



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 3, Part 1

2017, Vol. 3, 1^e fascicule

Cited as [2017] 3 F.C.R., $\left\{ \begin{array}{l} 3-177 \\ D-1-D-3 \end{array} \right.$

Renvoi [2017] 3 R.C.F., $\left\{ \begin{array}{l} 3-177 \\ F-1-F-3 \end{array} \right.$

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2017.

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

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

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

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2017.

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'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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

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

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

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	3-177
Digests	D-1-D-3

Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc. (F.C.A.) 145

Patents—Appeal from Federal Court decision allowing respondent Eli Lilly Canada Inc.’s application for order of prohibition to prevent Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to appellant—Appellant applying for NOC to market its generic version of tadalafil—Contending that respondent’s Canadian Patent No. 2226784 ('784 patent) invalid—Alleging '784 patent claiming nothing new or inventive relative to Canadian Patent No. 2181377 ('377 patent) claims—Federal Court having benefit of reasons in *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc. (Mylan F.C.)*, wherein respondent faced identical challenge from other generic—Respondent’s application for prohibition order allowed in *Mylan F.C.*—Appeal from that decision dismissed (*Mylan F.C.A.*); Court rejecting double patenting arguments—Critical issue in *Mylan F.C.*, decision under appeal, date at which claims of the two patents were to be compared —Appellant arguing that Federal Court should depart from *Mylan F.C.* because in that case Federal Court erred in not selecting publication date of '784 patent as the comparison date, as taught by Supreme Court in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc. (Whirlpool)*—Federal Court rejecting that argument, finding Supreme Court in *Whirlpool* not deciding as of which date courts should decide obviousness double patenting—Appellant arguing that *Mylan F.C.A.* should not be followed—Whether *Whirlpool* deciding that date for comparison of claims of patents in double patenting case is publication date of later of two patents—*Mylan F.C.A.* not wrongly decided, no reason to depart from

Continued on next page

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

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

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

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	3-177
Fiches analytiques	F-1-F-4

Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc. (C.A.F.) 145

Brevets—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande d’ordonnance de l’intimée Eli Lilly Canada Inc. interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l’appelante—L’appelante a fait une demande afin d’obtenir un AC pour commercialiser sa version générique du tadalafil—L’appelante a prétendu que le brevet canadien n° 2226784 (le brevet '784) était invalide—L’appelante a fait valoir que le brevet '784 ne revendiquait aucune nouveauté ou innovation par rapport aux revendications du brevet canadien n° 2181377 (le brevet '377)—La Cour fédérale qui a entendu la demande a pu profiter des motifs rendus dans la décision *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc. (Mylan C.F.)*, dans laquelle l’intimée faisait l’objet d’une contestation identique de la part d’un autre fabricant de médicaments génériques—La demande d’ordonnance d’interdiction de l’intimée a été accueillie dans la décision *Mylan C.F.*—L’appel interjeté à l’encontre de cette décision a été rejeté (*Mylan C.A.F.*); la Cour a rejeté les observations relatives au double brevet—La principale question dans la décision *Mylan C.F.* était de déterminer la date à laquelle les revendications des deux brevets devaient être comparées—L’appelante a soutenu que la Cour fédérale devrait s’écarter de la décision rendue dans *Mylan C.F.*, car la Cour fédérale avait commis une erreur dans cette affaire en ne choisissant pas la date de publication du brevet '784 comme date de comparaison, comme l’avait enseigné la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

it—Supreme Court in *Whirlpool* already settled on construction of patent at issue—Improbable that Supreme Court would settle significant point in law of double patenting by implication, without addressing it directly—*Whirlpool* not deciding that date at which patents claims at issue in double patenting case to be compared is date of publication of later patent—This question remaining open—Finally, as to Federal Court’s finding that ‘784 patent sufficient to teach person skilled in the art how to make invention claimed, Court in no position to second-guess Federal Court’s assessment of expert evidence—Appeal dismissed.

Canada (Attorney General) v. Bri-Chem Supply Ltd. (F.C.A.) 123

Customs and Excise—Customs Act—Consolidated appeals from three Canadian International Trade Tribunal decisions upholding importers’ ability to correct certain customs declarations to obtain more favourable tariff treatment, rejecting submissions of Canada Border Services Agency (CBSA) that administers tariff regime—Decisions turning on Tribunal’s interpretation of *Customs Act*, particularly ss. 32.2, 74—Tribunal adopting interpretations, reasoning in earlier decision in *Frito-Lay Canada, Inc. v. President of the Canada Border Services Agency*—In present case, Tribunal finding CBSA committing abuse of process by failing to apply *Frito-Lay*—Goods qualifying under North American Free Trade Agreement (NAFTA) imported into Canada from United States duty-free using most-favoured nation (MFN) tariff treatment—Importers declaring certain tariff classifications for goods—Later, importers filing correction to tariff classifications—Tribunal seeing nothing wrong with what importers doing—Whether Tribunal’s decision reasonable; whether administrators such as CBSA can decline to follow tribunal decisions; whether Tribunal’s finding that CBSA committing abuse of process reasonable—Outcome of Tribunal in *Frito-Lay* reasonable—Appellant interpreting Act, s. 32.2 concerning re-evaluation of tariff treatment narrowly but Tribunal

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

(*Whirlpool*)—La Cour fédérale a rejeté cet argument, concluant que la Cour suprême dans l’arrêt *Whirlpool* n’a pas établi la date devant être choisie pour statuer sur une question de double brevet relatif à une évidence—L’appelante a fait valoir que la décision *Mylan* C.A.F. ne devrait pas être suivie—Il s’agissait de déterminer si l’arrêt *Whirlpool* a conclu que la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets dans une affaire de double brevet doit être la date de publication du plus récent des deux brevets—La décision dans l’arrêt *Mylan* C.A.F. n’est pas erronée et rien ne justifie que notre Cour s’en écarte—La Cour suprême dans l’arrêt *Whirlpool* a déjà établi l’interprétation du brevet faisant l’objet du litige—Il est peu probable que la Cour suprême ait tranché un important point du droit relatif au double brevet par simple implication, sans l’étudier directement—L’arrêt *Whirlpool* n’a pas déterminé que la date à utiliser pour comparer les revendications de deux brevets en cause dans une affaire de double brevet est la date de publication du brevet le plus récent—La question reste donc entière—Enfin, en ce qui a trait à la conclusion de la Cour fédérale que la divulgation du brevet ‘784 était suffisante pour qu’une personne versée dans l’art puisse fabriquer l’invention revendiquée, la Cour n’est pas en mesure de mettre en doute l’évaluation faite par la Cour fédérale de la preuve des experts—Appel rejeté.

Canada (Procureur général) c. Bri-Chem Supply Ltd. (C.A.F.) 123

Douanes et Accise—Loi sur les douanes—Appels réunis interjetés à l’encontre de trois décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur qui a confirmé que les importateurs ont la faculté de corriger certaines déclarations en douane en vue d’obtenir un traitement tarifaire plus favorable et a rejeté les prétentions de l’agence qui administre le régime tarifaire, l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC)—Les décisions du Tribunal découlaient de son interprétation de la *Loi sur les douanes*, notamment de ses art. 32.2 et 74—Le Tribunal a adopté les interprétations et le raisonnement énoncés dans sa décision dans l’affaire *Frito-Lay Canada, Inc. c. Président de l’Agence des services frontaliers du Canada*—En l’espèce, le Tribunal a conclu que l’ASFC avait commis un abus de procédure en ne suivant pas les enseignements de la décision dans l’affaire *Frito-Lay*—Des marchandises visées par l’Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ont été importées au Canada en provenance des États-Unis en franchise de douane en raison du traitement tarifaire de la nation la plus favorisée (NPF)—Les importateurs ont indiqué un classement tarifaire pour ces marchandises dans leur déclaration—Plus tard, les importateurs ont effectué une correction à leur déclaration—Le Tribunal estimait qu’il n’y avait rien de mal dans les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

disagreeing therewith—Tribunal reaching acceptable interpretation of s. 32.2 consistent with wording thereof—Tribunal’s decision also consistent with NAFTA, Arts. 501–503—Therefore, Tribunal’s decision reasonable—Regarding administrators’ ability to decline to follow tribunal decisions, while later tribunal panels not bound by decisions of earlier tribunal panels, later panels should not depart from decisions of earlier panels unless good reason existing—Administrator whose actions regulated by tribunal, such as CBSA, must follow tribunal decisions—However, two exceptions to principle identified, discussed—In present case, no grounds for interfering with Tribunal’s finding that CBSA relitigation of *Frito-Lay* abuse of process—While no evidence herein of malice or ill-will, finding of abuse of process not requiring malice, knowledge, ill-will—Fact Tribunal’s decision in *Frito-Lay* appealed to Court but appeal discontinued also relevant—CBSA choosing to fight *Frito-Lay* by resisting it at administrative level rather than fighting in Court—In conclusion, Tribunal’s finding thereon sustained—Appeals dismissed.

Cedana v. Canada (Citizenship and Immigration) **(F.C.) 56**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Judicial review of exclusion order issued by Immigration Division (ID) of Immigration and Refugee Board under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 45(d) in which applicant found inadmissible to Canada for misrepresentation contrary to Act, s. 40(1)(a)—Applicant coming to Canada under Live-In Caregiver Program; working for parents of three young children for about one year but later terminated—Remaining at house to live, work part-time while also cleaning other houses part-time—Making fraudulent arrangements with parents regarding employment earnings, T4 slips—Applicant misrepresenting or withholding information in application form for permanent residence but later admitting false information at interview—Whether exclusion

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

actes des importateurs—Il s’agissait de savoir si la décision du Tribunal était raisonnable, si des administrateurs comme l’ASFC peuvent refuser de suivre les décisions du Tribunal et si la conclusion du Tribunal quant à l’existence d’un abus de procédure de la part de l’ASFC était raisonnable—La décision rendue par le Tribunal dans la décision *Frito-Lay* était raisonnable—L’appelant a interprété l’art. 32.2 de la Loi concernant la réévaluation du traitement tarifaire de manière stricte, mais le Tribunal n’était pas de cet avis—Le Tribunal est arrivé à une interprétation acceptable de l’art. 32.2 qui s’harmonise avec son libellé—La décision du Tribunal était également conforme aux art. 501 à 503 de l’ALENA—Par conséquent, la décision du Tribunal était raisonnable—En ce qui a trait à la capacité des administrateurs de refuser de suivre les décisions du Tribunal, s’il est vrai qu’une formation du tribunal n’est pas liée par les décisions de formations antérieures, il est également vrai que cette formation ne devrait pas s’écarter sans raison des décisions antérieures—L’administrateur dont les actes sont régis par un tribunal, comme l’ASFC, doit tenir compte des décisions de ce tribunal—Cependant, deux exceptions à ce principe général ont été établies et ont fait l’objet de discussion—En l’espèce, il n’y avait aucun motif justifiant une modification quelconque de la conclusion du tribunal selon laquelle la réouverture de la décision *Frito-Lay* constituait un abus de procédure—Bien que rien ne prouve qu’il y ait eu malveillance ou mauvaise volonté en l’espèce, il n’est pas nécessaire de démontrer la malveillance, la connaissance ou la mauvaise volonté—Il était également pertinent de noter que la décision *Frito-Lay* avait été portée en appel à la Cour, avant le désistement—Plutôt que d’appeler de la décision *Frito-Lay* devant la Cour, l’ASFC a opté pour la résistance administrative—Pour conclure, la conclusion du Tribunal était étayée par la preuve au dossier—Appels rejetés.

Cedana c. Canada (Citoyenneté et Immigration) **(C.F.) 56**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Demande de contrôle judiciaire d’une mesure d’exclusion émise par la Section de l’immigration (SI) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié en vertu de l’art. 45d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* par laquelle la demanderesse a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l’art. 40(1)a) de la Loi—La demanderesse est arrivée au Canada dans le cadre du Programme des aides familiaux résidants; elle a travaillé pour des parents de trois jeunes enfants pendant environ un an, mais elle a été plus tard congédiée—Elle a continué à habiter dans la maison et à s’occuper des enfants à temps partiel, tout en faisant de l’entretien ménager dans d’autres maisons—La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

order unreasonable on merits—Applicant’s counsel submitting that case law defence of lack of *mens rea* constituting answer to misrepresentation under Act, s. 40(1); that applicant vulnerable person whose employers owing applicant fiduciary duty—However, ID clearly, fully addressing employment relationship, impact thereof on applicant, applicant’s vulnerability in present case—Case law examined supporting ID’s finding—ID’s findings, conclusion, *inter alia*, that applicant withholding information, that parents’ exploitation of applicant not resulting in applicant’s misrepresentations reasonable—Findings, conclusions drawn by ID clearly explained, substantiated with reference to evidence—Application dismissed.

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Summons—Applicant challenging exclusion order issued under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 45(d) in which found inadmissible to Canada for misrepresentation contrary to Act, s. 40(1)(a)—Applicant coming to Canada under Live-In Caregiver Program—Becoming involved in illegal, fraudulent arrangements with employers—At admissibility hearing, applicant’s counsel seeking to have summons issued in particular to applicant’s former employers—Whether ID hearing procedurally unfair because refusing to issue summons to compel applicant’s former employers to testify—*Immigration Division Rules*, r. 33(2) providing that in deciding whether to issue summons, ID must consider relevant factors, two of which specifically identified in r. 33(2)(a) (necessity of testimony to full, proper hearing), in r. 33(2)(b) (ability of person to give testimony)—Review of evidence showing ID considering number of factors in rejecting summons application—Applicant not establishing hearing before ID procedurally unfair or compromised by ID’s refusal to issue summons to employers—Furthermore, employers not wanting to testify—Thus, ID not erring in refusing to issue summons to employers; no procedural unfairness existing—ID considering, applying provisions of r. 33(2).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

demanderesse a pris des arrangements frauduleux avec les parents en ce qui a trait à ses revenus et en vue de recevoir des feuillets T4—La demanderesse a omis ou dissimulé des faits importants dans sa demande de résidence permanente, mais elle a admis plus tard ces faux renseignements lors de l’entrevue—Il s’agissait de savoir si la mesure d’exclusion était déraisonnable sur le fond—L’avocat de la demanderesse a fait valoir que le concept d’intention coupable élaboré par la jurisprudence était une réponse à de fausses déclarations en vertu du paragraphe 40(1) de la Loi; que la demanderesse était une personne vulnérable envers laquelle les employeurs avaient une obligation fiduciaire—Cependant, la SI a abordé clairement et en profondeur la relation d’emploi, ses répercussions pour la demanderesse et la vulnérabilité de la demanderesse en l’espèce—La jurisprudence examinée appuie la conclusion de la SI—Les conclusions de la SI, soit que la demanderesse dissimulait des renseignements et que l’exploitation que les parents ont fait subir à la demanderesse n’étaient pas à l’origine des fausses déclarations de la demanderesse, étaient raisonnables—Les conclusions tirées par la SI ont été clairement décrites et étayées par des références aux éléments de preuve—Demande rejetée.

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Citations à comparaître—La demanderesse contestait une mesure d’exclusion émise en vertu de l’art. 45d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* par laquelle elle a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l’art. 40(1)a) de la Loi—La demanderesse est arrivée au Canada dans le cadre du Programme des aides familiaux résidents—Elle a été impliquée dans des arrangements illégaux et frauduleux avec ses employeurs—Lors de l’enquête, l’avocat de la demanderesse a cherché à délivrer une citation à comparaître pour obliger les anciens employeurs de la demanderesse à témoigner—Il s’agissait de savoir si l’audience de la SI était inéquitable sur le plan procédural puisque la SI a refusé de délivrer une citation à comparaître pour obliger les anciens employeurs de la demanderesse à témoigner—La règle 33(2) des *Règles de la Section de l’immigration* prévoit qu’en décidant de délivrer une citation à comparaître, la SI doit considérer les facteurs pertinents, dont deux sont mentionnés à la règle 33(2)a) (la nécessité du témoignage pour l’instruction approfondie de l’affaire) et à la règle 33(2)b) (la capacité de la personne de présenter ce témoignage)—Un examen de la preuve démontrait que la SI a tenu compte d’un certain nombre de facteurs pour rejeter la demande de citation à comparaître—La demanderesse n’a pas établi que l’audience à laquelle elle a eu droit devant la SI était de quelque façon que ce soit inéquitable sur le plan procédural ou qu’elle ait été compromise par le refus

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Pasqua First Nation v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 3

Federal Court Jurisdiction—Appeal from Federal Court order dismissing Saskatchewan’s motion to strike Pasqua First Nation’s (PFN) action thereagainst—Federal Court holding that Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement (Framework Agreement) sufficient to provide Federal Court jurisdiction over PFN’s claim against Saskatchewan principally by virtue of *Federal Courts Act*, s. 17(3)(b)—Framework Agreement creating framework for fulfillment of Crown’s outstanding obligations under Treaty No. 4 concluded in 1874—In 2008, PFN concluding such agreement (PFN Settlement Agreement) with Crown in right of Canada (Canada), Crown in right of Saskatchewan (Saskatchewan)—Both agreements providing that disputes arising thereunder referred to Federal Court for determination—PFN alleging that both Canada, Saskatchewan violating obligations under PFN Settlement Agreement, failing to discharge obligations to consult with PFN regarding grant of mineral lease in particular—In moving to strike PFN’s action, Saskatchewan arguing that Federal Court not having jurisdiction thereover or over subject matter of PFN’s claim thereagainst—Whether Federal Court erring in assuming jurisdiction to adjudicate PFN’s action against Saskatchewan—*Per* Near, Gleason J.J.A.: Since Federal Court must possess both jurisdiction over parties, subject-matter jurisdiction for suit to proceed before it, having to determine: whether Saskatchewan can claim immunity from suit before Federal Court by virtue of Crown immunity; whether Federal Court having subject-matter jurisdiction over claims made against Saskatchewan in present action—Regarding Crown immunity, while provincial Crown may not be sued in Federal Court due particularly to Crown immunity, in present case two agreements existing (Framework Agreement; PFN Settlement Agreement) in which Saskatchewan agreeing that claims to interpret, enforce both agreements to be advanced in Federal Court—Thus, Saskatchewan agreeing to attorn to Federal Court’s jurisdiction as provided in Agreements—Three-part test for establishing that Federal Court having jurisdiction over particular matter (subject-matter jurisdiction) set out in *ITO—Int’l Terminal Operators v. Miida Electronics (ITO)* applied herein—Second, third parts of *ITO* test met in present

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de la SI de délivrer une citation à comparaître à ses employeurs—De plus, les employeurs ne voulaient simplement pas témoigner—Par conséquent, la SI n’a pas commis d’erreur en refusant de délivrer une citation à comparaître aux employeurs; il n’y a eu aucun manquement à l’équité procédurale—Les dispositions de la règle 33(2) des Règles ont été prises en compte et appliquées par la SI.

Première Nation Pasqua c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 3

Compétence de la Cour fédérale—Appel d’une ordonnance rendue par la Cour fédérale rejetant la requête en radiation de la Saskatchewan à l’égard de l’action intentée par la Première Nation Pasqua (PNP) contre cette dernière—La Cour fédérale a conclu que l’accord-cadre sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan (l’accord-cadre) était suffisant pour accorder à la Cour fédérale compétence à l’égard de la réclamation de la PNP contre la Saskatchewan, principalement en vertu de l’art. 17(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Cet accord-cadre crée un cadre pour l’exécution des obligations restantes de la Couronne découlant du Traité n° 4 conclu en 1874—En 2008, la PNP a conclu un tel accord (accord de règlement de la PNP) avec la Couronne du chef du Canada (Canada) et la Couronne du chef de la Saskatchewan (Saskatchewan)—Les deux accords prévoient que les différends découlant de ces accords doivent être renvoyés à la Cour fédérale aux fins de décision—La PNP a allégué que le Canada et la Saskatchewan avaient manqué à leurs obligations prévues à l’accord de règlement de la PNP et avaient omis de s’acquitter de leur obligation de consulter la PNP concernant, en particulier, l’octroi d’un bail de droits miniers—Dans sa requête en radiation de l’action de la PNP, la Saskatchewan a fait valoir que la Cour fédérale n’avait pas compétence sur elle ou sur la question faisant l’objet de la réclamation de la PNP—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu’elle avait compétence pour statuer sur l’action intentée par la PNP contre la Saskatchewan—Les juges Near et Gleason, J.C.A. : Comme la Cour fédérale doit avoir compétence tant sur les parties que sur le sujet pour pouvoir statuer sur une action, elle devait déterminer : si la Saskatchewan peut revendiquer une immunité contre une poursuite devant la Cour fédérale en raison de l’immunité de la Couronne; et si la Cour fédérale a compétence matérielle sur les réclamations faites contre la Saskatchewan en l’espèce—En ce qui concerne l’immunité de la Couronne, bien que la Couronne provinciale ne puisse faire l’objet d’une poursuite devant la Cour fédérale en raison, en partie, du principe de l’immunité de la Couronne, il y avait deux accords en l’espèce (l’accord-cadre et l’accord de règlement de la PNP), dans le cadre desquels la Saskatchewan avait accepté

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

case—As for first part of test, could be argued to have been met by *Federal Courts Act*, s. 17(3)(b), provision attributive of jurisdiction—Thus, attornment clause found in PFN Settlement Agreement sufficient to ground jurisdiction in Federal Court to interpret, enforce Agreement—Saskatchewan’s appeal thus failing regarding portions of PFN’s claim that Court entitled to interpret, enforce PFN Settlement Agreement—However, Federal Court not possessing jurisdiction over portion of claim alleging Saskatchewan’s breach of duty to consult prior to awarding mineral rights to third parties in project at issue—Breach of duty to consult claim distinct from claims relating to PFN Settlement Agreement; thus, attornment clause therein inapplicable thereto—Appeal allowed in part—*Per Pelletier J.A.* (concurring reasons): Since source of Crown’s obligation in present case contractual in nature, Saskatchewan could not claim Crown immunity respecting contractual obligation under PFN Settlement Agreement—Allegations, claims for relief in statement of claim unrelated to interpretation or enforcement of PFN Settlement Agreement outside scope thereof—Second, third branches of three-part *ITO* test for Federal Court jurisdiction satisfied here—Regarding first branch of test, as between PFN, Canada, statutory grant of jurisdiction found either in *Federal Courts Act*, s. 17(1) or s. 17(2)(b)—Concerning Court’s jurisdiction over person, PFN Settlement Agreement, s. 20.19 characterized as forum selection clause—While Act, s. 17(3)(b) constituting specific statutory grant, even if not having effect majority attributing thereto, once Federal Court enjoying statutory grant of jurisdiction over subject matter, principles of order, fairness requiring that effect be given to s. 20.19 subject to arguments as to Federal Court being forum *non conveniens*.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

que les réclamations liées à l’interprétation et à l’exécution de ces deux accords soient instruites devant la Cour fédérale—Par conséquent, la Saskatchewan avait reconnu la compétence de la Cour fédérale, comme le prévoyaient les accords—Le critère en trois parties permettant d’établir que la Cour fédérale a compétence sur un sujet donné (compétence *ratione materiae*), tel qu’énoncé dans l’arrêt *ITO-Int’l Terminal Operators c. Miida Electronics (ITO)* a été appliqué—Les deuxième et troisième parties du critère ont été respectées en l’espèce—Quant à la première partie du critère, on pourrait faire valoir qu’elle est remplie notamment par l’art. 17(3)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales* qui confère une compétence—En conséquence, la clause de reconnaissance de compétence contenue dans l’Accord de règlement de la PNP est suffisante pour attribuer compétence à la Cour fédérale pour interpréter et faire exécuter l’accord—L’appel de la Saskatchewan a ainsi été rejeté en ce qui concerne les parties de la réclamation de la PNP à l’effet que la Cour avait le droit d’interpréter et de faire exécuter l’Accord de règlement de la PNP—Cependant, la Cour fédérale n’avait pas compétence sur la partie de la réclamation qui portait sur le non-respect, par la Saskatchewan, de son obligation de consulter avant d’accorder des droits miniers à des tiers en lien avec le projet en cause—La réclamation concernant l’obligation de consulter est distincte des réclamations portant sur l’Accord de règlement de la PNP, et par conséquent, la clause de reconnaissance de compétence n’était pas applicable à celle-ci—Appel accueilli en partie—Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : Comme la source de l’obligation de la Couronne en l’espèce était de nature contractuelle, la Saskatchewan ne pouvait pas revendiquer l’immunité de la Couronne à l’égard de son obligation contractuelle prévue à l’Accord de règlement de la PNP—Les allégations et les demandes de mesures de redressement dans la déclaration qui ne sont pas liées à l’interprétation ou à l’exécution de l’Accord de règlement de la PNP ne relevaient pas de la portée de celui-ci—Les deuxième et troisième étapes du critère en trois parties permettant d’établir la compétence de la Cour fédérale (critère de l’arrêt *ITO*) étaient remplies en l’espèce—En ce qui concerne la première partie du critère, l’attribution légale d’une compétence pour trancher une question opposant la PNP et le Canada se trouvait soit à l’art. 17(1), soit à l’art. 17(2)(b) de la *Loi sur les Cours fédérales*—En ce qui a trait à la compétence à l’égard de la personne, l’art. 20.19 de l’Accord de règlement de la PNP serait caractérisé comme une clause d’élection de for—Bien que l’art. 17(3)(b) constitue une attribution légale, même s’il n’avait pas l’effet que la majorité lui a attribué, une fois qu’il est démontré que la loi confère à la Cour fédérale compétence sur le sujet, les principes d’ordre et d’équité exigent que l’on donne effet à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Prudential Steel Ltd. v. Bell Supply Company (F.C.A.) 165

Anti-dumping—Appeal from Federal Court decision dismissing appellants’ application for judicial review of advance ruling issued by Canada Border Services Agency (CBSA)—Anti-dumping, countervailing duties imposed under *Special Import Measures Act* (SIMA) on oil country tubular goods originating in, exported from China—Respondents requesting, obtaining advance ruling by CBSA stating such goods undergoing certain work in Indonesia not subject to duties—Federal Court dismissing application for judicial review on basis advance ruling not decision subject to judicial review—Whether advance ruling binding on CBSA—Advance ruling not binding on CBSA—No provision in either *Income Tax Act* or *Excise Tax Act* that advance rulings binding on Minister of National Revenue (Minister)—Minister in *Woon v. Minister of National Revenue* not estopped from assessing in manner contrary to advance ruling—Law as stated in *Woon* still applicable—Advance rulings not binding on Minister—Duty, authority to assess tax cannot be restricted or modified except by Act of Parliament—While advance ruling indicating final decision made by CBSA, such indication not making advance ruling binding—Nothing in SIMA providing that any advance ruling issued under that statute binding—Self-proclaimed declarations by public agency not changing law, not preventing such agency from performing statutory duty bestowed on it by Parliament—Advance ruling made before goods imported cannot prevent customs officer from exercising discretion under SIMA, s. 56 to make determination as to whether certain imported goods would be subject to anti-dumping, countervailing duties—Finally, appellants not prejudicially affected by issuance of advance ruling—Appeal dismissed.

Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc. (F.C.A.) 80

Patents—Infringement—Consolidated appeals from Federal Court decisions setting aside Minister of Health’s decisions to

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’art. 20.19 sous réserve de tout argument selon lequel la Cour fédérale est un forum *non conveniens*.

Prudential Steel Ltd. c. Bell Supply Company (C.A.F.) 165

Antidumping—Appel interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes d’une décision anticipée rendue par l’Agence des services frontaliers du Canada (ASFC)—Des droits antidumping et des droits compensateurs ont été imposés en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d’importation* (LMSI) à des produits tubulaires pour champs pétroliers originaires ou exportés de Chine—L’intimée a demandé à l’ASFC et a obtenu d’elle une décision anticipée sur le point de savoir si ces biens, qui subiraient une certaine transformation en Indonésie, seraient assujettis aux droits—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que la décision anticipée en question n’était pas une décision susceptible de contrôle judiciaire—Il s’agissait de savoir si la décision anticipée en question liait l’ASFC—La décision anticipée ne liait pas l’ASFC—Ni la *Loi de l’impôt sur le revenu* ni la *Loi sur la taxe d’accise* ne disposent que les décisions anticipées lient le ministre du Revenu national (le ministre)—Le ministre dans l’arrêt *Woon v. Minister of National Revenue* n’était pas empêché par préclusion de fixer l’impôt en contradiction avec une décision anticipée—La règle énoncée dans l’arrêt *Woon* reste applicable—Les décisions anticipées ne lieraient pas le ministre—L’obligation et le pouvoir de fixer les taxes ne peuvent être limités ou modifiés que par voie législative—Même si la décision anticipée indique que l’ASFC a tranché la question de manière définitive, celle-ci ne lie pas pour autant l’ASFC—La LMSI ne dispose nulle part qu’une quelconque décision anticipée délivrée sous son régime aurait force exécutoire—De telles déclarations prononcées par un organisme public de sa propre initiative ne peuvent changer le droit, ni empêcher ou dispenser cet organisme de remplir l’obligation que le législateur lui a fixée—Toute décision anticipée délivrée avant l’importation de marchandises ne lierait pas l’agent des douanes, au motif qu’elle ne peut l’empêcher d’exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par l’art. 56 de la LMSI de rendre une décision sur le point de savoir si des marchandises déterminées sont assujetties à des droits antidumping ou à des droits compensateurs—Enfin, la délivrance de la décision anticipée n’a pas porté préjudice aux appelantes—Appel rejeté.

Teva Canada Limitée c. Pfizer Canada Inc. (C.A.F.) 80

Brevets—Contrefaçon—Appels réunis à l’encontre de décisions de la Cour fédérale qui ont annulé la décision du ministre

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

issue notices of compliance (NOC) to appellant Teva Canada Limited (Teva) for its generic version of exemestane tablets marketed by Pfizer Canada Inc. (Pfizer), to Hospira Healthcare Corporation (Hospira) for its generic version of infliximab marketed by Janssen Inc.—Six new drug submissions, abbreviated new drug submissions at issue herein—Federal Court finding that Minister’s interpretation of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations) incorrect—Concluding, *inter alia*, Governor in Council not intending that issue of whether applicant made “submission for an NOC” directly or indirectly comparing its product to that of another innovator be left to Minister; leaving to Federal Court determination of whether NOC should issue under PMNOC Regulations; not purpose of PMNOC Regulations to allow “early working” of patented drug by generic drug manufacturer—Whether Federal Court erring in identifying appropriate standard of review as correctness—Whether unreasonable for Minister to conclude that PMNOC Regulations, s. 5 not engaged by drug submissions at issue such that NOCs should issue to Teva, Hospira—Decisions at issue to be reviewed on standard of reasonableness—Contextual analysis not rebutting presumption of reasonableness herein—Question of whether drug submission triggering PMNOC Regulations, s. 5 question of mixed fact and law—Reasonableness is the standard of review to be applied to such questions—Minister’s interpretation of PMNOC Regulations, s. 5(1) not unreasonable—Not irrelevant for purpose of s. 5(1) whether Teva or Hospira took advantage of early working exception—Grant of regulation-making power in *Patent Act*, s. 55.2(4) limited to prevention of infringement by generic manufacturer taking advantage of early working exception—Balance between safety, preventing abuse of early working exception undermined when generic erroneously required to comply with PMNOC Regulations—Minister having to determine whether listed patent early-worked before requiring generic to address listed patent—Federal Court erring in law by failing to apply case law which interpreted “submission” as used in PMNOC Regulations, s. 4(1) when interpreting “submission” in s. 5(1)—Purposeful interpretation of “submission” requiring consideration of each submission in issue to determine whether submission triggering PMNOC Regulations, ss. 4 or 5—Focus should be on drug product itself—Question should be whether changes in drug submission giving rise to new or different basis for asserting infringement of particular product—No evidence Teva early-worked Pfizer’s patented invention—Changes of administrative nature not triggering need to address listed patents—Appeals allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l’appelante Teva Canada Limitée (Teva) à l’égard d’une version générique des comprimés d’exémestane commercialisés par Pfizer Canada Inc. (Pfizer) et à Hospira Healthcare Corporation (Hospira) pour sa version générique d’infliximab commercialisée par Janssen Inc.—Six présentations de drogues nouvelles et présentations abrégées de drogues nouvelles (PADN) étaient en cause en l’espèce—La Cour fédérale a conclu que l’interprétation du ministre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement AC) était incorrecte —La Cour fédérale a conclu, entre autres, que le gouverneur en conseil n’avait pas envisagé que la détermination de la question de savoir si un requérant avait déposé une « présentation pour un avis de conformité » qui directement ou indirectement, compare son produit à celui de la société innovatrice soit laissée au soin du ministre; que le gouverneur en conseil a confié à la Cour la tâche de déterminer en fin de compte s’il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement AC; que le Règlement AC n’a pas pour but de permettre aux fabricants de médicaments génériques de « mettre au point de manière anticipée » des formulations génériques de médicaments brevetés—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en employant la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable—Il s’agissait de déterminer s’il était déraisonnable pour le ministre de conclure que les présentations de drogue en cause ne donnaient pas lieu à l’application de l’art. 5 du Règlement AC, de sorte que des AC devaient être délivrés à Teva et à Hospira—Les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable—Une analyse contextuelle ne réfute pas la présomption du critère de la décision raisonnable en l’espèce—La question de savoir si une présentation de drogue déclenche l’application de l’art. 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit—La norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions—L’interprétation du ministre de l’art. 5(1) du Règlement n’était pas déraisonnable—La Cour a rejeté l’idée qu’il était peu pertinent pour l’objectif de l’art. 5(1) du Règlement AC que Teva ou Hospira ait cherché ou non à tirer avantage de l’exception relative aux travaux préalables—Le pouvoir réglementaire prévu à l’art. 55.2(4) de la Loi se limite expressément à empêcher la contrefaçon par un fabricant de produits génériques qui tire parti de l’exception relative aux travaux préalables—En obligeant à tort un fabricant de produits génériques à se conformer au Règlement AC, on compromet l’équilibre entre les objectifs de mettre à la disposition du public des drogues efficaces et non nocives et ceux de prévenir le recours abusif à l’exception à la contrefaçon qui concerne les travaux préalables—Le ministre doit décider si un brevet inscrit a fait l’objet de travaux préalables avant

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Administrative Law—Judicial Review—Standard of Review—Consolidated appeals from Federal Court decisions setting aside Minister of Health’s decision to issue notices of compliance (NOC) to appellant Teva Canada Limited (Teva) for its generic version of exemestane tablets marketed by Pfizer Canada Inc. (Pfizer), to Hospira Healthcare Corporation (Hospira) for its generic version of infliximab marketed by Janssen Inc.—Federal Court finding standard of review of Minister’s decision to issue NOC to Teva to be correctness—Whether Federal Court erring in identifying appropriate standard of review as correctness—Decisions at issue to be reviewed on standard of reasonableness—*Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, *AstraZeneca v. Canada (Minister of Health)* not selecting standard of review in manner binding upon Court—Contextual analysis not rebutting presumption of reasonableness herein—Respondents’ submission that argument for reasonableness review resting on incorrect characterization of PMNOC Regulations as Minister’s home statute too narrow a view of prevailing case law—Presumption of reasonableness applying when administrative decision maker interpreting not just its home statute, but also “statutes closely connected to its function” such as PMNOC Regulations—No intention in PMNOC Regulations that decisions of Minister interpreting PMNOC Regulations should be reviewed on less deferential standard of review—Whether drug submission triggering PMNOC Regulations, s. 5 question of mixed fact, law—Reasonableness standard of review to be applied to such questions—Decision maker entitled to deference when having special expertise.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

d’obliger un fabricant de produits génériques à traiter d’un brevet inscrit—La Cour fédérale a commis une erreur de droit en n’appliquant pas la jurisprudence qui a interprété le mot « demande » qui apparaissait à l’art. 4(1) du Règlement lorsqu’elle a interprété le mot « présentation » à l’art. 5(1)—L’interprétation téléologique du mot « demande » appelle un examen de chaque présentation en cause afin de déterminer si elle constitue une présentation déclenchant l’application des art. 4 et 5 du Règlement AC—L’accent devrait être mis sur le médicament lui-même—La question devrait être celle de savoir si les changements indiqués dans la présentation de drogue donnent lieu à un argument nouveau ou différent permettant de prétendre qu’un produit particulier est une contrefaçon—Aucun élément de preuve n’était l’argument selon lequel Teva a effectué des travaux préalables relativement à l’invention brevetée de Pfizer—Une modification de nature administrative n’entraîne pas la nécessité de traiter des brevets inscrits—Appels accueillis.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Norme de contrôle judiciaire—Appels réunis à l’encontre de décisions de la Cour fédérale qui ont annulé la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l’appelante Teva Canada Limitée (Teva) à l’égard d’une version générique des comprimés d’exémestane commercialisés par Pfizer Canada Inc. (Pfizer) et à Hospira Healthcare Corporation (Hospira) pour sa version générique d’infliximab commercialisée par Janssen Inc.—La Cour fédérale a jugé que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre était celle de la décision correcte—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en employant la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable—Les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable—Les arrêts *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)* et *AstraZeneca c. Canada (Ministre de la Santé)* n’ont pas choisi une norme de contrôle qui lie la Cour—Une analyse contextuelle ne réfute pas la présomption du critère de la décision raisonnable en l’espèce—La prétention des intimées selon laquelle la thèse à l’appui de l’application de la norme de la décision raisonnable repose sur une caractérisation erronée du Règlement AC comme loi constitutive du ministre constitue une conception trop étroite de la jurisprudence dominante—La présomption de la décision raisonnable s’applique lorsqu’un décideur administratif interprète non seulement sa loi constitutive, mais également lorsque le décideur interprète « une loi étroitement liée à son mandat », comme le Règlement AC—Il n’existe aucune intention dans le Règlement AC de ne pas imposer la retenue judiciaire lors du contrôle des décisions du ministre portant sur l’interprétation du Règlement AC—La question de savoir si une présentation

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

SOMMAIRE (Fin)

de drogue déclenche l'application de l'art. 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit—La norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions—Lorsque le décideur possède une expertise spéciale, il a droit à la retenue.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Chippewas of the Thames First Nation v. Enbridge Pipelines Inc., 2015 FCA 222, [2016] 3 F.C.R. 96, has been affirmed on appeal (2017 SCC 41). The reasons for judgment, handed down July 26, 2017, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Hamlet of Clyde River v. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS), 2015 FCA 179, [2016] 3 F.C.R. 167, has been reversed on appeal (2017 SCC 40). The reasons for judgment, handed down July 26, 2017, will be published in the *Supreme Court Reports*.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Première Nation des Chippewas de la Thames c. Pipelines Enbridge Inc.*, 2015 CAF 222, [2016] 3 R.C.F. 96, a été confirmé en appel (2017 CSC 41). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 juillet 2017, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Hameau de Clyde River c. TGS-NOPEC Geophysical Company ASA (TGS)*, 2015 CAF 179, [2016] 3 R.C.F. 167, a été infirmé en appel (2017 CSC 40). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 juillet 2017, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

**Federal Courts
Reports**

2017, Vol. 3, Part 1

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2017, Vol. 3, 1^{er} fascicule

A-11-15
2016 FCA 133

A-11-15
2016 CAF 133

Her Majesty the Queen in Right of Saskatchewan as represented by the Attorney General of Saskatchewan (*Appellant/Defendant*)

Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Saskatchewan, représentée par le procureur général de la Saskatchewan (*appelante/défenderesse*)

v.

c.

Chief M. Todd Peigan on behalf of himself and all other members of the Pasqua First Nation and the Pasqua First Nation (*Respondents/Plaintiffs*)

Le chef M. Todd Peigan, en son nom et au nom de tous les autres membres de la Première Nation Pasqua et la Première Nation Pasqua (*intimés/demandeurs*)

and

et

Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Attorney General of Canada (*Defendant*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada représentée par le procureur général du Canada (*défenderesse*)

INDEXED AS: PASQUA FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : PREMIÈRE NATION PASQUA c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Pelletier, Near and Gleason J.J.A.—Regina, November 10, 2015; Ottawa, April 29, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Near et Gleason, J.C.A.—Regina, 10 novembre 2015; Ottawa, 29 avril 2016.

Federal Court Jurisdiction — Appeal from Federal Court order dismissing Saskatchewan's motion to strike Pasqua First Nation's (PFN) action thereagainst — Federal Court holding that Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement (Framework Agreement) sufficient to provide Federal Court jurisdiction over PFN's claim against Saskatchewan principally by virtue of Federal Courts Act, s. 17(3)(b) — Framework Agreement creating framework for fulfillment of Crown's outstanding obligations under Treaty No. 4 concluded in 1874 — In 2008, PFN concluding such agreement (PFN Settlement Agreement) with Crown in right of Canada (Canada), Crown in right of Saskatchewan (Saskatchewan) — Both agreements providing that disputes arising thereunder referred to Federal Court for determination — PFN alleging that both Canada, Saskatchewan violating obligations under PFN Settlement Agreement, failing to discharge obligations to consult with PFN regarding grant of mineral lease in particular — In moving to strike PFN's action, Saskatchewan arguing that Federal Court not having jurisdiction thereover or over subject matter of PFN's claim thereagainst — Whether Federal Court erring in assuming jurisdiction to adjudicate PFN's action against Saskatchewan — Per Near, Gleason J.J.A.: Since Federal Court must possess both jurisdiction over parties, subject-matter jurisdiction for

Compétence de la Cour fédérale — Appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale rejetant la requête en radiation de la Saskatchewan à l'égard de l'action intentée par la Première Nation Pasqua (PNP) contre cette dernière — La Cour fédérale a conclu que l'accord-cadre sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan (l'accord-cadre) était suffisant pour accorder à la Cour fédérale compétence à l'égard de la réclamation de la PNP contre la Saskatchewan, principalement en vertu de l'art. 17(3)b de la Loi sur les Cours fédérales — Cet accord-cadre crée un cadre pour l'exécution des obligations restantes de la Couronne découlant du Traité n° 4 conclu en 1874 — En 2008, la PNP a conclu un tel accord (accord de règlement de la PNP) avec la Couronne du chef du Canada (Canada) et la Couronne du chef de la Saskatchewan (Saskatchewan) — Les deux accords prévoient que les différends découlant de ces accords doivent être renvoyés à la Cour fédérale aux fins de décision — La PNP a allégué que le Canada et la Saskatchewan avaient manqué à leurs obligations prévues à l'accord de règlement de la PNP et avaient omis de s'acquitter de leur obligation de consulter la PNP concernant, en particulier, l'octroi d'un bail de droits miniers — Dans sa requête en radiation de l'action de la PNP, la Saskatchewan a fait valoir que la Cour fédérale n'avait pas compétence sur elle ou sur la question faisant l'objet de la

suit to proceed before it, having to determine: whether Saskatchewan can claim immunity from suit before Federal Court by virtue of Crown immunity; whether Federal Court having subject-matter jurisdiction over claims made against Saskatchewan in present action — Regarding Crown immunity, while provincial Crown may not be sued in Federal Court due particularly to Crown immunity, in present case two agreements existing (Framework Agreement; PFN Settlement Agreement) in which Saskatchewan agreeing that claims to interpret, enforce both agreements to be advanced in Federal Court — Thus, Saskatchewan agreeing to attorn to Federal Court's jurisdiction as provided in Agreements — Three-part test for establishing that Federal Court having jurisdiction over particular matter (subject-matter jurisdiction) set out in *ITO–Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics (ITO)* applied herein — Second, third parts of ITO test met in present case — As for first part of test, could be argued to have been met by Federal Courts Act, s. 17(3)(b), provision attributive of jurisdiction — Thus, attornment clause found in PFN Settlement Agreement sufficient to ground jurisdiction in Federal Court to interpret, enforce Agreement — Saskatchewan's appeal thus failing regarding portions of PFN's claim that Court entitled to interpret, enforce PFN Settlement Agreement — However, Federal Court not possessing jurisdiction over portion of claim alleging Saskatchewan's breach of duty to consult prior to awarding mineral rights to third parties in project at issue — Breach of duty to consult claim distinct from claims relating to PFN Settlement Agreement; thus, attornment clause therein inapplicable thereto — Appeal allowed in part — Per Pelletier J.A. (concurring reasons): Since source of Crown's obligation in present case contractual in nature, Saskatchewan could not claim Crown immunity respecting contractual obligation under PFN Settlement Agreement — Allegations, claims for relief in statement of claim unrelated to interpretation or enforcement of PFN Settlement Agreement outside scope thereof — Second, third branches of three-part ITO test for Federal Court jurisdiction satisfied here — Regarding first branch of test, as between PFN, Canada, statutory grant of jurisdiction found either in Federal Courts Act, s. 17(1) or s. 17(2)(b) — Concerning Court's jurisdiction over person, PFN Settlement Agreement, s. 20.19 characterized as forum selection clause — While Act, s. 17(3)(b) constituting specific statutory grant, even if not having effect majority attributing thereto, once Federal Court enjoying statutory grant of jurisdiction over subject matter, principles of order, fairness requiring that effect be given to s. 20.19 subject to arguments as to Federal Court being forum non conveniens.

réclamation de la PNP — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle avait compétence pour statuer sur l'action intentée par la PNP contre la Saskatchewan — Les juges Near et Gleason, J.C.A. : Comme la Cour fédérale doit avoir compétence tant sur les parties que sur le sujet pour pouvoir statuer sur une action, elle devait déterminer : si la Saskatchewan peut revendiquer une immunité contre une poursuite devant la Cour fédérale en raison de l'immunité de la Couronne; et si la Cour fédérale a compétence matérielle sur les réclamations faites contre la Saskatchewan en l'espèce — En ce qui concerne l'immunité de la Couronne, bien que la Couronne provinciale ne puisse faire l'objet d'une poursuite devant la Cour fédérale en raison, en partie, du principe de l'immunité de la Couronne, il y avait deux accords en l'espèce (l'accord-cadre et l'accord de règlement de la PNP), dans le cadre desquels la Saskatchewan avait accepté que les réclamations liées à l'interprétation et à l'exécution de ces deux accords soient instruites devant la Cour fédérale — Par conséquent, la Saskatchewan avait reconnu la compétence de la Cour fédérale, comme le prévoyaient les accords — Le critère en trois parties permettant d'établir que la Cour fédérale a compétence sur un sujet donné (compétence ratione materiae), tel qu'énoncé dans l'arrêt *ITO–Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics (ITO)* a été appliqué — Les deuxième et troisième parties du critère ont été respectées en l'espèce — Quant à la première partie du critère, on pourrait faire valoir qu'elle est remplie notamment par l'art. 17(3)(b) de la Loi sur les Cours fédérales qui confère une compétence — En conséquence, la clause de reconnaissance de compétence contenue dans l'accord de règlement de la PNP est suffisante pour attribuer compétence à la Cour fédérale pour interpréter et faire exécuter l'accord — L'appel de la Saskatchewan a ainsi été rejeté en ce qui concerne les parties de la réclamation de la PNP à l'effet que la Cour avait le droit d'interpréter et de faire exécuter l'accord de règlement de la PNP — Cependant, la Cour fédérale n'avait pas compétence sur la partie de la réclamation qui portait sur le non-respect, par la Saskatchewan, de son obligation de consulter avant d'accorder des droits miniers à des tiers en lien avec le projet en cause — La réclamation concernant l'obligation de consulter est distincte des réclamations portant sur l'accord de règlement de la PNP, et par conséquent, la clause de reconnaissance de compétence n'était pas applicable à celle-ci — Appel accueilli en partie — Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : Comme la source de l'obligation de la Couronne en l'espèce était de nature contractuelle, la Saskatchewan ne pouvait pas revendiquer l'immunité de la Couronne à l'égard de son obligation contractuelle prévue à l'accord de règlement de la PNP — Les allégations et les demandes de mesures de redressement dans la déclaration qui ne sont pas liées à l'interprétation ou à l'exécution de l'accord de règlement de la PNP ne relevaient pas de la portée de celui-ci — Les deuxième et troisième étapes du critère en trois parties permettant d'établir la compétence de la Cour fédérale (critère de l'arrêt *ITO*) étaient remplies en l'espèce — En ce

qui concerne la première partie du critère, l'attribution légale d'une compétence pour trancher une question opposant la PNP et le Canada se trouvait soit à l'art. 17(1), soit à l'art. 17(2)b) de la Loi sur les Cours fédérales — En ce qui a trait à la compétence à l'égard de la personne, l'art. 20.19 de l'accord de règlement de la PNP serait caractérisé comme une clause d'élection de for — Bien que l'art. 17(3)b) constitue une attribution légale, même s'il n'avait pas l'effet que la majorité lui a attribué, une fois qu'il est démontré que la loi confère à la Cour fédérale compétence sur le sujet, les principes d'ordre et d'équité exigent que l'on donne effet à l'art. 20.19 sous réserve de tout argument selon lequel la Cour fédérale est un forum non conveniens.

This was an appeal from a Federal Court order dismissing Saskatchewan's motion to strike the Pasqua First Nation's (PFN) action thereagainst. The Federal Court held that the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement* (Framework Agreement) was sufficient to provide the Federal Court jurisdiction over the PFN's claim against Saskatchewan principally by virtue of paragraph 17(3)(b) of the *Federal Courts Act*. That paragraph provides that the Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing would be determined by the Federal Court.

In 1874 in Saskatchewan, representatives of Queen Victoria and of various Cree and Saulteaux First Nations concluded Treaty No. 4, which included a commitment by the Crown to provide the signatory First Nations with reserve land of sufficient area as prescribed for each family according to family size. This promise was not fulfilled and there was a shortfall in the amount of reserve land provided to Treaty No. 4 First Nations, including the Pasqua First Nation, whose members are respondents in this appeal. In 1993, the Framework Agreement was signed by the Crown in right of Canada (Canada), the Crown in right of Saskatchewan (Saskatchewan) and a number of First Nation signatories to Treaty No. 4 in particular. This is a comprehensive agreement creating a framework for the fulfillment of the Crown's outstanding obligations under Treaty No. 4 and two other numbered treaties. It also provides for the subsequent conclusion of similar settlement agreements between Canada, Saskatchewan and First Nations with treaty land entitlement claims in Saskatchewan who did not sign the Framework Agreement. The PFN concluded such an agreement with Canada and Saskatchewan in 2008 (PFN Settlement Agreement). Both the Framework Agreement (section 20.20) and the PFN Settlement Agreement (section 20.19) provide that disputes arising thereunder will be referred to the Federal Court for determination.

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale rejetant la requête en radiation de la Saskatchewan à l'égard de l'action intentée par la Première Nation Pasqua (PNP) contre cette dernière. La Cour fédérale a conclu que l'accord-cadre sur les droits fonciers issus des traités en Saskatchewan (l'accord-cadre) était suffisant pour accorder à la Cour fédérale compétence à l'égard de la réclamation de la PNP contre la Saskatchewan, principalement en vertu de l'alinéa 17(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Cet alinéa prévoit que la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale.

