel de la décision de la Cour fédérale (2021 FC 1239) annulant une partie d'une ordonnance verbale antérieure (T-900-20, 7 avril 2021), non publiée, rendue par une protonotaire (aujourd'hui connue sous le nom de juge associée) — La protonotaire, agissant en tant que juge chargée de la gestion de l'instance, a radié la déclaration de l'intimée avec autorisation de modifier certaines prétentions non pertinentes pour le présent appel — L'action sous-jacente concernait le système en ligne Multiple Listing Service (MLS) exploité par l'intimée — Par sa réclamation, l'intimée cherchait entre autres choses à obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elle était la créatrice, l'auteure et la dépositaire du système MLS — L'appelant a affirmé que cette réclamation ne relevait pas de la compétence de la Cour fédérale, que les prétentions relatives au droit d'auteur ne révélaient aucune cause d'action valable au sens de l'alinéa 221(1)(a) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, ou constituaient autrement un abus de procédure au sens de cet alinéa, et que les prétentions relatives à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (LPRPDE) ne révélaient aucune cause d'action valable — La protonotaire a radié les prétentions relatives au droit d'auteur et à la LPRPDE — Elle a déclaré que l'intimée n'avait pas fait valoir qu'elle était titulaire du droit d'auteur ni précisé comment il y avait eu violation de ce droit — La Cour fédérale a accueilli l'appel de l'intimée, a annulé l'ordonnance de la protonotaire en ce qui concerne les prétentions relatives au droit d'auteur et a autorisé l'intimée à modifier ces prétentions — L'appelant a soutenu, entre autres choses, que la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à ce qui était essentiellement un nouvel examen; qu'elle a mal compris la décision de la protonotaire; que l'arrêt *Toronto Real*



**PRATIQUE**—Suite

*Estate Board c. Commissaire de la concurrence*, 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563 (*TREB c. Canada*) a tranché la question de savoir si l'intimée possède un droit d'auteur sur le système MLS — Les principales questions étaient de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'un aspect essentiel du raisonnement de la protonotaire consistait à déterminer que les œuvres en cause dans l'action étaient les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada*; que la protonotaire a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les œuvres en cause dans l'action étaient les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada* — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la partie de l'ordonnance de la protonotaire en cause dans le présent appel était fondée sur la conclusion que les œuvres en cause dans la présente action étaient les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada* — Il est incontestable que le droit d'auteur protège l'expression utilisée par l'auteur ou le créateur, par opposition aux faits ou aux idées — Le droit d'auteur concerne donc les œuvres et non les renseignements — Il est évident que pour effectuer l'évaluation requise, il faut examiner l'œuvre en question, que l'originalité ne peut être déterminée qu'au cas par cas — La protonotaire a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que les œuvres en cause en l'espèce sont les mêmes que celles en cause dans l'arrêt *TREB c. Canada*, mais pas précisément pour les motifs donnés par la Cour fédérale — Contrairement à ce que la Cour fédérale a déclaré dans ses motifs, une partie peut, en vertu des alinéas 221(1a) ou 221(1f), demander la radiation d'un acte de procédure qui, selon elle, soulève une question définitivement tranchée dans une procédure antérieure — Lorsque, comme en l'espèce, la Cour ne dispose d'aucun élément de preuve, elle doit déterminer si les mêmes questions ont été tranchées dans une affaire antérieure en comparant ce qui a été décidé dans l'affaire antérieure avec ce qui est invoqué dans la déclaration — Il ressort de l'examen des motifs de la décision *La commissaire de la concurrence c. The Toronto Real Estate Board*, 2016, Trib. conc. 7, et de l'arrêt *TREB c. Canada* que les œuvres en cause dans cette affaire n'étaient pas tout à fait les mêmes que celles décrites par l'intimée dans sa déclaration — Les commentaires de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *TREB c. Canada* constituaient des remarques incidentes, et ne tranchent donc pas de manière définitive la question du droit d'auteur de manière à empêcher tout nouveau litige — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en mentionnant le fait qu'il y avait des ordonnances provisoires d'injonction ainsi que des jugements par défaut et par consentement dans lesquels le droit d'auteur de l'intimée sur le système MLS a été reconnu — Ayant annulé l'ordonnance de la protonotaire dans la mesure où elle radiait la réclamation relative au droit d'auteur de l'intimée sans autoriser cette dernière à la modifier, il n'était pas nécessaire pour la Cour fédérale de rendre une ordonnance autorisant l'intimée à modifier sa réclamation relative au droit d'auteur — Le paragraphe 3 de l'ordonnance de la Cour fédérale était donc inutile, et prêtait à confusion — Appel accueilli dans la mesure où le paragraphe 3 de l'ordonnance de la Cour fédérale est supprimé — Appel accueilli en partie.

IMS INCORPORATED V. TORONTO REGIONAL REAL ESTATE BOARD (A-330-21, 2023 CAF 70, juge Gleason, J.C.A., motifs du jugement en date du 28 mars 2023, 22 p.)

**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Appel à l'encontre de l'ordonnance (2021 CF 192) par laquelle la Cour fédérale a radié l'action en dommages-intérêts de l'appelante contre les intimés parce qu'elle n'avait aucune chance raisonnable d'être accueillie, et qu'elle était frivole et vexatoire — L'appelante, qui agissait pour son propre compte, a intenté une action devant la Cour fédérale contre les intimés pour des fautes et diverses violations prétendument commises par plusieurs représentants de la Couronne de l'Ontario, dont le premier ministre de l'Ontario et des juges de nomination fédérale de la Cour supérieure de justice — Elle a fait valoir que les intimés avaient engagé leur responsabilité parce qu'ils avaient soutenu financièrement ces représentants de la Couronne et ces membres de la Cour supérieure — Elle a allégué que la conduite qu'elle reprochait aux intimés constituait, entre autres, un manquement à des obligations légales et un manquement à des devoirs — Les intimés ont présenté une requête écrite en vertu des alinéas 221(1a) et c) et de la règle 369 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, afin d'obtenir une ordonnance radiant la déclaration dans son intégralité et sans autorisation de la modifier — Une audience par vidéoconférence a été prévue pour cette requête — Quand l'audience a débuté, l'appelante ne s'était pas encore jointe à la vidéoconférence — L'audience a commencé sans l'appelante — Le juge de la Cour fédérale a remarqué des interruptions survenues au cours de l'audience, mais il n'a pas compris qu'il s'agissait de tentatives que faisait l'appelante pour se joindre à la vidéoconférence — Il a conclu que l'appelante aurait dû savoir que la Cour a pour politique qu'une audience tenue par vidéoconférence est verrouillée une fois qu'elle a débuté et que les participants sont censés s'y connecter à distance 30 minutes avant qu'elle débute — L'appelante a affirmé qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale parce qu'elle n'avait pas pu présenter ses observations orales à l'audience par vidéoconférence — L'appel ne pouvait être accueilli — La Cour fédérale a tenu compte du fait que l'appelante n'avait pas participé à l'audience par vidéoconférence, mais a conclu qu'elle avait été l'artisane de son propre malheur — L'appelante a vécu une situation qui soulevait certaines réserves, compte tenu de son intention manifeste de participer à l'audience et des diverses