En 1874 en Saskatchewan, les représentants de la Reine Victoria et de diverses Premières Nations Cries et Saulteaux ont conclu le Traité n° 4, qui comprenait un engagement de la part de la Couronne à fournir aux Premières Nations signataires une terre de réserve suffisamment grande pour chaque famille, selon la taille de la famille. Cette promesse n'a pas été tenue et un nombre insuffisant de terres de réserve a été fourni aux Premières Nations en vertu du Traité n° 4, y compris à la Première Nation Pasqua dont les membres sont les intimés dans cet appel. En 1993, l'accord-cadre a été signé par la Couronne du chef du Canada (Canada), la Couronne du chef de la Saskatchewan (Saskatchewan) et quelques Premières Nations signataires du Traité n° 4 en particulier. Il s'agit d'un accord exhaustif qui crée un cadre pour l'exécution des obligations restantes de la Couronne découlant du Traité n° 4 et de deux autres traités numérotés. Il prévoit également la conclusion subséquente d'accords de règlement similaires entre le Canada, la Saskatchewan et les Premières Nations ayant des droits fonciers issus des traités en Saskatchewan qui n'ont pas signé l'accord-cadre. La PNP a conclu un tel accord avec le Canada et la Saskatchewan en 2008 (accord de règlement de la PNP). L'accord-cadre (article 20.20) comme l'accord de règlement de la PNP (article 20.19) prévoient que les différends découlant de ces accords doivent être renvoyés à la Cour fédérale aux fins de décision.

In 2014, the PFN commenced an action in the Federal Court, naming Canada and Saskatchewan as respondents, alleging that both had violated their obligations under the PFN Settlement Agreement and had also failed to discharge their obligations to consult with the PFN regarding, in particular, the grant of a subsurface mineral lease in 2010 for the Legacy Mining Project. Saskatchewan moved to strike the PFN's action thereagainst arguing that the Federal Court does not have jurisdiction over it or over the subject matter of the PFN's claim against it. In its appeal, Saskatchewan argued that notwithstanding the attornment clauses in sections 20.20 of the Framework Agreement and 20.19 of the PFN Settlement Agreement, the Federal Court has no jurisdiction over Saskatchewan or over the subject matter of the PFN's claim as against it.

The main issue was whether the Federal Court erred in deciding that it possesses jurisdiction to adjudicate the PFN's action against Saskatchewan.

Held, the appeal should be allowed in part.

Per Near and Gleason J.J.A.: Assessment of whether the Federal Court was correct in assuming jurisdiction to adjudicate the PFN's action against Saskatchewan involved consideration of two inter-related issues: first, whether Saskatchewan can claim to be immune from suit before the Federal Court by virtue of Crown immunity; second, whether the Federal Court has subject-matter jurisdiction over the claims made against Saskatchewan in this action since the Federal Court must possess both jurisdiction over the parties and subject-matter jurisdiction for a suit to proceed before it.

Regarding Crown immunity, while the provincial Crown may not be sued in the Federal Court due, in part, to the principle of Crown immunity, in this case there were two agreements—the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement—in which Saskatchewan agreed that claims to interpret and enforce both these agreements would be advanced in the Federal Court. More specifically, Saskatchewan agreed in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement that any matter of the PFN Settlement Agreement and all matters relating to the enforcement of the agreement shall be within the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada, a provision that had to be interpreted as an agreement by Saskatchewan to attorn to the Federal Court's jurisdiction. The only way to interpret section 20.19 of the PSN Settlement Agreement was to find that it means what it unambiguously says. Furthermore, the Honour of the Crown was engaged in this matter to the extent that the clear and unambiguous text of the Framework Agreement and the PFN

En 2014, la PNP a intenté une action devant la Cour fédérale, nommant le Canada et la Saskatchewan comme défendeurs, alléguant que les deux parties avaient manqué à leurs obligations prévues à l'accord de règlement de la PNP et avaient omis de s'acquitter de leur obligation de consulter la PNP concernant, en particulier, l'octroi d'un bail de droits miniers souterrains en 2010 dans le cadre du projet minier Legacy. La Saskatchewan a demandé la radiation de l'action intentée par la PNP contre elle, faisant valoir que la Cour fédérale n'avait pas compétence sur elle ou sur la question faisant l'objet de la réclamation de la PNP. Dans son appel, la Saskatchewan a soutenu que malgré les clauses de reconnaissance de compétence aux articles 20.20 de l'accord-cadre et 20.19 de l'accord de règlement de la PNP, la Cour fédérale n'avait pas compétence sur la Saskatchewan ni sur le sujet visé par la réclamation de la PNP.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant qu'elle avait compétence pour statuer sur l'action intentée par la PNP contre la Saskatchewan.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

Les juges Near et Gleason, J.C.A. : L'évaluation de la question de savoir si la Cour fédérale avait raison d'assumer compétence pour juger l'action de la PNP contre la Saskatchewan nécessitait la prise en considération de deux questions interreliées : premièrement, celle de savoir si la Saskatchewan peut revendiquer une immunité contre une poursuite devant la Cour fédérale en raison de l'immunité de la Couronne; et deuxièmement, celle de savoir si la Cour fédérale a compétence matérielle sur les réclamations faites contre la Saskatchewan en l'espèce étant donné qu'elle doit avoir compétence sur les parties en plus d'une compétence matérielle pour pouvoir instruire une poursuite.

En ce qui concerne l'immunité de la Couronne, bien que la Couronne provinciale ne puisse faire l'objet d'une poursuite devant la Cour fédérale en raison, en partie, du principe de l'immunité de la Couronne, il y avait deux accords en l'espèce — l'accord-cadre et l'accord de règlement de la PNP — dans le cadre desquels la Saskatchewan avait accepté que les réclamations liées à l'interprétation et à l'exécution de ces deux accords soient instruites devant la Cour fédérale. Plus particulièrement, la Saskatchewan a accepté à l'article 20.19 de l'accord de règlement de la PNP que toute question touchant l'accord de règlement de la PNP et toutes les questions liées à l'exécution de l'accord relèveraient de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada. Cette disposition devait être interprétée comme une entente selon laquelle la Saskatchewan acceptait la compétence de la Cour fédérale. La seule manière d'interpréter l'article 20.19 de l'accord de règlement de la PNP était de conclure qu'il signifiait ce qu'il stipulait sans équivoque. Par ailleurs, l'honneur de la

Settlement Agreement – which were negotiated in good faith with all parties fully represented by legal counsel – should be interpreted in a way that abides by and respects the terms of the Agreements. Saskatchewan should not be permitted to rewrite or re-interpret the terms of the agreement set out in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement. Thus, since Saskatchewan is bound by section 20.19 thereof, it is not immune from suit before the Federal Court in respect of a claim to which section 20.19 of the PFN Settlement Agreement applies.

As for subject-matter jurisdiction, the three-part test for establishing that the Federal Court has jurisdiction over a particular matter as set out in *ITO–Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics* (ITO) was applied. The second and third parts of the ITO test (existing body of federal law essential to disposition of the case; law on which case is based must be law of Canada as phrase used in the *Constitution Act, 1867*) were met in this case. The first part (statutory grant of jurisdiction to Federal Court by federal Parliament) could be argued to have been met namely by paragraph 17(3)(b) of the *Federal Courts Act*. The federal legislation passed to give effect to the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement (*Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* and the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act*) did not satisfy the first step of the ITO test since neither of these statutes could be viewed as incorporating the attornment clauses contained in the Agreements. Paragraph 17(3)(b) of the Act is attributive of jurisdiction and meets the first step of the ITO test in that it affords jurisdiction to the Federal Court to hear and determine any matter of fact, law or mixed fact and law that the federal Crown and another party have agreed in writing would be referred to the Federal Court for determination, provided the subject matter of the agreement also meets the last two steps of the ITO test. Thus, to be effective in placing a matter before the Federal Court under paragraph 17(3)(b) of the Act, an agreement must concern a law of Canada within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867* and there must also be a body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction. Since the last two steps of the ITO test were met in this case, it followed that the attornment clause was sufficient to ground jurisdiction in the Federal Court to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement. Therefore, Saskatchewan's appeal failed respecting the portions of the PFN's claim asking the Court to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement. However, the Federal Court did not possess jurisdiction over the portion of the claim alleging Saskatchewan's breach of its duty to consult prior to awarding mineral rights to third parties in connection with the Legacy Mining Project. This claim is distinct from the claims that related to the PFN

Couronne était engagé dans cette affaire, dans la mesure où le libellé clair et sans équivoque de l'accord-cadre et de l'accord de règlement de la PNP, qui ont été négociés de bonne foi par toutes les parties dûment représentées par un avocat, devrait être interprété de manière à respecter les modalités des accords. La Saskatchewan ne devrait pas avoir le droit de rédiger ou d'interpréter de nouveau les modalités de l'accord énoncées à l'article 20.19 de l'accord de règlement de la PNP. Par conséquent, la Saskatchewan est liée par l'article 20.19 de cet accord et n'est pas immunisée contre une poursuite devant la Cour fédérale concernant une réclamation à laquelle l'article 20.19 de l'accord de règlement de la PNP s'applique.

Quant à la compétence matérielle, le critère en trois parties permettant d'établir que la Cour fédérale a compétence sur un sujet donné, tel qu'énoncé dans l'arrêt *ITO–Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics* (ITO), a été appliqué. Les deuxième et troisième parties du critère de l'arrêt ITO (il doit exister un ensemble de règles de droit fédéral qui soit essentiel à la solution du litige; la loi invoquée dans l'affaire doit être une loi du Canada au sens où cette expression est employée dans la *Loi constitutionnelle de 1867*) ont été respectées en l'espèce. On pourrait faire valoir que la première partie (il doit y avoir attribution de compétence à la Cour fédérale par une loi du Parlement fédéral) est remplie notamment par l'alinéa 17(3)b de la *Loi sur les Cours fédérales*. Les lois fédérales adoptées pour donner effet à l'accord-cadre et à l'accord de règlement de la PNP (*Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* et *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)*) ne satisfaisaient pas à la première étape du critère de l'arrêt ITO puisqu'aucune de ces lois ne pouvait être considérée comme incorporant les clauses de reconnaissance de compétence contenues dans les accords. L'alinéa 17(3)b de la Loi confère une compétence et satisfait à la première étape du critère de l'arrêt ITO, car il octroie compétence à la Cour fédérale pour toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne fédérale est partie, par la Cour fédérale, à condition que le sujet de l'accord respecte également les deux dernières étapes du critère de l'arrêt ITO. Par conséquent, pour renvoyer efficacement une question devant la Cour fédérale en vertu de l'alinéa 17(3)b de la Loi, un accord doit viser une loi du Canada au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et il doit exister un ensemble de règles de droit fédéral qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence. Comme les deux dernières étapes du critère de l'arrêt ITO étaient remplies en l'espèce, il s'ensuit que la clause de reconnaissance de compétence était suffisante pour conférer à la Cour fédérale compétence pour interpréter et faire exécuter l'accord de règlement de la PNP. Ainsi, l'appel de la Saskatchewan a été rejeté en ce qui concerne les parties de la réclamation de la PNP qui visaient à demander à la Cour

Settlement Agreement and the attornment clause in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement was inapplicable thereto. There was thus no basis for Federal Court jurisdiction over this duty to consult claim advanced against Saskatchewan since the latter had not attorned to the jurisdiction of the Court in respect thereof. Paragraph 17(3)(b) of the Act was also inapplicable to this duty to consult claim which arose outside the PFN Settlement Agreement and there was consequently no basis for the Federal Court's jurisdiction over this portion of the PFN's claim. This portion of the claim was therefore struck.

Per Pelletier J.A. (concurring reasons): Saskatchewan's argument as to Crown immunity had to fail. Crown immunity deals with whether the Crown is bound by legislation of general application but here the source of the Crown's obligation was contractual, not legislative. Consequently, Saskatchewan could not claim Crown immunity in respect of its contractual obligation under the PFN Settlement Agreement. The contractual term which gave rise to the issue of jurisdiction was section 20.19 of the PFN Settlement Agreement. Allegations and claims for relief in the statement of claim that are unrelated to the interpretation or enforcement of the PFN Settlement Agreement were outside the scope of section 20.19. The fact that specific allegations went beyond the scope of section 20.19 did not mean that the whole claim was therefore tainted. The second and third branches of the three-part test for Federal Court jurisdiction (ITO test) were satisfied in this case. Regarding the first branch of the test, as between the PFN and Canada, the statutory grant of jurisdiction could be found either in subsection 17(1) of the *Federal Courts Act* since the action is one in which "relief is claimed against the Crown" or in paragraph 17(2)(b) as a claim arising "out of a contract entered into by or on behalf of the Crown". As a result, the Federal Court had jurisdiction over Canada and over the subject matter of the litigation whether considered from the point of view of substantive law, of the Crown's obligations to aboriginal peoples or of the enforcement of a contract made by the Crown. Regarding Saskatchewan's Crown lands, given Saskatchewan's agreement pertaining to Federal treaty obligations, the Federal Court had subject-matter jurisdiction to the extent provided in the PFN Settlement Agreement. With respect to jurisdiction over the person, section 20.19 of the PFN Settlement Agreement would be characterized as a forum selection clause. It would have been contrary to the principles of order and fairness as well as to security of transactions to hold that the Federal

d'interpréter et de faire exécuter l'accord de règlement de la PNP. Cependant, la Cour fédérale n'avait pas compétence sur la partie de la réclamation qui portait sur le manquement par la Saskatchewan, de son obligation de consulter avant d'accorder des droits miniers à des tiers en lien avec le projet minier Legacy. Cette réclamation est distincte des réclamations portant sur l'accord de règlement de la PNP, et la clause de reconnaissance de compétence à l'article 20.19 de l'accord de règlement n'était pas applicable. Donc, la compétence de la Cour fédérale à l'égard de cette réclamation concernant l'obligation de consulter formulée contre la Saskatchewan était sans fondement puisque cette dernière n'avait pas accepté la compétence de la Cour fédérale à cet égard. L'alinéa 17(3)(b) de la Loi ne s'appliquait pas non plus à cette réclamation concernant l'obligation de consulter qui ne relevait pas de l'accord de règlement de la PNP, et il n'y avait donc aucun fondement à la compétence de la Cour fédérale sur cette partie de la réclamation de la PNP. Cette partie a donc été radiée.

Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : L'argument de la Saskatchewan concernant l'immunité de la Couronne ne pouvait être accepté. L'immunité de la Couronne porte sur la question de savoir si celle-ci est liée par une loi d'application générale. Toutefois, en l'espèce, la source de l'obligation de la Couronne était contractuelle et non législative. En conséquence, la Saskatchewan ne pouvait pas revendiquer l'immunité de la Couronne à l'égard de son obligation contractuelle prévue à l'accord de règlement de la PNP. Les modalités contractuelles qui ont donné lieu à la question de compétence se trouvent à l'article 20.19 de l'accord de règlement de la PNP. Les allégations et les demandes de mesures de redressement dans la déclaration qui ne sont pas liées à l'interprétation ou à l'exécution de l'accord de règlement de la PNP ne relevaient pas de la portée de l'article 20.19. Le fait que des allégations spécifiques aillent au-delà de la portée de l'article 20.19 ne signifiait toutefois pas que l'ensemble de la réclamation était entaché. Les deuxième et troisième étapes du critère en trois parties permettant d'établir la compétence de la Cour fédérale (critère de l'arrêt ITO) étaient remplies en l'espèce. En ce qui concerne la première partie du critère, l'attribution légale d'une compétence pour trancher une question opposant la PNP et le Canada se trouvait soit au paragraphe 17(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* puisque l'action est un cas de « demande de réparation contre la Couronne », soit à l'alinéa 17(2)(b) puisque la réclamation découle d'un « contrat conclu par ou pour la Couronne ». Par conséquent, la Cour fédérale avait compétence sur le Canada et sur le sujet en litige, qu'on le considère du point de vue des règles juridiques de fond, des obligations de la Couronne envers les peuples autochtones, ou de l'exécution d'un contrat conclu par la Couronne. Quant aux terres de la Couronne de la Saskatchewan, étant donné l'accord conclu par la province concernant les obligations découlant de traités fédéraux, la Cour fédérale avait compétence matérielle dans la mesure

Court did not have jurisdiction over a party who has attorned to its jurisdiction unless one could find a specific statutory grant of the power to give effect to choice of forum clauses. While paragraph 17(3)(b) constituted that specific statutory grant, even if it did not have the effect that the majority attributed thereto, once it is shown that the Federal Court enjoys a statutory grant of jurisdiction over the subject matter, the principles of order and fairness require that effect be given to section 20.19 as a source of jurisdiction over the person subject to any arguments as to the Federal Court being *forum non conveniens*. Where there is a basis for Federal Court jurisdiction as between a First Nation and the federal Crown, it does not offend the established constitutional order to give effect to a province's voluntary undertaking to submit to the Federal Court's jurisdiction respecting the interpretation and enforcement of an agreement to which all three have subscribed. In conclusion, the Federal Court could and should give effect to Saskatchewan's attornment to its jurisdiction respecting the interpretation and enforcement of the PFN Settlement Agreement.

prévue dans l'accord de règlement de la PNP. En ce qui a trait à la compétence à l'égard de la personne, l'article 20.19 de l'accord de règlement de la PNP serait caractérisé comme une clause d'élection de for. Il aurait été contraire aux principes d'ordre et d'équité ainsi sûreté des opérations, de conclure que la Cour fédérale n'avait pas compétence sur une partie qui s'est soumise à sa compétence, à moins que l'on puisse trouver une attribution législative spécifique des pouvoirs permettant de donner effet aux clauses d'élection de for. Bien que l'alinéa 17(3)(b) accorde ce pouvoir, même s'il n'avait pas l'effet que la majorité lui a attribué, une fois que la Cour fédérale s'est vue attribuer compétence sur l'objet du litige par une loi, les principes d'ordre et d'équité exigent que l'on donne effet à l'article 20.19 comme source de compétence à l'égard de la personne, sous réserve de tout argument selon lequel la Cour fédérale serait *forum non conveniens*. Lorsqu'il existe un fondement à la compétence de la Cour fédérale entre une Première Nation et la Couronne fédérale, cela n'offense en rien l'ordre constitutionnel établi de donner effet à l'engagement volontaire d'une province de se soumettre à la compétence de la Cour fédérale en ce qui a trait à l'interprétation et à l'exécution d'un accord auquel ont souscrit les trois parties. En conclusion, la Cour fédérale pouvait et devait donner effet à l'acquiescement de la Saskatchewan à l'égard de sa compétence relativement à l'interprétation et à l'application de l'accord de règlement de la PNP.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 12) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 20], s. 21.
- Alberta Natural Resources Act (The)*, S.A. 1930, c. 21.
- Alberta Natural Resources Act (The)*, S.C. 1930, c. 3.
- An Act to ratify a certain Agreement between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Province of Saskatchewan*, S.S. 1930, c. 87.
- Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5.
- Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act*, S.C. 2002, c. 3, ss. 3(b), 6, 7.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 101, 109.
- Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 21.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Alberta Natural Resources Act (The)*, S.A. 1930, ch. 21.
- An Act to ratify a certain Agreement between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Province of Saskatchewan*, S.S. 1930, ch. 87.
- 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. 101, 109.
- Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
- Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 2) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 8], art. 30.
- Loi des ressources naturelles de la Saskatchewan*, S.C. 1930, ch. 41.
- Loi des ressources naturelles de l'Alberta*, S.C. 1930, ch. 3.
- Loi des ressources naturelles du Manitoba*, S.C. 1930, ch. 29.

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “Crown”, 17, 19, 22.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5.
Manitoba Act, 1870, S.C. 1870, c. 3 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 2) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 8], s. 30.
Manitoba Natural Resources Act (The), S.C. 1930, c. 29.
Manitoba Natural Resources Transfer Act (The), S.M. 1930, c. 30.
Saskatchewan Act, S.C. 1905, c. 42 (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 13) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 21], s. 21.
Saskatchewan Natural Resources Act (The), S.C. 1930, c. 41.
Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement (Treaty Land Entitlement) Act (The), S.S. 1993, c. S-31.1, s. 2.
Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act, S.C. 1993, c. 11, ss. 2 “NRTA Amendment Agreement”, 3(2)(b), 4, 7, Sch. I, ss. 2, 3, Sch. II.
Treaty Land Entitlement Implementation Act (The), S.S. 1993, c. T-20.1.

Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan), L.C. 2002, ch. 3, art. 3b), 6, 7.
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 21.
Loi sur la Saskatchewan, S.C. 1905, ch. 42 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 13) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 21], art. 21.
Loi sur l'Alberta, S.C. 1905, ch. 3 (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 12) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 20], art. 21.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « Couronne », 17, 19, 22.
Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan, L.C. 1993, ch. 11, art. 2 « accord modifiant la CTRN », 3(2)b), 4, 7, ann. I, art. 2, 3, ann. II.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.
Loi sur les lettres de change, S.R.C. 1970, ch. B-5.
Manitoba Natural Resources Transfer Act (The), S.M. 1930, ch. 30.
Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement (Treaty Land Entitlement) Act (The), S.S. 1993, ch. S-31.1, art. 2.
Treaty Land Entitlement Implementation Act (The), S.S. 1993, ch. T-20.1.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Natural Resources Transfer Agreement (Alberta), confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].
Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba), confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].
Natural Resources Transfer Agreement (Saskatchewan), confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26].
Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement, online: <<http://publications.gov.sk.ca/documents/313/85856-Saskatchewan-Treaty-Land-Entitlement-Framework-Agreement.pdf>>.
Treaty No. 4 (1874).
Treaty No. 6 (1876).
Treaty No. 10 (1906).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta), confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba), confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Saskatchewan), confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].
Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement, en ligne : <<http://publications.gov.sk.ca/documents/313/85856-Saskatchewan-Treaty-Land-Entitlement-Framework-Agreement.pdf>>.
Traité n° 4 (1874).
Traité n° 6 (1876).
Traité n° 10 (1906).

CASES CITED

APPLIED:

Bank of Montreal v. Attorney General (Quebec), [1979] 1 S.C.R. 565, (1978), 96 D.L.R. (3d) 586; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *ITO—Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322, (1989), 57 D.L.R. (4th) 197; *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385.

DISTINGUISHED:

Toney v. Canada, 2013 FCA 217, [2015] 1 F.C.R. 184; *Greeley v. Tami Joan (The)* (1996), 113 F.T.R. 66, [1996] F.C.J. No. 739 (T.D.) (QL); *Thomas v. Peace Hills Trust Co.*, 2001 FCT 443, [2001] 4 C.N.L.R. 335; *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437, (1987), 13 F.T.R. 52 (T.D.); *Saskatchewan v. Saskatchewan Government and General Employees Union*, 2016 SKCA 56, 476 Sask. R. 306.

CONSIDERED:

Canadian Transit Company v. Windsor (City), 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265, leave to appeal to S.C.C. granted [2015] 3 S.C.R. vii; *Chief Austin Bear v. Government of Saskatchewan*, 2010 SKQB 342, 365 Sask. R. 150; *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, (1990), 76 D.L.R. (4th) 256; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, (1993), 109 D.L.R. (4th) 16.

REFERRED TO:

Canadian Forest Products Ltd. v. Canada (Attorney General), 2005 FCA 220, *sub nom* *Stoney Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)* [2006] 1 F.C.R. 570; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Trainor Surveys (1974) Ltd. v. New Brunswick*, [1990] 2 F.C. 168, [1990] F.C.J. No. 201 (T.D.) (QL); *Vollant v. Canada*, 2009 FCA 185, 393 N.R. 183; *Shade v. Canada*, 2001 FCT 1067, *sub nom* *Kainaiwa Blood Tribe v. Canada*, 211 F.T.R. 288; *Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1992] 3 F.C. 576 (1992), 56 F.T.R. 253 (T.D.); *Varnam v. Canada (Minister of National Health & Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454, (1988), 50 D.L.R. (4th) 44 (C.A.); *R. in Right of Canada v. Chief William Joe et al.*, [1984] 1 C.N.L.R. 96, (1983), 49 N.R. 198 (F.C.A.), *aff'd* [1986] 2 S.C.R. 145; *Lubicon Lake Band (The) v. R.*, [1981] 2 F.C. 317, 117 D.L.R. (3d) 247 (T.D.); *Union Oil of Canada Ltd. v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 452 (1974), 52

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Banque de Montréal c. Procureur général (Québec), [1979] 1 R.C.S. 565; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *ITO—Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Toney c. Canada, 2013 CAF 217, [2015] 1 R.C.F. 184; *Greeley c. Tami Joan (Le)*, [1996] A.C.F. n° 739 (1^{re} inst.) (QL); *Thomas c. Peace Hills Trust Co.*, 2001 CFPI 443; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1^{re} inst.); *Saskatchewan v. Saskatchewan Government and General Employees Union*, 2016 SKCA 56, 476 Sask. R. 306.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canadian Transit Company c. Windsor (Ville), 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.S. 265, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée [2015] 3 R.C.S. vii; *Chief Austin Bear v. Government of Saskatchewan*, 2010 SKQB 342, 365 Sask. R. 150; *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289.