**PRATIQUE—Fin**

tentatives qu'elle a faites pour se joindre à la vidéoconférence — Il était plutôt troublant qu'aucune solution n'ait été proposée à l'appelante pendant l'audience par vidéoconférence, malgré ses évidentes tentatives pour se joindre à la vidéoconférence — Il était possible d'affirmer sans risque de se tromper que la situation n'aurait pas été la même si l'audience s'était tenue en personne — En l'espèce, aucune solution n'avait été proposée, et la décision de tenir l'audience en présence d'une seule partie, prise tandis que l'autre partie, pour ainsi dire, cognait à la porte, soulevait des réserves — Il aurait probablement été plus approprié de suspendre l'audience afin de permettre à l'appelante d'y participer — Cela dit, ce manquement ne justifiait pas l'annulation de l'ordonnance contestée, car l'issue de la requête des intimés visant à faire radier la déclaration était inéluctable — Il aurait été inutile de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour permettre à l'appelante de présenter des observations orales en réponse à la requête des intimés — La déclaration comportait si peu de faits substantiels que les intimés ne pouvaient y répondre — Les fonctionnaires provinciaux et les juges de nomination fédérale des cours provinciales ne peuvent engager, par leur conduite, la responsabilité de la Couronne fédérale — La déclaration comportait des vices qui ne pouvaient être corrigés et la Cour fédérale était en droit de la radier sans autorisation de la modifier — Appel rejeté.

REBELLO C. CANADA (JUSTICE) (A-93-21, 2023 CAF 67, juge LeBlanc, J.C.A., motifs du jugement en date du 23 mars 2023, 11 p.)

**RECOURS COLLECTIFS***Sujet connexe : Droit de la famille*

Requête visant à obtenir une ordonnance rétablissant le groupe de familles dans la définition du groupe de l'instance sous-jacente — Le groupe de familles a été supprimé par inadvertance de la définition du groupe lorsqu'une ordonnance d'autorisation révisée a été rendue — La définition du groupe initialement autorisée incluait toute personne ayant le droit de faire valoir une demande en application de la *Loi sur le droit de la famille*, L.R.O. 1990, chap. F.3 — Le défendeur s'est opposé à la requête — Il s'agissait de savoir si le groupe de familles devait être ajouté à la définition du groupe — La règle 334.19 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoit que la Cour a compétence pour modifier une ordonnance autorisant une action comme recours collectif — Le défendeur a soutenu que, comme la Cour d'appel fédérale avait examiné l'appel de l'ordonnance d'autorisation révisée (c'est-à-dire l'ordonnance dans laquelle le groupe de familles avait été supprimé par inadvertance) dans l'arrêt 2021 CAF 186, les demandeurs étaient préclus de remettre en cause la définition du groupe — Cet argument a été rejeté — Les requêtes présentées à l'étape de l'autorisation d'un recours collectif sont des requêtes d'ordre procédural et ne comprennent pas les décisions sur le fond — Par conséquent, aucune conclusion judiciaire n'avait encore été tirée sur le bien-fondé des demandes des demandeurs dans le cadre du recours collectif — En outre, le groupe de familles n'avait pas fait l'objet d'une décision judiciaire dans l'ordonnance révisée — La Cour n'était pas non plus *functus officio*, car aucune conclusion définitive sur le fond de l'affaire n'avait été tirée — De plus, la Cour suprême du Canada a reconnu l'application d'exceptions à la règle du *functus officio*, par exemple s'il faut corriger une bévue ou une erreur dans l'expression de l'intention manifeste du tribunal ou s'il existe une assise législative pour se pencher de nouveau sur une ordonnance — Subsidièrement, le défendeur a soutenu qu'il n'y avait pas, au moment de l'autorisation du recours collectif, et il n'y a toujours pas, de preuve permettant de conclure à l'existence d'un certain fondement factuel pour autoriser le groupe de familles — Dans la décision relative à l'autorisation, il avait déjà été conclu que l'exigence de « groupe identifiable » du critère d'autorisation était respectée, car un « certain fondement factuel » avait été établi — La Cour d'appel fédérale n'avait pas infirmé cette conclusion — Les circonstances n'ayant pas changé depuis le prononcé de la décision relative à l'autorisation, il n'était pas nécessaire de se pencher de nouveau sur cette question — Le dernier argument soulevé par le défendeur, à savoir que la définition du groupe de familles était inapplicable, était quant à lui inexact — Le groupe de familles est un groupe secondaire, ce qui signifie que toute demande de ce groupe provient d'un membre du groupe principal qui peut par ailleurs faire une demande lui-même — Le groupe de familles est donc un groupe identifiable — Requête accueillie.

GREENWOOD C. CANADA (T-1201-18, 2023 CF 397, juge McDonald, motifs de l'ordonnance en date du 22 mars 2023, 11 p.)

**TRANSPORTS**

Contrôle judiciaire d'une décision de Transports Canada informant la demanderesse que les véhicules électriques qu'elle tentait d'importer au Canada ne pouvaient l'être puisqu'ils n'étaient pas en conformité avec les normes de sécurité applicables aux véhicules conçus pour être utilisés sur la route — Selon la demanderesse, les véhicules en question sont des bicyclettes assistées

**TRANSPORTS—Fin**

qui sont exclues du régime de sécurité parce qu'elles sont conçues pour une utilisation hors route — Elle ajoute que l'interprétation qu'a faite le défendeur du *Règlement sur la sécurité des véhicules automobiles*, C.R.C., ch. 1038 (le RSVA), selon lequel l'ancienne définition de « bicyclette assistée » n'est plus pertinente, est déraisonnable — La position de la demanderesse était que « les bicyclettes assistées ne pouvant atteindre la vitesse maximale de 32 km/h ne sont pas des « véhicules à usage restreint », et sont parfaitement conformes aux lois applicables au Canada » — Dans sa décision, le défendeur a expliqué que, selon la définition de « véhicule à usage restreint », le facteur le plus pertinent pour le décideur est celui de savoir si le véhicule a été conçu pour être utilisé sur la voie publique ou non — En appliquant cette approche aux véhicules de la demanderesse, le défendeur affirme que ceux-ci « semblent être capables de se mélanger au trafic routier. Ils sont équipés de clignotants avant et arrière, d'un phare, d'un feu d'arrêt, d'un support de plaque d'immatriculation, de rétroviseurs, etc. et semble[nt] conçus principalement en tant que motocyclette à vitesse limitée indiquant qu'ils ont été conçus pour un usage routier » — Il s'agissait de savoir si l'interprétation qu'a faite le défendeur du RSVA était déraisonnable — La phrase clé dans la présente affaire était la suivante : « n'est pas conçu pour être utilisé sur les voies publiques » — Même s'il n'y a pas de définition législative du terme « voies publiques », l'interprétation adoptée par le défendeur reflète l'usage courant de cette expression — Transports Canada a informé le public, incluant les importateurs, de leur interprétation du terme « conçu » — Cette interprétation reflète le contexte réglementaire et son objet primordial quant à la protection du public et de la sécurité routière — L'interprétation de la phrase « n'est pas conçu pour être utilisé sur la voie publique » adoptée par Transports Canada est raisonnable — La référence au terme « conçu » reflète l'intention du législateur de porter attention à la conception originale du fabricant, au lieu de mettre l'accent sur l'intention de l'importateur ou du consommateur — L'interprétation de Transports Canada correspond à cette intention — Les documents d'interprétations publiés par le défendeur afin d'aider les agents avec l'interprétation des termes connexes démontrent que le défendeur était au courant du fait que les nouvelles dispositions réglementaires ont des conséquences sur son évaluation des véhicules à basse vitesse, et qui sont conçus pour utilisation hors route — Cependant, on y mentionne également que la vitesse maximale en soi ainsi que l'utilisation prévue d'un véhicule ne sont pas déterminantes — Somme toute, l'interprétation de la phrase clé adoptée par Transports Canada correspond au texte, au contexte et au but des modifications du régime réglementaire, et l'analyse du décideur est claire et cohérente à la lumière de la preuve et des soumissions déposées par la demanderesse — Demande rejetée.

KOLO SCOOTER INC. C. CANADA (TRANSPORTS) (T-1004-21, 2023 CF 344, juge Pentney, motifs du jugement en date du 14 mars 2023, 24 p. + 2 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