DÉCISIONS CITÉES :

Produits Forestiers du Canada ltée c. Canada (Procureur général), 2005 CAF 220, *sub nom* *Bande de Stoney c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord-canadien)*, [2006] 1 R.C.F. 570; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Trainor Surveys (1974) Ltd. c. Nouveau-Brunswick*, [1990] 2 C.F. 168, [1990] A.C.F. n° 201 (1^{re} inst.) (QL); *Vollant c. Canada*, 2009 CAF 185; *Shade c. Canada*, 2001 CFPI 1067, *sub nom* *Tribu de Kainaiwa-Blood c. Canada*, [2001] A.C.F. n° 1502 (C.A.) (QL); *Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1992] 3 C.F. 576 (1^{re} inst.) (QL); *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.); *R. du chef du Canada c. Chef William Joe et al.*, [1984] 1 C.N.L.R. 96, (1983), 49 N.R. 198 (C.A.F.), *conf. par* [1986] 2 R.C.S. 145; *Bande indienne de Lubicon Lake (La) c. R.*, [1981] 2 C.F. 317 (1^{re} inst.); *Union Oil of Canada Ltd. c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 452 (1^{re} inst.),

D.L.R. (3d) 388 (T.D.), affd [1976] 1 F.C. 74 (1975), 72 D.L.R. (3d) 81 (C.A.); *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165, (1995), 96 F.T.R. 172 (T.D.); *Turberfield v. Canada*, 2012 FCA 170, 433 N.R. 236; *Schnurr et al. v. Canada*, T-2193-09, Gleason J., unreported; *Canada v. Crosson* (1999), 169 F.T.R. 218, 1999 CanLII 8350 (F.C.T.D.); *Bosa v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 793, 436 F.T.R. 288; *Irving Refining Ltd. v. National Harbours Board*, [1976] 2 F.C. 415 (T.D.); *Bear v. Saskatchewan*, 2012 SKQB 232, [2012] 4 C.N.L.R. 53; *One Arrow First Nation v. Saskatchewan*, [2000] 1 C.N.L.R. 162, 1999 CanLII 12857 (Sask. Q.B.); *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561, (1997), 72 C.P.R. (3d) 170 (C.A.); *Armeco Construction Ltd. v. Canada* (1995), 94 F.T.R. 314, [1995] F.C.J. No. 473 (T.D.) (QL), affd 103 F.T.R. 240, [1995] F.C.J. No. 1561 (C.A.) (QL); *Momentous.ca Corp. v. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.*, 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359; *Microcell Communications Inc. v. Frey*, 2011 SKCA 136, [2012] 3 W.W.R. 423; *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241.

AUTHORS CITED

Hogg, Peter *et al.* *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011.

APPEAL from a Federal Court order dismissing Saskatchewan's motion to strike the Pasqua First Nation's (PFN) action thereagainst holding that the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework* was sufficient to provide the Federal Court jurisdiction over the PFN's claim against Saskatchewan. Appeal allowed in part.

APPEARANCES

James Fyfe for appellant (defendant).
Cynthia Westaway and *Benjamin Hiemstra* for respondents (plaintiffs).
Karen Jones for defendant.

SOLICITORS OF RECORD

R. James Fyfe, Regina, agent for appellant (defendant).

conf. par [1976] 1 C.F. 74 (C.A.); *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.); *Turberfield c. Canada*, 2012 CAF 170; *Schnurr et al. c. Canada*, T-2193-09, le juge Gleason, non publié; *Canada c. Crosson*, 1999 CanLII 8350 (C.F. 1^{re} inst.); *Bosa c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 793; *Irving Refining Ltd. c. Le Conseil des ports nationaux*, [1976] 2 C.F. 415 (1^{re} inst.); *Bear v. Saskatchewan*, 2012 SKQB 232, [2012] 4 C.N.L.R. 53; *One Arrow First Nation v. Saskatchewan*, [2000] 1 C.N.L.R. 162, 1999 CanLII 12857 (B.R. Sask.); *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères)*, 2015 CAF 4; *Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561 (C.A.); *Armeco Construction Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 473 (1^{re} inst.) (QL), conf. par [1995] A.C.F. n° 1561 (C.A.) (QL); *Momentous.ca Corp. c. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.*, 2012 CSC 9, [2012] 1 R.C.S. 359; *Microcell Communications Inc. v. Frey*, 2011 SKCA 136, [2012] 3 W.W.R. 423; *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241.

DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter *et al.* *Liability of the Crown*, 4^e éd. Toronto : Carswell, 2011.

APPEL d'une ordonnance rendue par la Cour fédérale rejetant la requête en radiation de la Saskatchewan à l'égard de l'action intentée par la Première Nation Pasqua (PNP) contre cette dernière et concluant que l'*accord-cadre sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* était suffisant pour accorder à la Cour fédérale compétence à l'égard de la réclamation de la PNP contre la Saskatchewan. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU

James Fyfe pour l'appelante (défenderesse).
Cynthia Westaway et *Benjamin Hiemstra* pour les intimés (demandeurs).
Karen Jones pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

R. James Fyfe, Regina, représentant de l'appelante (défenderesse).

Devlin Gailus Westaway, Ottawa, for respondents (plaintiffs).

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

Devlin Gailus Westaway, Ottawa, pour les intimés (demandeurs).

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] NEAR AND GLEASON J.J.A.: On September 15, 1874, at Fort Qu'Appelle, Saskatchewan, representatives of Queen Victoria and of various Cree and Saulteaux First Nations concluded Treaty No. 4. Among the promises made in Treaty No. 4 was the commitment by the Crown to provide the signatory First Nations with reserve land "of sufficient area to allow one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families". This promise was not fulfilled, and there was a shortfall in the amount of reserve land provided to Treaty No. 4 First Nations, including the Pasqua First Nation (the PFN), whose members, as represented by Chief Todd Peigan, are the respondents in this appeal.

[1] LES JUGES NEAR ET GLEASON, J.C.A. : Le 15 septembre 1874, à Fort Qu'Appelle, en Saskatchewan, des représentants de la reine Victoria et de différentes Premières Nations des Cris et des Saulteux ont conclu le Traité n° 4. Parmi les promesses contenues dans le Traité n° 4 se trouve l'engagement pris par la Couronne de fournir aux Premières Nations signataires du traité des réserves dont « la superficie devant suffire pour fournir un mille carré à chaque famille de cinq, ou dans cette proportion pour les familles plus ou moins nombreuses ». Cette promesse n'a pas été remplie, et il existe une superficie manquante de terres de réserve fournies aux Premières Nations signataires du Traité n° 4, y compris la Première Nation de Pasqua (PNP), dont les membres, représentés par le chef Todd Peigan, sont les intimés dans cet appel.

[2] In 1992, the Crown in right of Canada (Canada), the Crown in right of Saskatchewan (Saskatchewan) and a number of First Nation signatories to Treaty No. 4 (and to Treaties No. 6 [1876] and No. 10 [1906]) concluded the Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement (the Framework Agreement).

[2] En 1992, la Couronne du chef du Canada (le Canada), la Couronne du chef de la Saskatchewan (la Saskatchewan) et un certain nombre de Premières Nations signataires du Traité n° 4 (et des Traités n°s 6 [1876] et 10 [1906]) ont signé l'accord-cadre sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan (Saskatchewan Treaty Land Entitlement Framework Agreement) entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, les bandes ayant droit à des terres et Sa Majesté la Reine du chef de la Saskatchewan (l'accord-cadre).

[3] The Framework Agreement is a comprehensive agreement that creates a framework for the fulfillment of the Crown's outstanding obligations under Treaty No. 4 and the two other numbered treaties. It also provides for the subsequent conclusion of similar settlement agreements between Canada, Saskatchewan and First Nations with treaty land entitlement claims in Saskatchewan who did not sign the Framework Agreement. The PFN concluded such an agreement with

[3] Cet accord-cadre constitue une entente exhaustive aux termes de laquelle seront remplies les obligations en souffrance de la Couronne en vertu du Traité n° 4 et des deux autres traités numérotés. Il permet aussi la conclusion subséquente d'accords de règlement similaires entre le Canada, la Saskatchewan et les Premières Nations jouissant de droits fonciers issus de traités en Saskatchewan qui n'ont pas signé l'accord-cadre. La PNP a conclu un tel accord avec le Canada et la

Canada and Saskatchewan on September 30, 2008 (the PFN Settlement Agreement).

[4] Both the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement (together, the Agreements) provide that disputes arising under them will be referred to the Federal Court for determination. Sections 20.20 of the Framework Agreement and 20.19 of the PFN Settlement Agreement state in relevant part that:

... in the event the parties ... are unable to agree on any matter, including a question of interpretation of any term, covenant, condition or provision of this Agreement, the determination of any such disagreement, and the enforcement thereof, shall be within the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada.

[5] On June 17, 2014, the PFN commenced an action in the Federal Court, in which it named Canada and Saskatchewan as respondents, alleging that both Canada and Saskatchewan had violated their obligations under the PFN Settlement Agreement and that both had also failed to discharge their obligations to consult with the PFN regarding, in particular, the grant of a subsurface mineral lease in September 2010 for the Legacy Mining Project.

[6] Saskatchewan brought a motion to strike the PFN's action as against it, arguing that the Federal Court does not have jurisdiction over Saskatchewan or over the subject matter of the PFN's claim against Saskatchewan. On January 8, 2015, Justice Boswell of the Federal Court dismissed Saskatchewan's motion in a short "speaking order" in which he held that section 20.20 of the Framework Agreement was sufficient to provide the Federal Court jurisdiction over the PFN's claim against Saskatchewan, principally by virtue of the provisions of paragraph 17(3)(b) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (the FCA). This paragraph provides that the Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing would be determined by the Federal Court.

[7] Saskatchewan has appealed the Federal Court's order to this Court and argues that, notwithstanding the attornment clauses in sections 20.20 of the Framework

Saskatchewan le 30 septembre 2008 (l'accord de règlement avec la PNP).

[4] L'accord-cadre et l'accord de règlement avec la PNP (ensemble, les accords) stipulent que les différends découlant de ces dits accords seront renvoyés à la Cour fédérale afin qu'elle tranche à cet égard. Les articles 20.20 de l'accord-cadre et 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP stipulent ce qui suit :

[TRADUCTION] En cas de différend entre les parties, notamment sur une question d'interprétation d'un terme, d'un engagement, d'une condition ou d'une disposition du présent accord, le règlement de pareil différend et l'exécution y afférente relèvent de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada.

[5] Le 17 juin 2014, la PNP a intenté une action devant la Cour fédérale, dans laquelle elle désigne comme intimés le Canada et la Saskatchewan, alléguant que le Canada et la Saskatchewan ont manqué à leurs obligations en vertu de l'accord de règlement avec la PNP et qu'ils ont également manqué à leurs obligations de consulter la PNP concernant, en particulier, l'octroi d'un bail de droits miniers souterrains en septembre 2010 pour le projet minier Legacy.

[6] La Saskatchewan a présenté une requête en radiation de l'action intentée contre elle par la PNP, affirmant que la Cour fédérale n'a pas compétence sur la Saskatchewan ou sur l'objet de la revendication de la PNP contre la Saskatchewan. Le 8 janvier 2015, le juge Boswell de la Cour fédérale a rejeté la requête de la Saskatchewan dans une brève « ordonnance verbale » dans laquelle il maintient que l'article 20.20 de l'accord-cadre est suffisant pour garantir à la Cour fédérale sa compétence concernant la revendication de la PNP contre la Saskatchewan, principalement en vertu des dispositions de l'alinéa 17(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la LCF). Cet alinéa prescrit que la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale.

[7] La Saskatchewan a fait appel de l'ordonnance de la Cour fédérale devant la Cour et affirme que, notwithstanding les clauses de reconnaissance des articles 20.20

Agreement and 20.19 of the PFN Settlement Agreement, the Federal Court has no jurisdiction over Saskatchewan or over the subject matter of the PFN's claim as against Saskatchewan.

[8] We disagree, and, for the reasons set out below, believe that the Federal Court possesses jurisdiction over the portions of the PFN's claim that allege a breach of Saskatchewan's obligations under the PFN Settlement Agreement. However, the portion of the claim, as currently pleaded, which alleges a violation by Saskatchewan of its duty to consult with the PFN with respect to the grant of the subsurface lease for the Legacy Mining Project fall outside the jurisdiction of the Federal Court. We would accordingly allow this appeal in part and, making the order that the Federal Court ought to have made, would strike the portions of the statement of claim that allege that Saskatchewan breached its duty to consult with the PFN with respect to this project, providing the PFN with leave to amend this portion of the claim in accordance with these reasons. Success being divided, we would propose that each party bear its own costs of this appeal and in the Federal Court.

I. Relevant Legislative Backdrop

[9] To place the issues in this appeal in context, it is helpful to begin by reviewing the legislative backdrop to the Framework Agreement and PFN Settlement Agreement.

[10] Under section 109 of the *British North America Act, 1867* (now the *Constitution Act, 1867*), the four provinces that came together to form Canada in 1867 were afforded the right to administer Crown lands and rights to natural resources and minerals situated in the provinces. However, when Manitoba, Alberta and Saskatchewan joined Confederation (in 1870 in the case of Manitoba and in 1905 in the case of Alberta and Saskatchewan), the newly-created western provinces were not granted the right to administer Crown land, nor were they given control over natural resources in the provinces (see *Manitoba Act, 1870*, S.C. 1870, c. 3,

de l'accord-cadre et 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP, la Cour fédérale n'a pas compétence sur la Saskatchewan ou sur l'objet de la revendication de la PNP contre la Saskatchewan.

[8] Nous ne sommes pas d'accord et, pour les motifs invoqués ci-après, croyons que la Cour fédérale a compétence sur les portions de la revendication de la PNP alléguant un manquement de la Saskatchewan à ses obligations en vertu de l'accord de règlement avec la PNP. Toutefois, la portion de la revendication, dans sa forme actuelle, alléguant que la Saskatchewan a manqué à son devoir de consulter la PNP concernant l'octroi du bail de droits miniers souterrains pour le projet minier Legacy, ne relève pas de la compétence de la Cour fédérale. Par conséquent, nous accueillerions cet appel en partie et, rendant l'ordonnance que la Cour fédérale aurait dû rendre, nous radierions les portions de la déclaration qui allèguent que la Saskatchewan a manqué à son devoir de consulter la PNP concernant ce projet, et donnerions autorisation à la PNP de modifier cette portion de la revendication conformément aux présents motifs. Comme le succès de la requête est partagé, nous proposerions que chacune des parties paye ses propres dépens pour cet appel et l'instance devant la Cour fédérale.

I. Contexte législatif pertinent

[9] Pour placer les questions en litige soulevées dans cet appel en contexte, il est utile de commencer en examinant le contexte législatif de l'accord-cadre et de l'accord de règlement avec la PNP.

[10] En vertu de l'article 109 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (maintenant appelé la *Loi constitutionnelle de 1867*), les quatre provinces qui se sont regroupées pour former le Canada en 1867 se sont vues octroyer le droit d'administrer les terres de la Couronne ainsi que des droits sur les ressources naturelles et minérales situées dans les provinces. Toutefois, quand le Manitoba, l'Alberta et la Saskatchewan ont joint la Confédération (en 1870 dans le cas du Manitoba et en 1905 dans le cas de l'Alberta et de la Saskatchewan), les provinces de l'Ouest nouvellement créées n'ont pas été autorisées à administrer les terres de la Couronne, ni à

section 30; *Saskatchewan Act*, S.C. 1905, c. 42, section 21; *Alberta Act*, S.C. 1905, c. 3, section 21).

[11] In 1930, Canada and the three prairie provinces reached a series of agreements, called the Natural Resources Transfer Agreements [*Natural Resources Transfer Agreement* (Alberta), *Natural Resources Transfer Agreement* (Manitoba), *Natural Resources Transfer Agreement* (Saskatchewan)] (the NRTAs), which transferred to the prairie provinces control over natural resources and provided them the right to administer Crown lands in the province, subject to certain exceptions. One of these exceptions involves outstanding treaty obligations to Indigenous peoples. The NRTAs provide that Manitoba, Alberta and Saskatchewan could be required to transfer unoccupied Crown lands to Canada to satisfy outstanding treaty obligations. Paragraph 10 of the Saskatchewan NRTA provides in this regard that Saskatchewan:

10. ... will, from time to time, upon the request of the Superintendent General of Indian Affairs, set aside, out of the unoccupied Crown lands hereby transferred to its administration, such further areas as the said Superintendent General may, in agreement with the appropriate Minister of the Province, select as necessary to enable Canada to fulfill its obligations under the treaties with the Indians of the Province, and such areas shall thereafter be administered by Canada in the same way in all respects as if they had never passed to the Province under the provisions hereof.

Similar provisions are contained in the NRTAs applicable to Manitoba and Alberta.

[12] Parliament and the western provincial legislatures passed legislation to implement the NRTAs: *The Manitoba Natural Resources Transfer Act*, S.M. 1930, c. 30; *The Manitoba Natural Resources Act*, S.C. 1930, c. 29; *An Act to ratify a certain Agreement between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Province of Saskatchewan*, S.S. 1930, c. 87; *The Saskatchewan Natural Resources Act*, S.C. 1930, c. 41;

avoir le contrôle des ressources naturelles dans les provinces (voir la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, S.C. 1870, ch. 3, article 30; la *Loi sur la Saskatchewan*, S.C. 1905, ch. 42, article 21; et la *Loi sur l'Alberta*, S.C. 1905, ch. 3, article 21).

[11] En 1930, le Canada et les trois provinces des Prairies ont conclu une série d'accords, appelés les Conventions sur le transfert des ressources naturelles [*Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Alberta), *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Manitoba), *Convention sur le transfert des ressources naturelles* (Saskatchewan)] (les CTRN), qui transféraient aux provinces des Prairies le contrôle sur les ressources naturelles et leur donnaient le droit d'administrer les terres de la Couronne dans la province, sous réserve de certaines exceptions. L'une de ces exceptions porte sur les obligations en souffrance en vertu de traités envers les peuples autochtones. Les CTRN prévoient que le Manitoba, l'Alberta et la Saskatchewan pourraient devoir transférer des terres de la Couronne inoccupées au Canada afin de satisfaire aux obligations en souffrance en vertu de traités. Le paragraphe 10 de la CTRN de la Saskatchewan prévoit à cet égard que :

10. [...] à la demande du surintendant général des Affaires indiennes, la province réservera, au besoin, à même les terres de la Couronne inoccupées et par les présentes transférées à son administration, les autres étendues que ledit surintendant général peut, d'accord avec le ministre approprié de la province, choisir comme étant nécessaires pour permettre au Canada de remplir ses obligations en vertu des traités avec les Indiens de la province, et ces étendues seront dans la suite administrées par le Canada de la même manière à tous égards que si elles n'étaient jamais passées à la province en vertu des dispositions des présentes.

Des dispositions semblables sont présentes dans les CTRN qui s'appliquent au Manitoba et à l'Alberta.

[12] Le Parlement et les législatures des provinces de l'Ouest ont adopté des lois pour mettre en œuvre les CTRN : *Loi sur le transfert des ressources naturelles du Manitoba* [*The Manitoba Natural Resources Transfer Act*], S.M. 1930, ch. 30; *Loi des ressources naturelles du Manitoba*, S.C. 1930, ch. 29; *An Act to ratify a certain Agreement between the Government of the Dominion of Canada and the Government of the Province of*

The Alberta Natural Resources Act, S.A. 1930, c. 21; *The Alberta Natural Resources Act*, S.C. 1930, c. 3. Thereafter, the British Parliament adopted the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], to incorporate the NRTAs into the Constitution. Section 1 of the *Constitution Act, 1930* provides as follows:

Confirmation of scheduled agreements

1. The [NRTAs] [...] are hereby confirmed and shall have the force of law notwithstanding anything in the Constitution Act, 1867, or any Act amending the same, or any Act of the Parliament of Canada, or in any Order in Council or terms or conditions of union made or approved under any such Act as aforesaid.

II. The Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement

[13] It was against the foregoing backdrop that the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement were negotiated.

[14] The Framework Agreement was signed in 1992 by the Prime Minister and the Minister of Indian Affairs and Northern Development, on behalf of Canada, by the Premier and the Minister responsible for the Indian and Métis Affairs Secretariat, for Saskatchewan, and by 23 Chiefs of various Indian Bands with unfulfilled treaty land entitlements in Saskatchewan. Their signatures were witnessed by the Chief of the Federation of Saskatchewan Indian Nations and the Treaty Commissioner of Saskatchewan.

[15] The Framework Agreement provides for the payment of monies (referred to as “Entitlement Monies”) by both Canada and Saskatchewan to trust funds to be set up on behalf of the signatory Bands (Article 3). The bulk of these funds are to be used to purchase land equivalent to the shortfall in reserve acreage owed to each Band under the treaties their forbearers signed with

Saskatchewan, S.S. 1930, ch. 87; *Loi des ressources naturelles de la Saskatchewan*, S.C. 1930, ch. 41; *The Alberta Natural Resources Act*, S.A. 1930, ch. 21; *Loi des ressources naturelles de l’Alberta*, S.C. 1930, ch. 3. Par la suite, le Parlement britannique a adopté la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], pour intégrer les CTRN dans la Constitution. L’article 1 de la *Loi constitutionnelle de 1930* édicte ce qui suit :

Confirmation des conventions de l’annexe

1. Les [CTRN] [...] sont par les présentes confirmées et auront force de loi nonobstant tout ce qui est contenu dans la Loi constitutionnelle de 1867, ou dans toute loi la modifiant, ou dans toute loi du Parlement du Canada ou dans tout arrêté du Conseil ou termes ou conditions d’Union faits ou approuvés sous l’empire d’aucune de ces lois.

II. Accord-cadre et accord de règlement avec la PNP

[13] C’est dans ce contexte que l’accord-cadre et l’accord de règlement avec la PNP ont été négociés.

[14] L’accord-cadre a été signé en 1992 par le premier ministre et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, au nom du Canada, par le premier ministre et le ministre responsable du Indian and Métis Affairs Secretariat, pour la Saskatchewan, et par 23 chefs de diverses bandes indiennes de la Saskatchewan pour qui les obligations relatives aux droits fonciers issus de traités sont en souffrance. Le chef de la Federation of Saskatchewan Indian Nations et le commissaire aux traités de la Saskatchewan ont été témoins de la signature de cet accord-cadre.

[15] L’accord-cadre prévoit le versement, par le Canada et la Saskatchewan, de sommes d’argent (argent versé en raison de droits fonciers) pour la création de fonds de fiducie au nom des bandes signataires (article 3). La majeure partie de ces fonds doivent servir à l’achat de terres équivalentes en superficie aux superficies des réserves manquantes que chaque bande aurait

the Crown (subparagraph 4.01(a)(i), subsection 4.01(b)). Excess funds may be used to purchase additional acreage or for other Band development purposes (subparagraph 4.01(a)(ii)).

[16] The lands to be so purchased by the signatory Bands need not be contiguous to an existing reserve, and, indeed, the Framework Agreement specifically contemplates that purchased lands may be within an existing municipality (Article 9). Subsection 4.05(b) of the Framework Agreement contemplates that a Band desirous of purchasing Crown land advise Saskatchewan (in the case of provincial Crown lands) or Canada (in the case of federal Crown lands) of the lands it wishes to purchase, and Saskatchewan or Canada must respond to such requests within 90 days.

[17] The Framework Agreement provides that sale of Crown lands following receipt of such a request is governed by the principle of “willing seller/willing buyer” (subsection 4.05(a)). Under section 4.06 of the Framework Agreement, Saskatchewan and Canada are bound to give “favourable consideration” to offers from the signatory Bands to purchase Crown lands. Once they have agreed to the sale, subject to certain exceptions, Canada and Saskatchewan are prohibited from selling the lands to third parties or granting third parties an interest in the lands for a period of 18 months (subsections 4.05(c) and (d)).

[18] Several exceptions to the foregoing obligations are recognized in the Framework Agreement; these include the designation of the lands as critical wildlife habitats under the applicable provincial legislation, the fact that the land a Band wishes to purchase is occupied by a third party, who has not given its consent to the sale of the land, or the designation of lands as being subject to a “Public Purposes Plan”, in which Saskatchewan sets out an intention to conserve or use Crown minerals located on or under the lands for the benefit of all or a substantial portion of the people of Saskatchewan (section 4.07, subsection 4.08(a), subparagraph 5.04(a)(iii)).

dû recevoir en vertu des traités signés avec la Couronne par ses ancêtres (sous-alinéa 4.01a)(i), alinéa 4.01b)). Les fonds excédentaires peuvent être utilisés pour acheter des superficies additionnelles ou à d’autres fins liées au développement des bandes (sous-alinéa 4.01a)(ii)).

[16] Les terres achetées par les bandes signataires doivent être contiguës à une réserve existante. En fait, l’accord-cadre prévoit précisément que les terres achetées peuvent être situées à l’intérieur d’une municipalité existante (article 9). L’alinéa 4.05b) de l’accord-cadre prévoit qu’une bande désireuse d’acheter des terres de la Couronne doit informer la Saskatchewan (dans le cas de terres de la Couronne provinciales) ou le Canada (dans le cas de terres de la Couronne fédérales) des terres qu’elle souhaite acheter. La Saskatchewan ou le Canada doit répondre à de telles demandes dans les 90 jours.

[17] L’accord-cadre stipule que la vente de terres de la Couronne suivant la réception de telles demandes est régie par le principe du [TRADUCTION] « vendeur consentant/acheteur consentant » (alinéa 4.05a)). En vertu de l’article 4.06 de l’accord-cadre, la Saskatchewan et le Canada sont tenus de [TRADUCTION] « considérer favorablement » les offres des bandes signataires visant l’achat de terres de la Couronne. Une fois qu’ils ont accepté la vente, sous réserve de certaines exceptions, le Canada et la Saskatchewan ne sont pas autorisés à vendre les terres à une tierce partie ou à octroyer à une tierce partie un intérêt sur les terres pour une période de 18 mois (alinéas 4.05c) et d)).

[18] L’accord-cadre reconnaît plusieurs exceptions aux obligations qui précèdent; ces dernières incluent la désignation des terres comme habitats essentiels de la faune en vertu des lois provinciales applicables, le fait que la terre qu’une bande souhaite acheter soit occupée par une tierce partie, qui n’a pas donné son consentement à la vente de la terre, ou la désignation des terres comme faisant l’objet d’un [TRADUCTION] « plan à des fins publiques », par lequel la Saskatchewan énonce son intention de préserver ou d’exploiter les minéraux de la Couronne situés sur ou sous les terres au profit de la totalité ou d’une portion substantielle de la population de

Generally speaking, where an exception pertains, the lands need not be sold to one of the signatory Bands.

[19] The Framework Agreement contemplates that once a signatory Band purchases land and satisfactory arrangements have been made for dealing with third party interests in the land (in accordance with the detailed provisions set out in the Framework Agreement), the purchased lands will be surrendered by the Band to Canada. The Framework Agreement further contemplates that, subject to the provisions of the agreement, Canada will then set apart the lands so surrendered as additional reserve lands for the benefit of the Band (defined as an “Entitlement Reserve” in the agreement). Under section 11.09 of the Framework Agreement, Saskatchewan is required to transfer to Canada all interests Saskatchewan might have had in the land so surrendered to Canada to ensure that the land set aside as an Entitlement Reserve is free of provincial Crown rights or encumbrances.

[20] Before any Entitlement Monies can be paid to a signatory Band, Article 10 of the Framework Agreement requires that the Band ratify the Framework Agreement through the conclusion of a “Band Specific Agreement” (subsections 10.01(a) and 22.01(a)). Each Band Specific Agreement must outline, among other things, the signatory Band’s shortfall acreage, the total amount of Entitlement Monies to be paid in trust to the Band pursuant to the Framework Agreement and any other provisions of specific concern having been the subject of negotiations between the Band and Canada. To take effect, a Band Specific Agreement must be ratified by Band Council Resolution and must subsequently be executed by Canada (subsection 10.01(a), section 10.03).

[21] Section 10.02 of the Framework Agreement provides that other Bands may adhere to the agreement at a date subsequent to its conclusion by the original signatories, provided they have an outstanding treaty land entitlement under Treaties Nos. 4, 6, or 10 and provided they take the steps outlined in the Framework Agreement, which include the conclusion of a Band Specific Agreement in accordance with subsection 10.01(a).

la Saskatchewan (article 4.07, alinéa 4.08a), sous-alinéa 5.04a)(iii)). Règle générale, lorsqu’une exception s’applique, les terres ne sont pas nécessairement vendues à l’une des bandes signataires.

[19] L’accord-cadre prévoit qu’une fois qu’une bande signataire a acheté des terres et que des arrangements satisfaisants sont pris relativement aux intérêts de tierces parties à l’égard de ces terres (conformément aux dispositions détaillées énoncées dans l’accord-cadre), les terres achetées sont cédées par la bande au Canada. L’accord-cadre prévoit en outre que, sous réserve des dispositions de l’accord, le Canada doit alors mettre de côté les terres ainsi cédées à titre de terres de réserve additionnelles au profit de la bande (définies à l’aide du terme « nouvelle réserve » dans l’accord). En vertu de l’article 11.09 de l’accord-cadre, la Saskatchewan doit transférer au Canada tous les intérêts que pourrait avoir eus la Saskatchewan à l’égard des terres ainsi cédées au Canada, afin de s’assurer que les terres mises de côté à titre de nouvelle réserve sont libres de droits ou de charges de la Couronne provinciale.

[20] L’article 10 de l’accord-cadre stipule que, avant que l’argent versé en raison de droits fonciers puisse être effectivement versé à une bande signataire, la bande doit ratifier l’accord-cadre par la conclusion d’un « accord particulier » (alinéas 10.01a) et 22.01a)). Chaque accord particulier doit souligner, entre autres choses, la superficie manquante de la bande signataire, le montant total versé en fiducie à la bande en raison de droits fonciers conformément à l’accord-cadre, et toute autre disposition particulière ayant fait l’objet de négociations entre la bande et le Canada. Pour entrer en vigueur, l’accord particulier doit être ratifié par une résolution du conseil de bande et par la suite signé par le Canada (alinéa 10.01a) et article 10.03).

[21] L’article 10.02 de l’accord-cadre stipule que d’autres bandes peuvent adhérer à l’accord à une date ultérieure à sa conclusion par les signataires d’origine, à condition qu’elles aient des droits issus de traités en souffrance en vertu des Traités n^{os} 4, 6 ou 10, et à condition qu’elles prennent les mesures énoncées dans l’accord-cadre, lesquelles incluent la conclusion d’un accord particulier conformément à l’alinéa 10.01a).

[22] By virtue of the entitlements provided to the signatory Bands under the Framework Agreement, the Bands agreed in Article 15 to release Canada from all outstanding claims related to treaty land entitlement.

[23] In Article 16 of the Framework Agreement, Canada and the signatory Bands similarly released Saskatchewan from its obligations under paragraph 10 of the Saskatchewan NRTA, contingent in part upon Saskatchewan's compliance with the terms of the Framework Agreement. The provisions of Article 16 of the Framework Agreement are relevant to the issue of the jurisdiction of the Federal Court over the PFN's claim and are therefore produced in their entirety. They provide:

**CANADA AND ENTITLEMENT BANDS –
FINALITY OF SETTLEMENT RESPECTING
SASKATCHEWAN**

16.01 FINALITY-CANADA AND SASKATCHEWAN:

- (a) Canada, Saskatchewan and the Entitlement Bands agree that the financial and other contributions to be made by Saskatchewan pursuant to the Amended Cost Sharing Agreement and this Agreement are a means by which Saskatchewan shall fulfil its obligations under paragraph 10 of the *Natural Resources Transfer Agreement* with respect to the Treaty land entitlement of each Entitlement Band which signs a Band Specific Agreement.
- (b) Canada and Saskatchewan acknowledge that an agreement to be entered into between Canada and Saskatchewan (as set out in Schedule 4) provides for the release and discharge of the obligations of Saskatchewan under paragraph 10 of the *Natural Resources Transfer Agreement* and that Canada and Saskatchewan agree to recommend to the Parliament of Canada and the Legislative Assembly of Saskatchewan, respectively, enactment of statutes ratifying and confirming the agreement.

16.02 RELEASE BY CANADA AND ENTITLEMENT BANDS:

[22] En vertu des droits octroyés aux bandes signataires aux termes de l'accord-cadre, les bandes ont convenu à l'article 15 de libérer le Canada de toutes les revendications en souffrance liées à des droits fonciers issus de traités.

[23] À l'article 16 de l'accord-cadre, le Canada et les bandes signataires libèrent de la même façon la Saskatchewan de ses obligations prévues à l'article 10 de la CTRN de la Saskatchewan, sous réserve, en partie, du respect par la Saskatchewan des modalités de l'accord-cadre. Les dispositions de l'article 16 de l'accord-cadre sont pertinentes en ce qui a trait à la question de la compétence de la Cour fédérale relativement à la revendication de la PNP et sont, par conséquent, reproduites dans leur intégralité. Elles stipulent ce qui suit :

[TRADUCTION]

**CANADA ET BANDES AYANT DROIT À DES
TERRES – FINALITÉ DU RÈGLEMENT
CONCERNANT LA SASKATCHEWAN**

16.01 FINALITÉ–CANADA ET SASKATCHEWAN:

- a) Le Canada, la Saskatchewan et les bandes ayant droit à des terres conviennent que les contributions financières et autres versées par la Saskatchewan conformément à l'accord modifié de partage des coûts et le présent accord constituent un moyen pour la Saskatchewan de remplir ses obligations en vertu du paragraphe 10 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* relativement aux droits fonciers issus de traités de chaque bande ayant droit à des terres qui signe un accord particulier.
- b) Le Canada et la Saskatchewan reconnaissent qu'un accord à conclure entre le Canada et la Saskatchewan (comme il est énoncé à l'annexe 4) libère la Saskatchewan des obligations que lui impose le paragraphe 10 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* et que le Canada et la Saskatchewan conviennent de recommander au Parlement du Canada et à l'Assemblée législative de la Saskatchewan, respectivement, l'adoption de lois ratifiant et confirmant l'accord.

16.02 LIBÉRATION PAR LE CANADA ET LES BANDES AYANT DROIT À DES TERRES :

- (a) Canada and each of the Entitlement Bands hereby agree that, after ratification, execution and delivery of a Band Specific Agreement, as long as Saskatchewan is paying to Canada and the Treaty Land Entitlement (Saskatchewan) Fund the amounts required to be paid by Saskatchewan in respect of each of the said Entitlement Bands in accordance with this Agreement, and Saskatchewan has not failed, in any material way, to comply with its other obligations hereunder:
- (i) the Superintendent General of Indian Affairs shall not request Saskatchewan to set aside any land pursuant to paragraph 10 of the Natural Resources Transfer Agreement to fulfil Canada's obligations under the Treaties in respect of that Entitlement Band; and
 - (ii) the Entitlement Band shall not make any claim whatsoever that Saskatchewan has any obligation to provide land pursuant to paragraph 10 of the Natural Resources Transfer Agreement.
- (b) Notwithstanding subparagraph (a), Canada and each of the Entitlement Bands further agrees to forever release and discharge Saskatchewan, Her heirs, servants, agents and successors from all claims, obligations, promises, undertakings or representations made by Saskatchewan to Canada relating to Saskatchewan's obligations to assist Canada in fulfilling the Treaty land entitlement of such Entitlement Band, or their predecessors in title, pursuant to paragraph 10 of the Natural Resources Transfer Agreement from and after the earlier of:
- (i) the date upon which such Entitlement Band reaches its Shortfall Acres Acquisition Date; or
 - (ii) the date upon which Saskatchewan has paid to Canada all amounts required to be paid by Saskatchewan pursuant to this Agreement in respect of such Entitlement Band. [Emphasis in original.]
- a) Le Canada et chacune des bandes ayant droit à des terres conviennent par les présentes que, lorsqu'elles ratifient et signent un accord particulier, pourvu que la Saskatchewan verse au Canada et au Fonds de règlement des droits fonciers issus des traités en Saskatchewan les montants à payer par la Saskatchewan pour chacune de ces bandes, en vertu du présent accord, et pourvu que la Saskatchewan se conforme pour l'essentiel aux autres obligations que lui impose le présent accord :
- i) le surintendant général des Affaires indiennes ne demandera pas à la Saskatchewan de mettre des terres de côté aux termes du paragraphe 10 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles pour remplir les obligations incombant au Canada en vertu des traités à l'égard de cette bande;
 - ii) la bande ayant droit à des terres ne présentera aucune revendication, de quelque nature que ce soit, selon laquelle la Saskatchewan a l'obligation de fournir des terres en vertu du paragraphe 10 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles.
- b) Nonobstant le sous-alinéa a), le Canada et chacune des bandes ayant droit à des terres conviennent en outre de libérer définitivement la Saskatchewan, ses héritiers, serviteurs, mandataires et successeurs des demandes, obligations, promesses, engagements ou déclarations de la Saskatchewan à l'égard du Canada relativement aux obligations de la Saskatchewan d'aider le Canada à remplir les obligations en souffrance qui lui incombent à l'égard de ces bandes, ou de leurs prédécesseurs en titre, en vertu des droits fonciers issus de traités, aux termes du paragraphe 10 de la Convention sur le transfert des ressources naturelles, à partir de la première des dates suivantes :
- i) la date d'échéance fixée pour l'acquisition de la superficie manquante par la bande ayant droit à des terres;
 - ii) la date à laquelle la Saskatchewan aura payé tous les montants qu'elle doit verser au Canada aux termes du présent accord, pour la bande ayant droit à des terres. [Souligné dans l'original.]

[24] In addition to the legislation mentioned in Article 16, the Framework Agreement also contemplates the

[24] En plus d'envisager l'adoption de lois auxquelles il est fait référence à l'article 16, l'accord-cadre envisage

passage of other legislation aimed at giving effect to certain provisions of the agreement. By virtue of subsection 20.19(a), Saskatchewan agreed to present legislation in its Legislative Assembly on a variety of matters, including the transfer of mineral rights to the Entitlement Bands and the relinquishment of any residual interest in land set apart by Canada as an Entitlement Reserve. Pursuant to subsection 20.19(b), Canada agreed to present legislation in Parliament pertaining to matters including varying common-law riparian rights and the creation of a Special Purpose Account to administer the Treaty Land Entitlement Fund in which Saskatchewan's payments under the Framework Agreement are to be collected (referred to as the "Treaty Land Entitlement (Saskatchewan) Fund").

[25] The Framework Agreement provides that certain types of disputes arising under it are to be referred to arbitration (Article 19) and that all other disputes are to be referred to the Federal Court, under section 20.20, cited above. It is common ground between Saskatchewan and the PFN that the subject matter of the PFN's claim against both Saskatchewan and Canada is not referable to arbitration.

[26] Finally, of note, section 21.01 of the Framework Agreement provides that Canada, Saskatchewan and the signatory Bands "will, in good faith, employ their best efforts to fulfil the terms of [the Framework Agreement] according to its true spirit and intent and that they will negotiate in good faith any further [...] agreements that are required in order to do so."

[27] In material respects, the PFN Settlement Agreement is identical to the Framework Agreement, save that it was negotiated and signed by the PFN, Saskatchewan and Canada several years after the Framework Agreement was concluded. Due to its later conclusion, the PFN Settlement Agreement makes reference to the federal *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act*, S.C. 2002, c. 3 and provides in section 20.24 that that Act applies to the PFN Settlement Agreement and its implementation.

l'adoption d'autres lois visant à donner effet à certaines dispositions de l'accord. En vertu de l'alinéa 20.19a), la Saskatchewan accepte de présenter à son assemblée législative certaines mesures législatives portant sur une variété de sujets, y compris le transfert des droits miniers aux bandes ayant droit à des terres et la renonciation à tout intérêt résiduel à l'égard de terres mises de côté par le Canada à titre de nouvelle réserve. En vertu de l'alinéa 20.19b), le Canada accepte de présenter au Parlement certaines mesures législatives portant sur différents sujets, y compris les différents droits des riverains reconnus en droit et la création d'un compte spécial pour administrer le Fonds de règlement des droits fonciers issus de traités, dans lequel doivent être versées les sommes payées par la Saskatchewan en vertu de l'accord-cadre.

[25] L'accord-cadre prévoit que certains types de différends découlant de l'accord doivent être renvoyés à l'arbitrage (article 19) et que tous les autres différends doivent être renvoyés à la Cour fédérale, en vertu de l'article 20.20 cité plus haut. La Saskatchewan et la PNP s'entendent pour dire que l'objet de la revendication de la PNP contre la Saskatchewan et le Canada ne peut être renvoyé à l'arbitrage.

[26] Enfin, faut-il le souligner, l'article 21.01 de l'accord-cadre prévoit que le Canada, la Saskatchewan et les bandes signataires [TRADUCTION] « vont, de bonne foi, faire tous les efforts possibles pour satisfaire aux conditions de l'accord-cadre selon l'esprit et l'intention de l'accord, et qu'ils négocieront de bonne foi tout autre accord qui serait ainsi nécessaire ».

[27] En ce qui concerne les points importants, l'accord de règlement avec la PNP est identique à l'accord-cadre, sauf qu'il a été négocié et signé par la PNP, la Saskatchewan et le Canada plusieurs années après la conclusion de l'accord-cadre. Parce qu'il a été conclu plus tard, l'accord de règlement avec la PNP fait référence à la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)*, L.C. 2002, ch. 3, et prévoit à l'article 20.24 que cette loi s'applique à l'accord de règlement avec la PNP et à sa mise en œuvre.

III. The Legislation Passed to Give Effect to the Framework and PFN Settlement Agreements

[28] Both Saskatchewan and Canada passed legislation further to the Agreements.

A. *Federal Legislation*

- (1) The *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act*, S.C. 1993, c. 11

[29] The *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act*, S.C. 1993, c. 11 makes provision for a bi-partite agreement between Canada and Saskatchewan to amend the Saskatchewan NRTA and also references the Framework Agreement and the subsequent Band Specific Agreements (like the PFN Settlement Agreement) that the Framework Agreement contemplates.

[30] In terms of the amendment of the Saskatchewan NRTA, the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* [S.C. 1993, c. 11] provides in section 3 that:

Confirmation of NRTA Amendment Agreement

3 (1) The NRTA Amendment Agreement is hereby confirmed and shall take effect according to its terms.

Confirmation of other agreements

(2) If, either before or after the coming into force of this subsection,

(a) an agreement is entered into with an Indian band of Saskatchewan in settlement of a treaty land entitlement claim on the same or substantially the same basis as the Framework Agreement, and

(b) in connection with the agreement referred to in paragraph (a), the Government of Canada and the Government of Saskatchewan enter into an agreement in the same or substantially the same form as the NRTA Amendment Agreement,

the agreement between the Government of Canada and the Government of Saskatchewan referred to in paragraph (b) is hereby confirmed and shall take effect according to its terms.

III. Lois adoptées pour rendre exécutoires l'accord-cadre et l'accord de règlement avec la PNP

[28] La Saskatchewan et le Canada ont adopté des lois à la suite de la conclusion de ces accords.

A. *Lois fédérales*

- 1) La *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan*, L.C. 1993, ch. 11

[29] La *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan*, L.C. 1993, ch. 11, prévoit un accord bipartite entre le Canada et la Saskatchewan en vue de modifier la CTRN de la Saskatchewan et fait également référence à l'accord-cadre et aux accords subséquents conclus avec des bandes indiennes (comme l'accord de règlement avec la PNP) qu'envisage l'accord-cadre.

[30] En ce qui concerne la modification de la CTRN de la Saskatchewan, la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* prescrit à l'article 3 que :

Confirmation

3 (1) L'accord modifiant la CTRN est confirmé et prend effet conformément à sa teneur.

Confirmation — autres accords

(2) Est confirmé et prend effet conformément à sa teneur l'accord conclu — avant ou après l'entrée en vigueur du présent article — entre le gouvernement du Canada et celui de la Saskatchewan relativement à un accord conclu avec une bande indienne de cette province en règlement d'une revendication fondée sur des droits fonciers issus de traités, si les conditions suivantes sont remplies :

a) l'accord conclu avec la bande indienne est semblable ou identique à l'accord-cadre;

b) l'accord conclu par ces gouvernements est semblable ou identique à l'accord modifiant la CTRN.

[31] The “NRTA Amendment Agreement” is defined in section 2 of the federal legislation as meaning “the agreement to vary the [NRTA] entered into between the Government of Canada and the Government of Saskatchewan and set out in Schedule I.”

[32] Schedule I to the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* sets out the entire NRTA Amendment Agreement. In its introductory clauses, the NRTA Amendment Agreement recognizes the outstanding treaty land obligations owed to several Saskatchewan First Nations, notes Saskatchewan’s obligations in respect of them as set out in paragraph 10 of the Saskatchewan NRTA and references the conclusion of the Framework Agreement, its provision for subsequent similar agreements and their provision for release of Saskatchewan from its obligations under paragraph 10 of the Saskatchewan NRTA. The release language is incorporated into sections 2 and 3 of the NRTA Amendment Agreement, which provide in relevant part as follows:

- 2 Canada hereby agrees that the Superintendent General of Indian Affairs shall not request Saskatchewan to set aside any land pursuant to paragraph 10 of the *Natural Resources Transfer Agreement* to fulfil Canada’s obligations under the treaties in respect of any Entitlement Band..., that ratifies, executes and delivers a Band Specific Agreement (or in respect of the past, present and future members of such Indian Bands), as long as Saskatchewan is paying to Canada and the Treaty Land Entitlement (Saskatchewan) Fund the amounts required to be paid by Saskatchewan in respect of each of the said Entitlement Bands in accordance with the Framework Agreement and Saskatchewan has not failed, in any material way, to comply with its other obligations thereunder....
- 3 Notwithstanding section 2 hereof, Canada further agrees that it will forever release and discharge Saskatchewan from all of its obligations pursuant to paragraph 10 of the *Natural Resources Transfer Agreement* in respect of each Entitlement Band... that has entered into a Band Specific Agreement;
 - (a) in the case of any Entitlement Band, from and after the earlier of:

[31] L’« accord modifiant la CTRN » est défini à l’article 2 de la loi fédérale comme « [l]’accord conclu entre le gouvernement du Canada et celui de la Saskatchewan, modifiant la Convention sur le transfert des ressources naturelles (CTRN), et dont le texte figure à l’annexe I ».

[32] L’annexe I de la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* présente l’ensemble de la Convention sur le transfert des ressources naturelles. En introduction, l’accord modifiant la CTRN reconnaît les obligations en souffrance en matière de droits fonciers issus de traités à l’égard de plusieurs Premières Nations de la Saskatchewan, souligne les obligations incombant à la Saskatchewan aux termes du paragraphe 10 de la CTRN de la Saskatchewan et fait référence à la conclusion de l’accord-cadre, aux dispositions qu’il prévoit concernant des accords similaires subséquents et aux dispositions prévues pour libérer la Saskatchewan de ses obligations en vertu du paragraphe 10 de la CTRN de la Saskatchewan. La terminologie relative à la libération est intégrée dans les articles 2 et 3 de la CTRN, qui stipule dans les articles pertinents :

- 2 Le Canada convient que le surintendant général des Affaires indiennes ne demandera pas à la Saskatchewan de mettre des terres de côté aux termes du paragraphe 10 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* pour remplir les obligations incombant au Canada en vertu des traités à l’égard [...] des bandes ayant droit à des terres [...], lorsqu’elles ratifient et signent un accord particulier (ou à l’égard des membres passés, actuels et futurs de ces bandes), pourvu que la Saskatchewan verse au Canada et au Fonds de règlement des droits fonciers issus des traités en Saskatchewan les montants à payer par celle-ci pour chacune de ces bandes, en vertu de l’accord-cadre, et pourvu que la Saskatchewan se conforme pour l’essentiel aux autres obligations que lui impose [...] cet accord [...].
- 3 Malgré l’article 2, le Canada convient en outre de libérer définitivement la Saskatchewan de toutes les obligations que lui impose le paragraphe 10 de la *Convention sur le transfert des ressources naturelles* à l’égard de chacune des bandes ayant droit à des terres [...] lorsqu’elles concluent un accord particulier :
 - a) dans le cas de l’une ou l’autre des bandes ayant droit à des terres, à partir de la première des dates suivantes :

- | | |
|--|---|
| <p>(i) the date upon which such Entitlement Band reaches its Shortfall Acres Acquisition Date; or</p> <p>(ii) the date upon which Saskatchewan has paid all amounts required to be paid by Saskatchewan to Canada and the Treaty Land Entitlement (Saskatchewan) Fund pursuant to the Framework Agreement in respect of such Entitlement Band.</p> | <p>(i) la date à laquelle la superficie manquante de la bande sera acquise,</p> <p>(ii) la date à laquelle la Saskatchewan aura payé tous les montants qu'elle doit verser au Canada et au Fonds de règlement des droits fonciers issus des traités en Saskatchewan, en vertu de l'accord-cadre, pour la bande.</p> |
|--|---|

[33] It is common ground between the parties that Saskatchewan and Canada signed a Memorandum of Agreement in the same or substantially the same form as the NRTA Amendment Agreement further to the execution of the PFN Settlement Agreement to release Saskatchewan from its obligations under the NRTA in respect of the PFN. Such agreement falls within the purview of paragraph 3(2)(b) of the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act*.

[33] Les parties s'entendent pour dire que la Saskatchewan et le Canada ont signé un protocole d'entente identique ou sensiblement identique à l'accord modifiant la CTRN à la suite de la signature de l'accord de règlement avec la PNP, afin de libérer la Saskatchewan de ses obligations aux termes de la CTRN à l'égard de la PNP. Ce protocole d'entente relève de l'alinéa 3(2)b) de la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan*.

[34] Section 4 of the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* provides for the creation of the Treaty Land Entitlement (Saskatchewan) Fund, referred to in subparagraph 20.19(b)(iv) of the Framework Agreement, and for the transfer to the Fund of the monies payable by Saskatchewan and Canada under the Framework Agreement and subsequent settlement agreements, like the PFN Settlement Agreement.

[34] L'article 4 de statuer la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* prévoit la création du Fonds de règlement des droits fonciers issus de traités en Saskatchewan, auquel fait référence le sous-alinéa 20.19b)(iv) de l'accord-cadre, et le transfert au Fonds des sommes payables par la Saskatchewan et le Canada en vertu de l'accord-cadre et des accords de règlement subséquents, comme l'accord de règlement avec la PNP.

[35] Section 7 of the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* specifically confirms the sections in the Framework Agreement which amend the common law as it applies to riparian rights. The Act states that the relevant sections of the Framework Agreement "are hereby confirmed." They are also incorporated into Schedule II of the legislation.

[35] L'article 7 de la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* confirme précisément les articles de l'accord-cadre qui modifient la common law en ce qui concerne les droits des riverains. La Loi dispose que les articles pertinents de l'accord-cadre « sont confirmés ». Ils sont également intégrés dans l'annexe II de la loi.

(2) *The Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act*, S.C. 2002, c. 3

2) *La Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)*, L.C. 2002, ch. 3

[36] The federal *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act* applies to the PFN Settlement Agreement by virtue of paragraph 3(b) of the Act, which provides for its application to any settlement agreement that provides that it is subject to the Act. (As

[36] La *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)* s'applique à l'accord de règlement avec la PNP en vertu de l'alinéa 3b) de la Loi, qui prévoit son application à tout accord de règlement contenant

noted, the PFN Settlement Agreement contains such a provision in section 20.24.)

[37] The *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act* details the process by which lands surrendered to Canada under the Framework Agreement or subsequent settlement agreements are to be set apart as reserves under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. Of note, section 6 provides that an interest in lands identified by an Entitlement Band, but not yet set apart as a reserve, may be conditionally surrendered to the Crown for transfer to a third party. Subsection 6(5) further provides that such prospective surrenders are deemed to have been made under the *Indian Act*.

[38] Section 7 of the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act* allows Canada to grant third parties conditional interests in the lands to be set apart as reserve lands. Pursuant to subsection 7(3) of the Act, such conditional interests are deemed to have been granted under the *Indian Act*.

B. Saskatchewan Legislation

[39] *The Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement (Treaty Land Entitlement) Act*, S.S. 1993, c. S-31.1 annexes the NRTA Amendment Agreement and provides in section 2 that this agreement “is to take effect according to its terms.”

[40] *The Treaty Land Entitlement Implementation Act*, S.S. 1993, c. T-20.1 provides that Saskatchewan shall not retain any residual interest (pertaining to minerals, waterways or land forming the bed of a waterway) in lands set apart as reserve land pursuant to the Framework Agreement or any subsequent Band Specific Agreements, except where Saskatchewan specifically retains such an interest or where Canada expressly acknowledges such a reservation.

une disposition qui stipule qu’il est assujéti à la Loi. (Comme on l’a souligné, l’accord de règlement avec la PNP contient une telle disposition à l’article 20.24.)

[37] La *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)* explique en détail le processus par lequel les terres cédées au Canada en vertu de l’accord-cadre ou d’accords de règlement subséquents doivent être mises de côté à titre de réserve aux termes de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Il faut le souligner, l’article 6 prévoit que tout intérêt sur des terres désignées par une bande ayant droit à des terres, mais qui n’ont pas encore été mises de côté à titre de réserve, peut, à certaines conditions, être cédé à la Couronne pour être transféré à un tiers. Le paragraphe 6(5) dispose en outre que tout droit ou intérêt désigné par voie de cession est réputé l’avoir été en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

[38] L’article 7 de la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)* autorise le Canada à octroyer à un tiers un intérêt conditionnel sur les terres qui doivent être mises de côté à titre de réserve. En vertu du paragraphe 7(3) de la Loi, l’intérêt conditionnel octroyé est réputé l’avoir été en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

B. Lois de la Saskatchewan

[39] La *Saskatchewan Natural Resources Transfer Agreement (Treaty Land Entitlement) Act*, S.S. 1993, ch. S-31.1 contient en annexe l’accord modifiant la CTRN et dispose à l’article 2 que cet accord [TRADUCTION] « prend effet suivant ses dispositions ».

[40] La *Treaty Land Entitlement Implementation Act*, S.S. 1993, ch. T-20.1 dispose que la Saskatchewan ne doit conserver aucun intérêt résiduel (relativement aux minéraux, aux cours d’eau ou aux terres formant le lit d’un cours d’eau) sur les terres mises de côté à titre de réserve en vertu de l’accord-cadre ou de tout accord particulier à une bande subséquent, sauf lorsque la Saskatchewan conserve spécifiquement un tel intérêt ou lorsque le Canada reconnaît expressément la conservation de cet intérêt.

C. *Orders in Council*

[41] In addition to the foregoing legislation, Orders in Council were adopted by the Governor General in Council and by the Lieutenant Governor in Council to authorize the federal and Saskatchewan representatives to sign the Framework Agreement and the NRTA Amendment Agreement (P.C. 1992-1400, June 26, 1992, Weekly Listing of Federal Cabinet Orders in Council, Vol. 13, No. 19; Saskatchewan Order in Council O.C. 797/92, September 9, 1992), as well as the PFN Settlement Agreement and the Memorandum of Agreement concluded between Canada and Saskatchewan attached to the PFN Settlement Agreement (P.C. 2008-1665, September 13, 2008, Weekly Listing of Federal Cabinet Orders in Council, Vol. 29, No. 37; Saskatchewan Order in Council O.C. 406/2008, June 19, 2008).

IV. The Statement of Claim

[42] As noted, the PFN advances two distinct types of claims in its statement of claim: allegations that Canada and Saskatchewan have breached their obligations under or in connection with the PFN Settlement Agreement and allegations that Saskatchewan and Canada breached their constitutional and other obligations to consult with the PFN when Saskatchewan granted a subsurface mineral lease to a third party in connection with the Legacy Mining Project.

[43] The latter claim is detailed in paragraphs 41 to 56 of the statement of claim. In this section, the PFN pleads that the subsurface mineral lease in question was granted in September 2010 (which pre-dates any of the PFN's requests under the PFN Settlement Agreement to purchase provincial Crown lands). In this section of the statement of claim, the PFN further pleads that before the mineral lease was granted, Saskatchewan and Canada ought to have consulted with the PFN, in accordance with their constitutional and other obligations. However, the PFN makes no allegation in this portion of the statement of claim that the alleged failure to consult violated the PFN Settlement Agreement.

C. *Décrets*

[41] En plus des lois qui précèdent, des décrets ont été adoptés par le gouverneur général en conseil et par le lieutenant-gouverneur en conseil afin d'autoriser les représentants du gouvernement fédéral et du gouvernement de la Saskatchewan à signer l'accord-cadre et l'accord modifiant la CTRN (C.P. 1992-1400, 26 juin 1992, Weekly Listing of Federal Cabinet Orders in Council (liste hebdomadaire des décrets du Cabinet fédéral), vol. 13, n° 19; décret du Conseil de la Saskatchewan 797/92, 9 septembre 1992), de même que l'accord de règlement avec la PNP et le protocole d'entente conclu par le Canada et la Saskatchewan joint à l'accord de règlement avec la PNP (C.P. 2008-1665, 13 septembre 2008, Weekly Listing of Federal Cabinet Orders in Council (liste hebdomadaire des décrets du Cabinet fédéral), vol. 29, n° 37; décret du Conseil de la Saskatchewan 406/2008, 19 juin 2008).

IV. La déclaration

[42] Comme on l'a souligné, la PNP présente deux types distincts de revendications dans sa déclaration : elle allègue que le Canada et la Saskatchewan ont manqué à leurs obligations en vertu de l'accord de règlement avec la PNP ou en lien avec cet accord, et elle allègue également que la Saskatchewan et le Canada ont manqué à leurs obligations constitutionnelles et autres de consulter la PNP lorsque la Saskatchewan a octroyé un bail de droits miniers souterrains à un tiers en lien avec le projet minier Legacy.

[43] Cette dernière revendication est expliquée en détail aux paragraphes 41 à 56 de la déclaration. Dans cette section, la PNP avance que le bail de droits miniers souterrains en question a été octroyé en septembre 2010 (il est donc antérieur à l'une ou l'autre des requêtes présentées par la PNP pour acheter des terres de la Couronne provinciale, aux termes de l'accord de règlement avec la PNP). Dans cette section de sa déclaration, la PNP allègue en outre qu'avant d'octroyer le bail de droits miniers, la Saskatchewan et le Canada auraient dû consulter la PNP, conformément à leurs obligations constitutionnelles et autres. Cependant, la PNP ne dit pas dans cette portion de sa déclaration que l'omission

[44] In the balance of the statement of claim, after setting out the background to the Agreements, the PFN asserts that Saskatchewan and Canada breached their obligations under or in connection with the PFN Settlement Agreement, principally by refusing on multiple occasions to make provincial Crown lands available for sale to the PFN. More specifically, the PFN pleads that it made several requests to Saskatchewan to set aside provincial Crown lands for its benefit under the PFN Settlement Agreement and that Saskatchewan refused the requests, claiming that the requested lands had been sold, were subject to pre-existing mineral leases or had been designated as wildlife habitat. The PFN asserts that, despite this, the lands in question ought to have been transferred to it under the PFN Settlement Agreement. It also asserts that by reason of these actions it was forced to purchase lands from third parties and was unfairly and in a discriminatory fashion required to bear sole responsibility for clearing the third party interests from the lands purchased.

[45] In its prayer for relief, the PFN claims several declarations, damages, interest and costs. In many instances, its claims in respect of the alleged breach of the PFN Settlement Agreement are interwoven with claims based on the alleged failure to consult in breach of fiduciary, common law or constitutional obligations that the PFN alleges are owed to it by Saskatchewan and Canada.

V. Jurisdiction of the Federal Court over the PFN's Claim

[46] Having set out the relevant background, we turn now to consider whether the Federal Court erred in deciding that it possesses jurisdiction to adjudicate the PFN's action against Saskatchewan. This is a pure question of law and thus the Federal Court's order is reviewable on the standard of correctness: *Canadian Forest Products Ltd. v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 220 (*sub nom. Stoney Band v. Canada (Minister of*

alléguée de consulter constituait une infraction à l'accord de règlement avec la PNP.

[44] Dans le reste de sa déclaration, après avoir décrit le contexte entourant les accords, la PNP affirme que la Saskatchewan et le Canada ont manqué à leurs obligations en vertu de l'accord de règlement avec la PNP ou en lien avec cet accord, principalement en refusant à maintes occasions de rendre les terres de la Couronne provinciale disponibles pour la vente à la PNP. Plus précisément, la PNP allègue avoir présenté plusieurs demandes à la Saskatchewan afin qu'elle mette de côté des terres de la Couronne provinciale à son profit, aux termes de l'accord de règlement avec la PNP, et que la Saskatchewan a rejeté ces demandes, affirmant que les terres demandées avaient été vendues, faisaient l'objet de droits miniers préexistants ou avaient été désignées comme habitat de la faune. La PNP affirme que, malgré cela, les terres en question auraient dû lui être transférées en vertu de l'accord de règlement avec la PNP. Elle affirme aussi qu'en raison de ces refus, elle a été forcée d'acheter des terres de tiers et a dû, de manière injuste et discriminatoire, assumer seule la responsabilité de régler la question des intérêts des tiers sur les terres achetées.

[45] Dans sa demande de redressement, la PNP sollicite plusieurs déclarations, dommages, intérêts et frais. À de nombreuses occasions, ses revendications relativement au manquement allégué à l'accord de règlement avec la PNP sont mêlées à des revendications fondées sur l'omission alléguée de consulter, en violation d'obligations fiduciaires, constitutionnelles ou de la common law que la Saskatchewan et le Canada auraient, selon elle, à son endroit.

V. Compétence de la Cour fédérale à l'égard de la revendication de la PNP

[46] Ayant établi le contexte pertinent, nous allons maintenant examiner si la Cour fédérale a commis une erreur en décidant qu'elle avait compétence pour juger l'action intentée par la PNP contre la Saskatchewan. Il s'agit d'une pure question de droit et, donc, la norme de contrôle applicable à l'examen de l'ordonnance de la Cour fédérale est celle de la décision correcte : *Produits forestiers du Canada ltée c. Canada (Procureur général)*,

Indian Affairs and Northern Development), [2006] 1 F.C.R. 570), at paragraph 21; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8; *Trainor Surveys (1974) Ltd. v. New Brunswick*, [1990] 2 F.C. 168 (T.D.), at paragraph 10.

[47] Assessment of whether the Federal Court was correct in assuming jurisdiction to adjudicate the PFN's action against Saskatchewan involves consideration of two interrelated issues: first, whether Saskatchewan can claim to be immune from suit before the Federal Court by virtue of Crown immunity and, second, whether the Federal Court has subject-matter jurisdiction over the claims made against Saskatchewan in this action as the Federal Court must possess both jurisdiction over the parties and subject-matter jurisdiction for a suit to proceed before it: *Toney v. Canada*, 2013 FCA 217, [2015] 1 F.C.R. 184 (*Toney*), at paragraph 10. The issues raised by Saskatchewan's motion are therefore more complex than the Federal Court appreciated in its brief speaking order.

A. Crown Immunity

[48] Turning, first, to the issue of Crown immunity, the starting point for the discussion is the recognition that, at common law, the Crown was immune from suit before any court: Peter Hogg, Patrick Monahan and Wade K. Wright, *Liability of the Crown*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 2011), at page 485.

[49] This common law rule has been abrogated by statute in Canada. Provincial legislation expressly provides that the Crown in right of each province may be sued before the courts of that province, and the FCA and the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (CLPA) expressly make the Crown in right of Canada amenable to suit before either the Federal Court or the superior court of the province where a cause of action arises, except where the Federal Court has exclusive jurisdiction over the claim (CLPA, section 21; FCA, section 17). However, none of these statutes makes the

2005 CAF 220 (*sub nom. Bande de Stoney c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2006] 1 R.C.F. 570), au paragraphe 21; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8; *Trainor Surveys (1974) Ltd. c. Nouveau-Brunswick*, [1990] 2 C.F. 168 (1^{re} inst.), au paragraphe 10.

[47] Pour déterminer si la Cour fédérale avait raison de présumer qu'elle avait compétence pour juger l'action intentée par la PNP contre la Saskatchewan, il faut prendre en considération deux questions interreliées : d'abord, la Saskatchewan peut-elle prétendre bénéficier de l'immunité à l'égard de poursuites devant la Cour fédérale en vertu de l'immunité accordée à la Couronne et, deuxièmement, la Cour fédérale a-t-elle compétence sur l'objet du litige à l'égard des revendications contre la Saskatchewan dans cette action, puisque la Cour fédérale doit avoir compétence sur les parties et compétence sur l'objet du litige pour pouvoir procéder à l'instruction d'une poursuite : *Toney c. Canada*, 2013 CAF 217, [2015] 1 R.C.F. 184 (*Toney*), au paragraphe 10? Les questions soulevées par la requête de la Saskatchewan sont par conséquent plus complexes que ce qu'en a dit la Cour fédérale dans sa brève ordonnance verbale.

A. Immunité de la Couronne

[48] Concernant d'abord la question de l'immunité de la Couronne, le point de départ de la discussion est la reconnaissance qu'en common law, la Couronne bénéficie de l'immunité à l'égard de poursuites devant tout tribunal : Peter Hogg, Patrick Monahan et Wade K. Wright, *Liability of the Crown*, 4^e éd. (Toronto : Carswell, 2011), à la page 485.

[49] Cette règle de common law a été abolie par des législateurs fédéraux et provinciaux canadiens. La législation provinciale prévoit expressément que la Couronne du chef de chaque province peut être poursuivie devant les tribunaux de cette province, alors que la LCF et la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (LRCECA) disposent expressément que la Couronne du chef du Canada peut faire l'objet de poursuites devant la Cour fédérale ou la cour supérieure de la province dans laquelle survient la cause d'action, sauf lorsque la Cour fédérale a

Crown in right of a province amenable to suit before the Federal Court (or, for that matter, before the courts of another province).

[50] As Saskatchewan correctly notes, several cases have held that, in light of this, the provincial Crown may not be sued in the Federal Court due, in part, to the principle of Crown immunity. More specifically, this Court and the Federal Court have held that subsections 17(1) and (2) of the FCA, which provide for suits against the Crown in the Federal Court, do not apply to the provincial Crown, because the “Crown” is defined in section 2 of the FCA as meaning “Her Majesty in Right of Canada”: *Vollant v. Canada*, 2009 FCA 185, 393 N.R. 183, at paragraph 5; *Shade v. Canada*, 2001 FCT 1067 [*sub nom. Kainaiwa/Blood Tribe v. Canada*], 211 F.T.R. 288, at paragraphs 15–21 and 26; *Greeley v. Tami Joan (The)* (1996), 113 F.T.R. 66 (*Greeley*), at paragraph 18; *Saugeen Band of Indians v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1992] 3 F.C. 576 (T.D.) at pages 585, 586, 594 and 595; *Varnam v. Canada (Minister of National Health & Welfare)*, [1988] 2 F.C. 454 (C.A.), at page 462; *R. in Right of Canada v. Chief William Joe et al.*, [1984] 1 C.N.L.R. 96, (1983), 49 N.R. 198 (F.C.A.), at paragraph 4, *affd* [1986] 2 S.C.R. 145; *Lubicon Lake Band (The) v. R.*, [1981] 2 F.C. 317 (T.D.), at page 323; *Union Oil Co. of Canada Ltd. v. The Queen*, [1974] 2 F.C. 452 (T.D.), at page 459, *affd* [1976] 1 F.C. 74 (C.A.).

[51] In a similar fashion, section 19 of the FCA has been held to be insufficient to render the Crown in right of a province amenable to suit before the Federal Court at the instance of a third party, even in circumstances where Canada is a co-defendant and might advance a claim against the province: *Toney*, at paragraph 24; *Fairford Band v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 F.C. 165 (T.D.), at page 171. (Section 19 of the FCA allows for actions before the Federal Court between a province and Canada or between provinces when a

compétence exclusive sur la demande (LRCECA, article 21; LCF, article 17). Cependant, aucune de ces lois ne dit que la Couronne du chef d’une province peut faire l’objet de poursuites devant la Cour fédérale (ou, d’ailleurs, devant les tribunaux d’une autre province).

[50] Comme la Saskatchewan le souligne à juste titre, on a conclu dans plusieurs décisions, qu’à la lumière de ce qui précède, la Couronne provinciale ne peut être poursuivie devant la Cour fédérale en raison, en partie, du principe de l’immunité de la Couronne. Plus précisément, la Cour et la Cour fédérale ont conclu que les alinéas 17(1) et (2) de la LCF, qui prévoient la possibilité de poursuites contre la Couronne devant la Cour fédérale, ne s’appliquent pas à la Couronne provinciale, parce que le terme « Couronne » est défini à l’article 2 de la LCF comme étant « Sa Majesté du chef du Canada » : *Vollant c. Canada*, 2009 CAF 185, au paragraphe 5; *Shade c. Canada*, 2001 CFPI 1067 [*sub nom. Tribu de Kainaiwa-Blood c. Canada*], [2001] A.C.F. n° 1502 (QL), aux paragraphes 15 à 21 et 26; *Greeley c. Tami Joan (Le)*, [1996] A.C.F. n° 739 (1^{re} inst.) (QL) (*Greeley*), au paragraphe 18; *Bande indienne de Saugeen c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1992] 3 C.F. 576 (1^{re} inst.), aux pages 585, 586, 594 et 595; *Varnam c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1988] 2 C.F. 454 (C.A.), à la page 462; *R. du chef du Canada c. Chef William Joe et al.*, [1984] 1 C.N.L.R. 96, (1983), 49 N.R. 198 (C.A.F.), au paragraphe 4, *conf. par* [1986] 2 R.C.S. 145; *Bande indienne de Lubicon Lake (La) c. R.*, [1981] 2 C.F. 317 (1^{re} inst.), à la page 323; *Union Oil Co. of Canada Ltd. c. La Reine*, [1974] 2 C.F. 452 (1^{re} inst.), à la page 459, *conf. par* [1976] 1 C.F. 74 (C.A.).

[51] De manière semblable, l’article 19 de la LCF a été considéré comme insuffisant pour statuer sur le fait que la Couronne du chef d’une province peut être poursuivie devant la Cour fédérale à l’instance d’un tiers, même dans les cas où le Canada est le codéfendeur et pourrait présenter une réclamation contre la province : *arrêt Toney*, au paragraphe 24; décision *Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 C.F. 165 (1^{re} inst.), à la page 171. (L’article 19 de la LCF autorise les actions devant la Cour fédérale entre une

province has passed legislation affording the Federal Court jurisdiction to adjudicate such claims.)

[52] Saskatchewan argues that the foregoing principles and authorities are equally applicable in the present case and that it therefore cannot be named by the PFN in its action before the Federal Court. We disagree as there is an important difference between this case and the cases relied on by Saskatchewan. In this case, unlike those cited by Saskatchewan, there are two agreements—the Framework Agreement and PFN Settlement Agreement—in which Saskatchewan agreed that claims to interpret and enforce the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement will be advanced in the Federal Court.

[53] More specifically, as already noted, Saskatchewan agreed in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement that “any matter, including a question of interpretation of any term, covenant, condition or provision” of the PFN Settlement Agreement and all matters relating to the enforcement of the agreement “shall be within the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada”. This provision must be interpreted as an agreement by Saskatchewan to attorn to the jurisdiction of the Federal Court.

[54] Issues similar to these were canvassed by the Supreme Court of Canada in *Bank of Montreal v. Attorney General (Quebec)*, [1979] 1 S.C.R. 565 (*Bank of Montreal v. Quebec*), where the Supreme Court held that the Crown is bound by the contracts it concludes and that the rights and prerogatives of the Crown cannot be invoked to limit or alter the terms of a contract that is binding on the Crown (see pages 573–575).

[55] In the *Bank of Montreal v. Quebec* case, the Province of Quebec opened a bank account at the Bank of Montreal and sought to claim from the bank the

province et le Canada ou entre les provinces, lorsqu’une province a adopté une loi accordant à la Cour fédérale compétence pour juger de telles actions.)

[52] La Saskatchewan allègue que les principes et la jurisprudence qui précèdent s’appliquent également dans le cas présent et qu’elle ne peut par conséquent être désignée par la PNP comme partie à cette action intentée devant la Cour fédérale. Nous ne sommes pas d’accord, car il y a une différence importante entre la présente cause et les causes sur lesquelles s’appuie la Saskatchewan. En l’espèce, contrairement à celles citées par la Saskatchewan, il existe deux accords — l’accord-cadre et l’accord de règlement avec la PNP — en vertu desquels la Saskatchewan s’est dite d’accord pour que les demandes visant l’interprétation et l’exécution de l’accord-cadre et de l’accord de règlement avec la PNP soient présentées devant la Cour fédérale.

[53] Plus précisément, comme il a déjà été souligné, la Saskatchewan a convenu à l’article 20.19 de l’accord de règlement avec la PNP que [TRADUCTION] « tout différend entre les parties, notamment sur une question d’interprétation d’un terme, d’un engagement, d’une condition ou d’une disposition » de l’accord de règlement avec la PNP et que toutes les questions liées à l’exécution de l’accord [TRADUCTION] « relèvent de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada ». Cette disposition doit être interprétée comme un accord donné par la Saskatchewan d’acquiescer à la compétence de la Cour fédérale.

[54] Des questions semblables à celles-ci ont été abordées par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Banque de Montréal c. Procureur général (Québec)*, [1979] 1 R.C.S. 565 (*Banque de Montréal c. Québec*), où la Cour suprême a conclu que la Couronne est liée aux contrats qu’elle signe et que les droits et prérogatives de la Couronne ne peuvent être invoqués pour limiter ou modifier les modalités d’un contrat auquel elle est liée (voir pages 573 à 575).

[55] Dans l’arrêt *Banque de Montréal c. Québec*, la province de Québec a ouvert un compte à la Banque de Montréal et a intenté une action contre cette dernière

amount of a cheque on which an endorsement had been forged that the forger caused to be debited from the province's account. The province learned of the existence of the forgery three and a half years before it gave the bank notice of it. The bank refused to reimburse the province, relying on provisions in the *Bills of Exchange Act*, R.S.C. 1970, c. B-5, which provided for a one-year period during which notice of the forgery must be given to a bank for the victim of the forgery to be able to recover the loss from the bank. Quebec argued that it was immune from the relevant provisions of the *Bills of Exchange Act* as the federal legislation did not provide that it was applicable to the Crown in right of a province.

[56] The Supreme Court disagreed and found that the relevant provisions in the *Bills of Exchange Act* are implied into every contract between a bank and an account holder. The Court determined that by opening a bank account Quebec was bound by the provisions of the *Bills of Exchange Act* and could not invoke the principle of Crown immunity to avoid application of the express and implied terms of its contract with the Bank of Montreal. In result, Quebec's action against the Bank was dismissed by reason of its non-compliance with the notice provisions in the *Bills of Exchange Act*.

[57] In a similar fashion, in this case, Saskatchewan is bound by section 20.19 of the PFN Settlement Agreement, which is a far clearer case of a contractual provision that operates to prevent Saskatchewan from invoking the principle of Crown immunity.

[58] The only way to interpret section 20.19 of the PFN Settlement Agreement is to find that it means what it unambiguously says, namely, that all claims for interpretation and enforcement of the PFN Settlement Agreement are to be brought before the Federal Court.

[59] Despite the clear wording of this provision, Saskatchewan argues that the section should be read as

pour réclamer le montant d'un chèque dont l'endossement a été forgé et qui a été débité par la banque au compte de la province. La province a appris l'existence du faux trois ans et demi avant d'en donner avis à la banque. La banque a refusé de rembourser la province, en se fondant sur les dispositions de la *Loi sur les lettres de change*, S.R.C. 1970, ch. B-5, qui disposent qu'à défaut de donner avis d'un faux endossement à la banque dans l'année, la victime du faux ne peut récupérer la somme perdue auprès de la banque. La province du Québec affirmait qu'elle n'était pas liée par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les lettres de change*, puisque la loi fédérale ne dit pas qu'elle s'applique à la Couronne du chef d'une province.

[56] La Cour suprême a rejeté cette thèse et a conclu que les dispositions pertinentes de la *Loi sur les lettres de change* sont sous-entendues dans chaque contrat entre une banque et un titulaire de compte. La Cour a déterminé qu'en ouvrant un compte de banque, la province du Québec était liée par les dispositions de la *Loi sur les lettres de change* et qu'elle ne pouvait invoquer le principe de l'immunité de la Couronne pour se soustraire à l'application des modalités expresses et implicites de son contrat avec la Banque de Montréal. Par conséquent, l'action intentée par le Québec contre la Banque a été rejetée en raison du non-respect de sa part des dispositions en matière d'avis contenues dans la *Loi sur les lettres de change*.

[57] De façon semblable, en l'espèce, la Saskatchewan est liée par l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP, qui est un exemple beaucoup plus clair d'une disposition contractuelle visant à empêcher la Saskatchewan d'invoquer le principe de l'immunité de la Couronne.

[58] La seule façon d'interpréter l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP, c'est de conclure qu'il signifie ce qu'il dit de façon non ambiguë, soit que toutes les revendications concernant l'interprétation et l'exécution de l'accord de règlement avec la PNP doivent être soumises à la Cour fédérale.

[59] Malgré le libellé très clair de cette disposition, la Saskatchewan allègue que l'article doit être lu comme

meaning that only claims to enforce the PFN Settlement Agreement against Canada are to be brought before the Federal Court and that it is only if Canada commences a third party claim and joins Saskatchewan that Saskatchewan could be brought before the Federal Court in accordance with section 19 of the FCA. Saskatchewan argues that the PFN, who were represented by counsel during the negotiation and subsequent signing of the PFN Settlement Agreement, must have known that Saskatchewan is not amenable to suit before the Federal Court and, therefore, that section 20.19 of the PFN Settlement Agreement is unenforceable against Saskatchewan and that the PFN should have appreciated as much when they signed the agreement.

[60] This argument cannot stand for several reasons. In the first place, it does violence to the clear wording of section 20.19 of the PFN Settlement Agreement. As noted, the provision clearly states that all claims to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement are to be brought in the Federal Court.

[61] In the second place, Saskatchewan's proposed interpretation leads to an absurdity. Due to the provisions of paragraph 17(3)(b) of the FCA, claims to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement against Canada must be brought in the Federal Court as the PFN and the federal Crown have agreed in writing that they will be brought there, and paragraph 17(3)(b) of the FCA provides the Federal Court *exclusive* jurisdiction to adjudicate such claims against Canada, as Saskatchewan concedes. If Saskatchewan's interpretation were to be upheld, the absurd result would follow that the PFN and every First Nation signatory to a similar treaty land entitlement settlement agreement would need to commence two actions if it felt that the governments were not respecting their contractual commitments: one in the Federal Court against Canada and another in the provincial superior court against the province. Such a result cannot ever have been intended.

signifiant que seules les revendications visant l'application de l'accord de règlement avec la PNP dirigées contre le Canada doivent être soumises à la Cour fédérale et que la Saskatchewan ne peut être traduite devant la Cour fédérale, conformément à l'article 19 de la LCF, que si le Canada introduit une demande de mise en cause à l'égard de la Saskatchewan. La Saskatchewan allègue que la PNP, qui était représentée par son avocat durant la négociation et la signature subséquente de l'accord de règlement avec la PNP, devait savoir que la Saskatchewan ne peut faire l'objet de poursuites devant la Cour fédérale et que, par conséquent, l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP ne peut être appliqué contre la Saskatchewan et que la PNP devait le savoir quand elle a signé l'accord.

[60] Cet argument ne tient pas la route pour plusieurs raisons. En premier lieu, il fait violence au libellé clair de l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP. Comme on l'a souligné, l'article stipule clairement que toutes les revendications concernant l'interprétation et l'exécution de l'accord de règlement avec la PNP doivent être soumises à la Cour fédérale.

[61] En deuxième lieu, l'interprétation proposée par la Saskatchewan mène à une absurdité. En raison des dispositions de l'alinéa 17(3)b de la LCF, les revendications visant l'interprétation et l'exécution de l'accord de règlement avec la PNP déposées contre le Canada doivent être soumises à la Cour fédérale, conformément à ce qui a été convenu par écrit par la PNP et la Couronne fédérale; en outre, l'alinéa 17(3)b de la LCF donne à la Cour fédérale la compétence *exclusive* de juger de telles revendications contre le Canada, comme le concède la Saskatchewan. Si l'interprétation que fait la Saskatchewan devait être admise, nous serions devant le résultat absurde que la PNP — et chaque première nation signataire d'un accord de règlement similaire concernant des droits fonciers issus de traités — devrait introduire deux actions en justice advenant le cas où elle aurait l'impression que les gouvernements ne respectaient pas leurs obligations contractuelles : une devant la Cour fédérale contre le Canada et une autre devant une cour supérieure provinciale contre la province. Il est impossible qu'un tel résultat ait pu être visé.

[62] Finally, the PFN argues that accepting Saskatchewan's interpretation would be contrary to the Honour of the Crown as it would allow Saskatchewan to avoid the clear terms of the agreement it signed with the PFN. In assessing this assertion, it is important to consider whether the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement are the types of agreements that contain a "certain measure of solemnity" sufficient to engage the Honour of the Crown as contemplated by the majority of the Supreme Court of Canada in *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623 (*Manitoba Metis*), at paragraph 71. The majority in that case set out four situations in which the Honour of the Crown has been applied:

- (1) The honour of the Crown gives rise to a fiduciary duty when the Crown assumes discretionary control over a specific Aboriginal interest...;
- (2) The honour of the Crown informs the purposive interpretation of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and gives rise to a duty to consult when the Crown contemplates an action that will affect a claimed but as of yet unproven Aboriginal interest...;
- (3) The honour of the Crown governs treaty-making and implementation ..., leading to requirements such as honourable negotiation and the avoidance of the appearance of sharp dealing ...; and
- (4) The honour of the Crown requires the Crown to act in a way that accomplishes the intended purposes of treaty and statutory grants to Aboriginal peoples....

(*Manitoba Metis*, at paragraph 73; citations omitted.)

[63] In our view, it is clear that the first three scenarios set out in *Manitoba Metis* do not apply as the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement do not give the Crown discretionary control over a specific aboriginal interest, do not invoke constitutional principles such as a purposive interpretation of section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II,

[62] Enfin, la PNP allègue que le fait d'accepter l'interprétation de la Saskatchewan serait contraire à l'honneur de la Couronne, puisque cela autoriserait la Saskatchewan à se soustraire aux conditions claires de l'accord qu'elle a signé avec la PNP. Pour évaluer cette affirmation, il est important de déterminer si l'accord-cadre et l'accord de règlement avec la PNP correspondent aux types d'accords contenant un « certain élément de solennité » suffisant pour engager l'honneur de la Couronne, comme l'ont envisagé la majorité des juges de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623 (*Manitoba Metis*), au paragraphe 71. Dans cet arrêt, les juges ont établi, à la majorité, quatre cas où l'honneur de la Couronne a été appliqué :

- (1) Le principe de l'honneur de la Couronne fait naître une obligation fiduciaire lorsque la Couronne assume des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'un intérêt autochtone particulier [...];
- (2) Le principe de l'honneur de la Couronne guide l'interprétation téléologique de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et fait naître une obligation de consultation lorsque la Couronne envisage des mesures qui auront une incidence sur un intérêt autochtone revendiqué, mais non encore établi [...];
- (3) Le principe de l'honneur de la Couronne régit la conclusion des traités et leur mise en œuvre [...], et commande le respect d'exigences telles que s'en tenir à une négociation honnête et éviter l'apparence de manœuvres malhonnêtes [...];
- (4) Le principe de l'honneur de la Couronne exige qu'elle agisse de manière à ce que les traités conclus avec les Autochtones et les concessions prévues par la loi en leur faveur atteignent leur but [...]

(*Manitoba Metis*, au paragraphe 73; citations omises.)

[63] À notre avis, il est clair que les trois premiers scénarios mis de l'avant dans l'arrêt *Manitoba Metis* ne s'appliquent pas, car l'accord-cadre et l'accord de règlement avec la PNP ne donnent pas à la Couronne des pouvoirs discrétionnaires à l'égard d'un intérêt autochtone particulier, n'invoquent pas de principes constitutionnels comme l'interprétation téléologique de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

No. 44], and do not result from a treaty-making exercise or the implementation of such an exercise. However, the last scenario set out in *Manitoba Metis* may apply. It is important to remind ourselves of the background to the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement:

- Certain treaties were entered into between the Crown and First Nations, (for example, Treaty No. 4);
- First Nations claim that there remain outstanding obligations under the treaties;
- the NRTA, which is clearly a constitutional document, provides that a province may be required to transfer unoccupied Crown land to Canada to satisfy outstanding obligations under the treaties; and
- the federal and provincial Crown entered into the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement in an effort to resolve these outstanding claims and provide a detailed path forward in order to do so.

[64] In these circumstances, a compelling argument may be made that the Crown must act in a way that “accomplishes the intended purposes of treaty and statutory grants to Aboriginal peoples” as set out in *Manitoba Metis*, at paragraph 73. In our view, the Honour of the Crown is engaged in this matter to the extent that the clear and unambiguous text of the Framework Agreement and the PFN Settlement Agreement—which were negotiated in good faith with all parties fully represented by legal counsel—should be interpreted in a way that abides by and respects the terms of the Agreements. Saskatchewan should not be permitted to re-write or re-interpret the terms of the agreement set out in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement.

[65] Thus, as Saskatchewan is bound by section 20.19 of the PFN Settlement Agreement, it is not immune from suit before the Federal Court in respect of a claim to

annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], et ne sont pas le résultat de la conclusion d’un traité ou de sa mise en œuvre. Toutefois, le dernier scénario présenté dans l’arrêt *Manitoba Metis* peut s’appliquer. Il est important de rappeler le contexte de l’accord-cadre et de l’accord de règlement avec la PNP :

- certains traités ont été signés par la Couronne et les Premières Nations (par exemple, le Traité n° 4);
- les Premières Nations affirment que des obligations demeurent en souffrance en vertu des traités;
- la CTRN, qui est à n’en pas douter un document constitutionnel, stipule qu’une province pourrait devoir transférer des terres de la Couronne inoccupées pour satisfaire à des obligations en souffrance en vertu des traités;
- la Couronne fédérale et la Couronne provinciale ont signé l’accord-cadre et l’accord de règlement avec la PNP dans le but de résoudre ces revendications en souffrance et d’offrir une marche à suivre détaillée pour y arriver.

[64] Dans ces circonstances, on pourrait avancer l’argument convaincant que la Couronne doit agir de manière « à ce que les traités conclus avec les Autochtones et les concessions prévues par la loi en leur faveur atteignent leur but », comme on le souligne dans l’arrêt *Manitoba Metis*, au paragraphe 73. À notre avis, l’honneur de la Couronne est engagé dans cette affaire dans la mesure où le texte clair et sans ambiguïté de l’accord-cadre et de l’accord de règlement avec la PNP — qui ont été négociés de bonne foi avec toutes les parties dûment représentées par un avocat — devrait être interprété de manière à respecter les modalités des accords. La Saskatchewan ne doit pas être autorisée à réécrire ou à réinterpréter les modalités de l’accord énoncées à l’article 20.19 de l’accord de règlement avec la PNP.

[65] Ainsi, comme la Saskatchewan est liée par l’article 20.19 de l’accord de règlement avec la PNP, elle ne bénéficie pas de l’immunité de juridiction devant la

which section 20.19 of the PFN Settlement Agreement applies.

B. *Subject-Matter Jurisdiction*

[66] The foregoing determination, however, is not the end of the inquiry as the Federal Court must also possess subject-matter jurisdiction over the PFN's claim against Saskatchewan in order for any part of the action to proceed against it in the Federal Court.

[67] In *ITO–Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*), at page 766, the Supreme Court of Canada confirmed a three-part test for establishing that the Federal Court has jurisdiction over a particular matter:

1. there must be a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court by the federal Parliament;
2. there must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction; and
3. the law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in section 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[68] The first part of this test requires the presence of a federal statute, conferring jurisdiction on the Federal Court over the subject matter of the litigation. In most instances, this jurisdiction is conferred by the FCA. The second and the third parts of the test are directed toward determining whether federal law plays a sufficiently important role in the case for it to fall within the jurisdiction of the Federal Court. This is required because the Federal Court has been established under section 101 of the *Constitution Act, 1867* to administer the laws of Canada and so can only act in respect of such law.

[69] In *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 (*Roberts*), the Supreme Court of Canada noted that the

Cour fédérale relativement à une demande à laquelle s'applique l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP.

B. *La compétence sur l'objet du litige*

[66] Toutefois, la détermination qui précède ne constitue pas l'aboutissement de notre enquête, puisque la Cour fédérale doit également posséder la compétence sur l'objet du litige, en ce qui concerne la revendication de la PNP contre la Saskatchewan, pour qu'une quelconque partie de l'action intentée contre elle puisse être entendue devant la Cour fédérale.

[67] Dans l'arrêt *ITO–Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*), à la page 766, la Cour suprême du Canada a fait état d'un critère à trois volets pour établir que la Cour fédérale a compétence à l'égard d'une affaire en particulier :

1. il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral;
2. il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l'attribution légale de compétence;
3. la loi invoquée dans l'affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[68] Le premier volet de ce critère requiert l'existence d'une loi fédérale, accordant à la Cour fédérale compétence à l'égard de l'objet du litige. Dans la plupart des cas, cette compétence est conférée par la LCF. Les deuxième et troisième volets du critère visent à déterminer si la loi fédérale joue un rôle suffisamment important dans l'affaire pour s'inscrire dans le champ de compétence de la Cour fédérale. Ces exigences doivent être respectées, car la Cour fédérale a été établie en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour administrer les lois du Canada et ne peut donc agir que dans le respect de cette loi.

[69] Dans l'arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 (*Roberts*), la Cour suprême du Canada a souligné le

second and third prongs of the *ITO* test are often subsumed in the same inquiry. In that case, the Supreme Court found that the Federal Court possessed jurisdiction over disputes in relation to land on an Indian reserve by virtue of both the *Indian Act* (which enshrines a regime for such lands) and by virtue of the common law relating to aboriginal title, which the Supreme Court determined to be part of the federal common law and a sufficient underpinning in and of itself to satisfy the second and third prongs of the *ITO* test. Writing for the Court, Wilson J. stated on this point (at page 340):

I would conclude therefore that “laws of Canada” are exclusively required for the disposition of this appeal, namely the relevant provisions of the *Indian Act*, the act of the federal executive pursuant to the *Indian Act* in setting aside the reserve in issue for the use and occupancy of one or other of the two claimant Bands, and the common law of aboriginal title which underlies the fiduciary obligations of the Crown to both Bands. The remaining two elements of the test set out in *ITO*, *supra*, are accordingly satisfied.

[70] Similar reasoning applies in this case, and the second and third parts of the *ITO* test are satisfied because the portions of the PFN’s action seeking to have the Federal Court interpret and enforce the PFN Settlement Agreement deal with a treaty land entitlement settlement, which contemplates the creation of additional reserve lands for the benefit of members of the PFN. Insofar as the PFN seeks to enforce rights to additional reserve lands, these portions of the action concern the federal common law and are also intimately connected with the *Indian Act*. Under the reasoning in *Roberts*, this satisfies the second and third parts of the *ITO* test.

[71] Moreover, there are additional federal statutes involved in this case which serve to further nourish any grant of jurisdiction. In addition to the *Indian Act*, the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* and the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act* are also engaged in this case. This provides a further basis for concluding that the second

chevauchement existant entre les deuxième et troisième éléments du critère de l’arrêt *ITO*. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que la Cour fédérale avait compétence concernant les différends liés aux terres situées dans une réserve indienne en vertu à la fois de la *Loi sur les Indiens* (laquelle consacre un régime relatif à ces terres) et de la common law relative au titre aborigène, qui, selon les conclusions de la Cour suprême, fait partie de la common law fédérale et constitue un fondement suffisant en soi pour satisfaire aux deuxième et troisième éléments du critère de l’arrêt *ITO*. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Wilson a déclaré sur ce point (à la page 340) :

Je suis donc d’avis de conclure que seules les « lois du Canada » sont requises pour résoudre le présent pourvoi, savoir les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, l’acte que l’exécutif fédéral a accompli conformément à la *Loi sur les Indiens* en mettant de côté la réserve en cause pour l’usage et l’occupation de l’une ou de l’autre des deux bandes requérantes, et la *common law* du titre aborigène qui sous-tend les obligations de fiduciaire qu’a la Couronne envers les deux bandes. Les deux autres éléments du critère établi dans l’arrêt *ITO*, précité, sont en conséquence respectés.

[70] Un raisonnement semblable s’applique à la présente affaire, et les deuxième et troisième éléments du critère de l’arrêt *ITO* sont respectés, parce que les parties de l’action intentée par la PNP pour que la Cour fédérale interprète et exécute l’accord de règlement avec la PNP concernent un accord de règlement de droits fonciers issus de traités, lequel envisage la création de terres de réserve additionnelles au profit de membres de la PNP. Dans la mesure où la PNP cherche à assurer le respect de droits sur des terres de réserve additionnelles, ces parties de l’action intentée concernent la common law fédérale et sont également intimement liées à la *Loi sur les Indiens*. En vertu du raisonnement utilisé dans l’arrêt *Roberts*, cela respecte les deuxième et troisième éléments du critère de l’arrêt *ITO*.

[71] Qui plus est, cette affaire concerne d’autres lois fédérales qui viennent alimenter l’attribution de compétence. En plus de la *Loi sur les Indiens*, la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* et la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)* s’appliquent également à la présente affaire. Ces lois

and third prongs of the *ITO* test are satisfied in respect of the portions of the statement of claim that seek to have the Federal Court interpret and enforce the PFN Settlement Agreement. Indeed, the nexus to these statutes and the *Indian Act* is stronger than the nexus to federal law established in *Canadian Transit Company v. Windsor (City)*, 2015 FCA 88, [2016] 1 F.C.R. 265 (leave to appeal to SCC granted [2015] 3 S.C.R. vii) where the constituent statute of the authority operating the Ambassador Bridge was found to be sufficient to ground jurisdiction over a claim to declare a municipal by-law invalid.

[72] We therefore conclude that the second and third parts of the *ITO* test are met in this case. Saskatchewan, indeed, does not strenuously dispute this, but instead concentrates its objection to the Federal Court's jurisdiction on the first step of the *ITO* test and argues that there is no statutory grant of jurisdiction to the Federal Court in this case.

[73] There are two possible statutory grants of jurisdiction to the Federal Court in the present matter which could be argued to meet the first step of the *ITO* test, namely, either paragraph 17(3)(b) of the FCA or the federal legislation passed to give effect to the Framework Agreement and PFN Settlement Agreement—the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* and the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act*.

[74] We agree with Saskatchewan that the latter two pieces of legislation do not constitute a statutory grant of jurisdiction to the Federal Court sufficient to meet the first step of the *ITO* test as neither statute speaks to the issue.

[75] The only possible basis for finding a grant of jurisdiction to the Federal Court in these two statutes would be if they could be viewed as incorporating the attornment clauses in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement or section 20.20 of the Framework Agreement. However, as Pelletier J. (as he then was)

renforcent l'idée que les deuxième et troisième éléments du critère de l'arrêt *ITO* sont respectés relativement aux parties de la déclaration demandant que la Cour fédérale interprète et exécute l'accord de règlement avec la PNP. En fait, le lien avec ces lois et la *Loi sur les Indiens* est plus solide que le lien avec la loi fédérale établi dans l'arrêt *Canadian Transit Company c. Windsor (Ville)*, 2015 CAF 88, [2016] 1 R.C.F. 265 (autorisation de pourvoi devant la CSC accordée, [2015] 3 R.C.S. vii), où on a conclu que la loi constitutive de l'autorité exploitant le pont Ambassador était suffisante pour établir la compétence de la Cour fédérale relativement à une demande visant à déclarer invalide un règlement municipal.

[72] Par conséquent, nous concluons que les deuxième et troisième éléments du critère de l'arrêt *ITO* sont respectés. En fait, la Saskatchewan ne conteste pas énergiquement ce fait, mais concentre plutôt ses objections quant à la compétence de la Cour fédérale sur le premier élément du critère de l'arrêt *ITO* et allègue que le législateur fédéral n'a pas attribué à la Cour fédérale de compétence dans cette affaire.

[73] Dans la présente affaire, on peut avancer deux possibles attributions de compétence à la Cour fédérale qui pourraient satisfaire au premier élément du critère de l'arrêt *ITO*, à savoir l'alinéa 17(3)(b) de la LCF ou les lois fédérales adoptées pour rendre exécutoires l'accord-cadre et l'accord de règlement avec la PNP — la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* et la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)*.

[74] Nous sommes d'accord avec la Saskatchewan que ces deux dernières mesures législatives ne constituent pas une attribution de compétence à la Cour fédérale suffisante pour satisfaire au premier élément du critère de l'arrêt *ITO*, puisqu'aucune de ces lois n'est pertinente pour la question en cause.

[75] La seule façon possible de conclure à une attribution de compétence à la Cour fédérale dans ces deux lois serait de les considérer comme incorporant les clauses de reconnaissance des articles 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP ou 20.20 de l'accord-cadre. Toutefois, comme a conclu le juge Pelletier (tel était

held in *Thomas v. Peace Hills Trust Co.*, 2001 FCT 443, [2001] 4 C.N.L.R. 335 (*Peace Hills Trust*), the entirety of the Framework Agreement (and by extension the PFN Settlement Agreement) cannot be said to be incorporated into the statutes as neither statute contains any provision for incorporation of the entirety of the Agreements. Indeed, as noted in *Peace Hills Trust*, the fact that the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* specifically states that it incorporates the provisions in the Framework Agreement dealing with riparian rights leads to the conclusion that the rest of the agreement is not to be viewed as being incorporated into that Act. Thus, neither the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* nor the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act* can be viewed as incorporating the attornment clause, which is the only provision in the Agreements that deals with the Federal Court's jurisdiction. We thus conclude that the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act* and the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act* do not satisfy the first step of the *ITO* test.

[76] Turning to the FCA, it is useful to reproduce subsection 17(3), which provides:

17....

Crown and subject: consent to jurisdiction

(3) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine the following matters:

(a) the amount to be paid if the Crown and any person have agreed in writing that the Crown or that person shall pay an amount to be determined by the Federal Court, the Federal Court — Trial Division or the Exchequer Court of Canada; and

(b) any question of law, fact or mixed law and fact that the Crown and any person have agreed in writing shall be determined by the Federal Court, the Federal Court — Trial Division or the Exchequer Court of Canada.

[77] There have been relatively few cases decided under paragraph 17(3)(b) of the FCA. It was discussed

alors son titre) dans la décision *Thomas c. Peace Hills Trust Co.*, 2001 CFPI 443 (*Peace Hills Trust*), on ne peut affirmer que l'accord-cadre (et par extension l'accord de règlement avec la PNP) a été incorporé dans son intégralité dans ces lois, puisqu'aucune d'elles ne contient de disposition visant l'incorporation de l'intégralité des accords. En fait, comme il est souligné dans la décision *Peace Hills Trust*, le fait que la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* dispose qu'elle incorpore les dispositions de l'accord-cadre portant sur les droits des riverains mène à la conclusion que l'on ne peut considérer que le reste de l'accord a été incorporé dans cette loi. Ainsi, on ne peut considérer que la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* ou la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)* incorpore la clause de reconnaissance, qui est la seule disposition dans les accords qui porte sur la compétence de la Cour fédérale. Nous concluons donc que la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan* et la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)* ne satisfont pas au premier élément du critère énoncé dans l'arrêt *ITO*.

[76] En ce qui concerne la LCF, il est utile de reproduire le paragraphe 17(3), qui prescrit ce qui suit :

17 [...]

Conventions écrites attributives de compétence

(3) Elle a compétence exclusive, en première instance, pour les questions suivantes :

a) le paiement d'une somme dont le montant est à déterminer, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale — ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada — ou par la Section de première instance de la Cour fédérale;

b) toute question de droit, de fait ou mixte à trancher, aux termes d'une convention écrite à laquelle la Couronne est partie, par la Cour fédérale — ou l'ancienne Cour de l'Échiquier du Canada — ou par la Section de première instance de la Cour fédérale.

[77] Relativement peu d'affaires ont été jugées en vertu de l'alinéa 17(3)(b) de la LCF. On en a discuté dans

in *Peace Hills Trust*, but the comments made about the paragraph in that case are non-binding as the case involved a claim against a party who was not a signatory to the Framework Agreement nor to any other agreement that purported to confer jurisdiction on the Federal Court. In that case, Pelletier J. noted that “[t]he effect of subsection 17(3) is not to expand the Federal Court’s jurisdiction but to oust the jurisdiction of the provincial Superior Court” (at paragraph 28). With respect, we disagree as the legislative history of the provision makes it clear that subsection 17(3) of the FCA is attributive of jurisdiction.

[78] In this regard, prior to February 1, 1992, the Federal Court had *exclusive* jurisdiction over claims against the federal Crown; subsections 17(1) and 17(2) of the FCA then stated:

Relief
against
Crown

17. (1) The Trial Division has original jurisdiction in all cases where relief is claimed against the Crown and, except where otherwise provided, the Trial Division has exclusive original jurisdiction in all of those cases.

Crown and
subject:
property and
contract

(2) Without restricting the generality of subsection (1), the Trial Division has exclusive original jurisdiction, except where otherwise provided, in all cases in which

- (a) the land, goods or money of any person is in the possession of the Crown;
- (b) the claim arises out of a contract entered into by or on behalf of the Crown; or
- (c) there is a claim against the Crown for injurious affection. [Emphasis added.]

[79] However, the FCA then contained identical provisions in paragraphs 17(3)(a) and (b). Indeed, what are now paragraphs 17(3)(a) and (b) of the FCA have provided the Federal Court with exclusive jurisdiction since the inception of the Court in 1970. The wording of subsections 17(1) and 17(2) was amended in 1990 [S.C. 1990, c. 8, s. 3] to provide the Federal Court with jurisdiction *concurrent* to that of the provincial superior

la décision *Peace Hills Trust*, mais les commentaires apportés au sujet de l’alinéa dans cette décision sont non contraignants, puisque l’affaire concerne une revendication contre une partie qui n’était pas signataire de l’accord-cadre ni de tout autre accord censé donner compétence à la Cour fédérale. Dans cette décision, le juge Pelletier a souligné que « [l]’effet du paragraphe 17(3) n’est pas d’élargir la compétence de la Cour fédérale, mais d’éliminer la compétence de la Cour supérieure provinciale » (au paragraphe 28). En toute déférence, nous ne sommes pas d’accord, étant donné que le contexte législatif de la disposition montre clairement que le paragraphe 17(3) de la LCF est une disposition attributive de compétence.

[78] À cet égard, avant le 1^{er} février 1992, la Cour fédérale avait compétence exclusive concernant les revendications contre la Couronne fédérale; les paragraphes 17(1) et 17(2) de la LCF prescrivaient alors ce qui suit :

17. (1) La Section de première instance connaît, en première instance, de tous les cas de demande de réparation contre la Couronne et, sauf disposition contraire, cette compétence est exclusive.

Réparation
contre la
Couronne

(2) La Section de première instance a notamment compétence exclusive en première instance, sauf disposition contraire, dans les cas de demande motivés par :

Biens et
contrats

- a) la possession par la Couronne de terres, biens ou sommes d’argent appartenant à autrui;
- b) un contrat conclu par ou pour la Couronne;
- c) un trouble de jouissance dont la Couronne se rend coupable. [Soulignements de la Cour.]

[79] Cependant, des dispositions identiques figuraient alors aux alinéas 17(3)a) et b) de la LCF. En fait, les alinéas actuels 17(3)a) et b) de la LCF donnent à la Cour fédérale une compétence exclusive depuis sa création en 1970. Le libellé des paragraphes 17(1) et 17(2) a été modifié en 1990 [L.C. 1990, ch. 8, art. 3] pour donner à la Cour fédérale une compétence concurrente à celle des cours supérieures provinciales. Toutefois, la

courts. However, the exclusive jurisdiction conferred by paragraph 17(3)(a) and (b) remained intact.

[80] For paragraphs 17(3)(a) and (b) of the FCA to have had meaning before February 1, 1992, they had to have meant that parties could confer jurisdiction on the Court in addition to the exclusive jurisdiction it already possessed to adjudicate claims against the federal Crown. There is no reason to interpret the paragraphs any differently now.

[81] We thus conclude that paragraph 17(3)(b) of the FCA does not operate only to oust the jurisdiction of the provincial superior courts in cases where there is concurrent jurisdiction but, rather, must also be interpreted as both conferring jurisdiction upon the Federal Court and ousting provincial jurisdiction in situations where the federal Crown and the other parties to the action or application have agreed in writing that the issue will be brought before the Federal Court for determination.

[82] Paragraph 17(3)(a) of the FCA, which is the parallel provision to 17(3)(b), has been applied to set rents payable under leases involving Canada or a federal Crown agent where the parties have agreed in writing to refer the matter to the Federal Court for determination: *Turberfield v. Canada*, 2012 FCA 170, 433 N.R. 236; certification order of January 23, 2013 rendered in *Schnurr et al. v. Canada* (T-2193-09, Gleason J., unreported); *Canada v. Crosson* (1999), 169 F.T.R. 218 (F.C.T.D.), at paragraphs 15 and 31–33; *Bosa v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 793, 436 F.T.R. 288, at paragraph 7; *Irving Refining Ltd. v. National Harbours Board*, [1976] 2 F.C. 415 (T.D.), at pages 417 and 418. We see no reason why written agreements should not be similarly effective under paragraph 17(3)(b) of the FCA to place issues meeting the subject-matter jurisdiction of the Federal Court before the Court for settlement.

[83] We therefore conclude that paragraph 17(3)(b) of the FCA *is* attributive of jurisdiction and meets the first step of the *ITO* test in that it affords jurisdiction to the Federal Court to hear and determine any matter of

compétence exclusive conférée par les alinéas 17(3)a) et b) est demeurée intacte.

[80] Pour que les alinéas 17(3)a) et b) de la LCF aient pu avoir une signification avant le 1^{er} février 1992, il aurait fallu qu'ils disent que les parties pouvaient conférer une compétence à la Cour en plus de la compétence exclusive qu'elle possédait déjà de juger les revendications contre la Couronne fédérale. Il n'y a aucune raison d'interpréter les alinéas différemment aujourd'hui.

[81] Ainsi, nous concluons que l'alinéa 17(3)b) de la LCF ne sert pas qu'à éliminer la compétence des cours supérieures provinciales dans les affaires où il existe une compétence concurrente, mais qu'il doit plutôt être interprété comme donnant compétence à la Cour fédérale et éliminant la compétence provinciale dans les situations où la Couronne fédérale et les autres parties à l'action intentée ou à la demande ont convenu que la question devait être portée devant la Cour fédérale pour être jugée.

[82] L'alinéa 17(3)a) de la LCF, qui contient la disposition parallèle à l'alinéa 17(3)b), a été appliqué pour déterminer le montant des loyers payables en vertu de baux avec le Canada ou un mandataire de la Couronne fédérale, où les parties ont convenu par écrit de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale pour détermination du montant du loyer : *Turberfield c. Canada*, 2012 CAF 170; ordonnance d'accréditation du 23 janvier 2013 rendue dans l'arrêt *Schnurr et al. c. Canada* (dossier T-2193-09, la juge Gleason, décision non publiée); *Canada c. Crosson*, 1999 CanLII 8350 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 15 et 31 à 33; *Bosa c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 793, au paragraphe 7; *Irving Refining Ltd. c. Le Conseil des ports nationaux*, [1976] 2 C.F. 415 (1^{re} inst.), aux pages 417 et 418. Nous ne voyons pas pourquoi des accords écrits ne pourraient pas aussi permettre, en vertu de l'alinéa 17(3)b) de la LCF, de présenter à la Cour fédérale les questions répondant à la compétence de la Cour fédérale sur l'objet du litige pour y être réglées.

[83] Par conséquent, nous concluons que l'alinéa 17(3)b) de la LCF est attributif de compétence et satisfait au premier élément du critère énoncé dans l'arrêt *ITO*, en ce sens qu'il donne compétence à la Cour

fact, law or mixed fact and law that the federal Crown and another party have agreed in writing would be referred to the Federal Court for determination, provided the subject matter of the agreement *also* meets the last two steps of the *ITO* test. Thus, to be effective in placing a matter before the Federal Court under paragraph 17(3)(b) of the FCA, an agreement must concern a law of Canada, within the meaning of section 101 of the *Constitution Act, 1867*, and there must also be a body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.

[84] As the last two steps of the *ITO* test are met in this case, it follows that the attornment clause is sufficient to ground jurisdiction in the Federal Court to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement.

[85] Saskatchewan argues that paragraph 17(3)(b) of the FCA ought not be interpreted in this way as parties cannot confer jurisdiction on a court by agreement, relying principally on *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437 (T.D.) (*CNR*) and *Greeley* in support of this proposition. While we agree with Saskatchewan that parties cannot confer jurisdiction on a court by agreement unless the court's constituent legislation provides otherwise, that is not what occurs when paragraph 17(3)(b) of the FCA is successfully invoked. Rather, where paragraph 17(3)(b) of the FCA applies, jurisdiction is grounded in the statutory provision and not purely conferred by agreement. Moreover, the *CNR* and *Greeley* cases are of no assistance to Saskatchewan as neither involved an agreement with the federal Crown in which the parties agreed to submit matters to the jurisdiction of the Federal Court. These cases are therefore readily distinguishable.

[86] Saskatchewan also relies on the recent decision of this Court in *Toney* in support of its objection to the

fédérale d'entendre et de juger toute affaire de fait ou de droit, ou toute affaire mixte de droit et de fait que la Couronne fédérale et une autre partie ont convenu par écrit de renvoyer à la Cour fédérale pour détermination, à condition que l'objet de l'accord réponde également aux deux autres éléments du critère énoncé dans l'arrêt *ITO*. Ainsi, pour qu'un accord puisse permettre de présenter une affaire devant la Cour fédérale en vertu de l'alinéa 17(3)b) de la LCF, il doit concerner une loi du Canada, au sens de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et qui constitue le fondement de l'attribution légale de compétence.

[84] Comme les deux derniers éléments du critère énoncé dans l'arrêt *ITO* sont satisfaits dans la présente affaire, il s'ensuit que la clause de reconnaissance est suffisante pour donner compétence à la Cour fédérale d'interpréter et d'exécuter l'accord de règlement avec la PNP.

[85] La Saskatchewan affirme que l'alinéa 17(3)b) de la LCF ne doit pas être interprété de cette façon, puisque les parties ne peuvent conférer une compétence à un tribunal en vertu d'un accord, se fondant principalement sur la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1^{re} inst.) (*CCFNC*) et la décision *Greeley* pour soutenir sa proposition. Même si nous sommes d'accord avec la Saskatchewan que les parties ne peuvent conférer une compétence à un tribunal en vertu d'un accord, à moins que la loi constitutive du tribunal ne prévoit le contraire, ce n'est pas ce qui se passe lorsque l'alinéa 17(3)b) de la LCF est invoqué avec succès. Lorsque l'alinéa 17(3)b) de la LCF s'applique, la compétence est conférée par une disposition législative et non en vertu d'un accord. De plus, les décisions *CCFNC* et *Greeley* ne sont d'aucune aide à la Saskatchewan, puisqu'aucune ne concerne un accord avec la Couronne fédérale en vertu duquel les parties ont convenu de soumettre tout litige à la compétence de la Cour fédérale. Par conséquent, ces affaires sont faciles à distinguer de celle qui nous occupe.

[86] La Saskatchewan se fonde également sur la récente décision de la Cour dans l'arrêt *Toney* pour

Federal Court's jurisdiction. There, the majority read section 22 of the FCA narrowly and determined that the grant of jurisdiction in matters of navigation and shipping "between subject and subject as well as otherwise" did not extend to the Crown in right of a province, due to the lack of specificity in the FCA to bind the Crown in right of a province in matters of navigation and shipping. The Court thus found that the principles of Crown immunity prevented section 22 from applying to the Crown in right of Alberta. In our view, this case is likewise of no assistance to Saskatchewan because the case did not concern paragraph 17(3)(b) of the FCA and Alberta had not signed an attornment agreement similar to Section 20.19 of the PFN Settlement Agreement. *Toney* is thus likewise readily distinguishable.

[87] After this case was taken under reserve, counsel for Saskatchewan wrote to the Court to make additional submissions based on the recent decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Saskatchewan v. Saskatchewan Government and General Employees Union*, 2016 SKCA 56, 476 Sask. R. 306 (*Saskatchewan v. SGEU*), which, he argued, stands for the proposition that negotiated agreements cannot dictate the interpretation of a statute. We believe that counsel ought not have made these additional submissions without permission of the Court, but, despite this, have decided to address the substance of counsel's submissions.

[88] We disagree that *Saskatchewan v. SGEU* stands for the proposition advanced as the case involved the assessment of the reasonableness of an arbitrator's decision that declined to give effect to the terms in a collective agreement that conflicted with statutory provisions. However, even if *Saskatchewan v. SGEU* could be viewed as standing for the proposition that negotiated agreements cannot dictate the interpretation of a statute, such proposition is irrelevant to the present case, which turns on the effect to be given to a negotiated attornment agreement in light of the correct interpretation of the FCA. For the reasons set out above, we believe that the

appuyer ses objections sur la compétence de la Cour fédérale. Dans cet arrêt, la Cour, à la majorité, a interprété de façon étroite l'article 22 de la LCF et a déterminé que l'attribution de compétence dans les affaires concernant la navigation et la marine marchande « opposant notamment des administrés » ne s'appliquait pas à la Couronne du chef d'une province, parce que la LCF n'exprime pas de façon claire une intention de lier la Couronne du chef d'une province dans les affaires concernant la navigation et la marine marchande. La Cour a donc conclu que les principes d'immunité de la Couronne empêchaient l'article 22 de s'appliquer à la Couronne du chef de l'Alberta. À notre avis, cette affaire n'aide vraisemblablement pas la cause de la Saskatchewan, parce qu'il n'y était pas question de l'alinéa 17(3)b) de la LCF et que l'Alberta n'avait pas signé une clause de reconnaissance semblable à l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP. Par conséquent, l'arrêt *Toney* est facile à distinguer de l'affaire qui nous occupe.

[87] Une fois la présente affaire prise en délibéré, l'avocat de la Saskatchewan a écrit à la Cour pour présenter des observations supplémentaires fondées sur la récente décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Saskatchewan v. Saskatchewan Government and General Employees Union*, 2016 SKCA 56, 476 Sask. R. 306 (*Saskatchewan v. SGEU*), laquelle, allègue-t-il, étaye la thèse voulant que les accords négociés ne puissent pas dicter l'interprétation d'une loi. Nous sommes d'avis que l'avocat n'aurait pas dû présenter ces observations supplémentaires sans l'autorisation de la Cour, mais malgré cela, nous avons décidé d'examiner en substance ses observations.

[88] Nous ne sommes pas d'avis que l'arrêt *Saskatchewan v. SGEU* étaye la thèse avancée, puisqu'il s'agissait de l'évaluation du caractère raisonnable de la décision d'un arbitre ayant refusé de donner effet aux conditions d'une convention collective contraires à des dispositions législatives. Toutefois, même si l'arrêt *Saskatchewan v. SGEU* peut être considéré comme étayant la thèse selon laquelle des accords négociés ne peuvent pas dicter l'interprétation d'une loi, cette thèse n'est pas pertinente à la cause en l'espèce qui concerne l'effet à donner à un accord de reconnaissance négocié à la lumière de l'interprétation juste de la LCF. Pour les

combined effect of the attornment clause in the PFN Settlement Agreement and paragraph 17(3)(b) of the FCA is to provide the Federal Court with exclusive jurisdiction over the portions of the PFN's claim which ask the Court to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement. We therefore conclude that the appellant's appeal fails with respect to the portions of the PFN's claim which ask the Court to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement.

[89] However, the Federal Court does not possess jurisdiction over the portion of the claim as it is currently pleaded that is set out in paragraphs 41 to 56 of the statement of claim and that alleges a breach by Saskatchewan of its duty to consult prior to awarding mineral rights to third parties in connection with the Legacy Mining Project. This claim is distinct from the claims that relate to the PFN Settlement Agreement, and the attornment clause in section 20.19 of the PFN Settlement Agreement is inapplicable to it. There is accordingly no basis for Federal Court jurisdiction over this duty to consult claim advanced against Saskatchewan as the latter has not attorned to the jurisdiction of the Court in respect of it. Paragraph 17(3)(b) of the FCA is also inapplicable to this duty to consult claim, which, as currently pleaded, arises outside the PFN Settlement Agreement. There is thus no basis for the Federal Court's jurisdiction over this portion of the PFN's claim, and under the case law relied upon by Saskatchewan (referred to in paragraph 50, above), this portion of the claim must be struck as the allegation made in paragraphs 41 to 56 of the statement of claim are unrelated to the PFN Settlement Agreement.

VI. Conclusion and Proposed Disposition

[90] We would therefore strike paragraphs 41 to 56 of the statement of claim, with leave to amend them to clarify how the grant of mineral rights to third parties in connection with the Legacy Mining Project constitutes a breach of the PFN Settlement Agreement. We would also strike paragraph 1, with leave to amend, as the claims in

motifs précités, nous sommes d'avis que l'effet combiné de la clause de reconnaissance dans l'accord de règlement avec la PNP et de l'alinéa 17(3)b) de la LCF est d'attribuer à la Cour fédérale une compétence exclusive sur les parties de la revendication de la PNP où elle demande à la Cour d'interpréter et d'appliquer l'accord de règlement avec la PNP. Par conséquent, nous rejetons l'appel en ce qui concerne les parties de la revendication de la PNP où elle demande à la Cour d'interpréter et d'appliquer l'accord de règlement avec la PNP.

[89] Toutefois, la Cour fédérale n'a pas compétence sur la partie de la revendication dans sa forme actuelle énoncée aux paragraphes 41 à 56 de la déclaration et qui allègue que la Saskatchewan a manqué à son devoir de consulter avant d'accorder des droits miniers à des tiers en lien avec le projet minier Legacy. Cette revendication se distingue de celles qui ont trait à l'accord de règlement avec la PNP, et la clause de reconnaissance de l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP ne peut s'appliquer à cette dernière. Par conséquent, il n'existe aucun fondement à la compétence de la Cour fédérale à l'égard de la revendication contre la Saskatchewan concernant son devoir de consulter, puisque la Saskatchewan n'a pas reconnu la compétence de la Cour à cet égard. L'alinéa 17(3)b) de la LCF ne peut pas non plus s'appliquer à cette revendication concernant un devoir de consulter, laquelle, dans sa forme actuelle, n'est pas liée à l'accord de règlement avec la PNP. Par conséquent, il n'existe aucun fondement à la compétence de la Cour fédérale sur cette partie de la revendication de la PNP, et en vertu de la jurisprudence invoquée par la Saskatchewan (dont il est question au paragraphe 50 précité), cette partie de la revendication doit être radiée, puisque l'allégation présentée dans les paragraphes 41 à 56 de la déclaration n'a pas de lien avec l'accord de règlement avec la PNP.

VI. Conclusion et dispositif proposé

[90] Nous radiions donc les paragraphes 41 à 56 de la déclaration et donnerions l'autorisation de les modifier pour clarifier en quoi l'octroi de droits miniers à des tiers en lien avec le projet minier Legacy constitue un manquement à l'accord de règlement avec la PNP. Nous radiions également le paragraphe 1, et donnerions

the prayer for relief that are within the Federal Court's jurisdiction are intertwined with those that are not. The easiest course is therefore to strike the paragraph and provide the PFN with the opportunity to amend the prayer for relief so it seeks the remedies flowing from the interpretation and enforcement of the PFN Settlement Agreement against Saskatchewan and Canada and seeks the balance of the remedies against only Canada.

[91] We realize that the potential bifurcation of the claim against Saskatchewan may not be the preferred manner for the PFN to advance its various claims, but believe this is what section 20.19 of the PFN Settlement Agreement requires. Moreover, the claims to interpret and enforce the PFN Settlement Agreement and for breach of an unrelated duty to consult are conceptually distinct and can therefore be litigated separately. If this is believed to be too cumbersome, it would be open to the parties, in accordance with section 20.11 of the PFN Settlement Agreement, to sign an amending agreement to confer jurisdiction over the entire dispute on the Court of Queen's Bench in Saskatchewan.

[92] Finally, we wish to comment on the practical issue raised by Saskatchewan relating to the fact that other claims similar to the PFN's have come before the Court of Queen's Bench in Saskatchewan, which we have concluded does not possess jurisdiction over them: see, for example *Chief Austin Bear v. Government of Saskatchewan*, 2010 SKQB 342, 365 Sask. R. 150 (*Bear* 2010); *Bear v. Saskatchewan*, 2012 SKQB 232, [2012] 4 C.N.L.R. 53; *One Arrow First Nation v. Saskatchewan*, [2000] 1 C.N.L.R. 162 (Sask. Q.B.). It appears that the jurisdictional point was not argued in these cases so they provide no precedent on the issue. Interestingly, however, the Saskatchewan Court of Queen's Bench in *Bear* 2010 observed in passing that the attornment clause agreed upon in the Muskoday Settlement Agreement, which is identical to section 20.19 of the PFN Settlement Agreement, could be an impediment to the Muskoday First Nation's action before the Court of

l'autorisation de le modifier, puisque les revendications de la demande de redressement qui relèvent de la compétence de la Cour fédérale sont étroitement liées à celles qui ne relèvent pas de cette même compétence. La mesure la plus simple à appliquer est par conséquent de radier le paragraphe et de donner à la PNP la possibilité de modifier sa demande de redressement pour exercer des recours découlant de l'interprétation et de l'application de l'accord de règlement avec la PNP contre la Saskatchewan et le Canada et exercer le reste des recours uniquement contre le Canada.

[91] Nous sommes conscients que la bifurcation potentielle de la revendication contre la Saskatchewan n'est peut-être pas ce que souhaiterait la PNP pour exposer ses diverses revendications, mais nous croyons que c'est ce qu'exige l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP. Qui plus est, les revendications visant l'interprétation et l'application de l'accord de règlement avec la PNP et un manquement à un devoir de consulter non lié sont théoriquement distinctes et peuvent par conséquent être débattues séparément. Si cela semble trop lourd, les parties sont libres, conformément à l'article 20.11 de l'accord de règlement avec la PNP, de signer un accord modificateur pour conférer la compétence pour l'ensemble du litige à la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan.

[92] Enfin, nous souhaitons commenter la question pratique soulevée par la Saskatchewan relativement au fait que d'autres revendications semblables à celle de la PNP ont été entendues par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, laquelle, selon nos conclusions, n'a pas compétence sur ces revendications : voir, par exemple, l'arrêt *Chief Austin Bear v. Government of Saskatchewan*, 2010 SKQB 342, 365 Sask. R. 150 (*Bear* 2010); l'arrêt *Bear v. Saskatchewan*, 2012 SKQB 232, [2012] 4 C.N.L.R. 53; l'arrêt *One Arrow First Nation v. Saskatchewan*, [2000] 1 C.N.L.R. 162, 1999 CanLII 12857 (B.R. Sask.). Il semble que la question de la compétence n'a pas été soulevée dans les arrêts précités et ils n'offrent donc aucune jurisprudence sur la question. Toutefois, autre détail intéressant, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a noté en passant, dans l'arrêt *Bear* 2010, que la clause de reconnaissance convenue dans l'accord de règlement avec la

Queen's Bench if Canada remained as a party to the action.

[93] It may well be open to the parties in the cases that are proceeding before the Saskatchewan courts to treat the pleadings as an agreement to amend the attornment clause, necessitated by virtue of circumstances, and to be an agreement within the scope of section 21.01 of the Framework Agreement (or other like provision in a later settlement agreement, if applicable) that was required in good faith to fulfill the spirit and intent of the agreement. Were this possible, this other litigation could continue to proceed before the Saskatchewan courts. That, however, is not a matter for this Court to rule on and is rather a matter for the Saskatchewan courts to decide.

[94] Success in this matter being divided, we would propose that each party bear its own costs of this appeal and in the Federal Court.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[95] PELLETIER J.A. (concurring reasons): I agree with the disposition of this appeal proposed by my colleagues. However, I believe that there is a line of reasoning which supports my colleagues' conclusion as to the effect of paragraph 17(3)(b) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 (the FCA) but which is also capable of supporting Federal Court jurisdiction on a stand-alone basis if, for whatever reason, the argument as to paragraph 17(3)(b) should be found wanting.

[96] Like my colleagues, I agree that Saskatchewan's argument as to Crown immunity must fail. For the purposes of this discussion, Crown immunity deals with whether the Crown is bound by legislation of general application. But, in this case, the source of the Crown's obligation is contractual, not legislative. The Supreme

Première Nation Muskoday, laquelle est identique à l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP, pourrait constituer une entrave à l'action intentée par la Première Nation Muskoday devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan si le Canada devait demeurer partie à l'action.

[93] Les parties pourraient, dans les affaires entendues devant les tribunaux de la Saskatchewan, traiter les plaidoyers comme un accord pour modifier la clause de reconnaissance, nécessaire en vertu des circonstances, et comme un accord au sens de l'article 21.01 de l'accord-cadre (ou d'une disposition semblable dans un accord de règlement ultérieur, le cas échéant) véritablement nécessaire pour respecter l'esprit et l'intention de l'accord. Si cela était possible, cet autre litige pourrait continuer d'être entendu devant les tribunaux de la Saskatchewan. Toutefois, cette question ne relève pas de la Cour; il s'agit plutôt d'une question que devront trancher les tribunaux de la Saskatchewan.

[94] Compte tenu du succès partagé obtenu en l'espèce, nous proposerions que chacune des parties paye ses propres dépens afférents au présent appel et à la Cour fédérale.

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

[95] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (motifs concordants) : Je suis d'accord avec l'issue du présent appel proposée par mes collègues. Cependant, je crois qu'il existe un raisonnement appuyant la conclusion de mes collègues quant à l'effet de l'alinéa 17(3)b de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 (la LCF), et qui est également capable d'appuyer la compétence de la Cour fédérale à lui seul si, pour une quelconque raison, l'argument de l'alinéa 17(3)b se révélait insuffisant.

[96] À l'instar de mes collègues, je suis d'avis que l'argument de la Saskatchewan quant à l'immunité de la Couronne doit être rejeté. Aux fins de la présente discussion, en ce qui a trait à l'immunité de la Couronne, il s'agit de déterminer si la Couronne est liée par une loi d'application générale. Cependant, en l'espèce, la source

Court has made it clear that Crown immunity has no application to the Crown's contractual obligations:

The rules respecting the liability of the Crown therefore differ depending on whether the source of the obligation is contractual or legislative. The Crown is bound by a contractual obligation in the same manner as an individual, whereas as a general rule it is not bound by an obligation resulting from the law alone unless it is mentioned in it. This also means that subject possibly to a limited number of exceptions which would not apply here in any event, the rights and prerogatives of the Crown cannot be invoked to limit or alter the terms of a contract, which comprises not only what is expressly provided in it but also everything that normally results from it according to usage or the law.

(Bank of Montreal v. Attorney General (Quebec), [1979] 1 S.C.R. 565, at page 574.)

[97] As a result, Saskatchewan cannot claim Crown immunity in respect of its contractual obligation under the PFN Settlement Agreement. Of course, the fact that Saskatchewan is not immune from suit does not mean that the Federal Court therefore has jurisdiction over it.

[98] The contractual term which gives rise to the issue of jurisdiction is section 20.19 of the PFN Settlement Agreement, reproduced below for ease of reference:

Notwithstanding Article 19, save and except for those questions to which arbitration has been agreed to in section 19.02, in the event the parties concerned are unable to agree on any matter, including a question of interpretation of any term, covenant, condition or provision of this Agreement, the determination of any such disagreement and the enforcement thereof, shall be within the exclusive jurisdiction of the Federal Court of Canada.

Article 19 deals with arbitration and section 19.02 identifies the matters which are to be resolved by arbitration.

[99] It may be useful to begin with a discussion of those matters which cannot be the subject of exclusive

de l'obligation de la Couronne est contractuelle, et non législative. La Cour suprême a clairement précisé que l'immunité de la Couronne ne s'applique pas aux obligations contractuelles de la Couronne.

Les règles relatives à la responsabilité de la Couronne sont donc différentes selon que la source de l'obligation est contractuelle ou législative. La Couronne est liée par une obligation contractuelle de la même manière qu'un particulier alors qu'en règle générale, elle ne l'est pas par une obligation qui découle de la loi seule à moins d'y être nommée. C'est dire également que sous la réserve possible d'un nombre limité d'exceptions qui de toute façon ne sauraient s'appliquer ici, les droits ou prérogatives de la Couronne ne peuvent être invoqués pour limiter ou modifier le contenu d'un contrat qui comprend non seulement ce qui y est expressément stipulé, mais également tout ce qui en découle normalement suivant l'usage ou la loi.

(Banque de Montréal c. Procureur général (Québec), [1979] 1 R.C.S. 565, à la page 574.)

[97] Ainsi, la Saskatchewan ne peut pas invoquer l'immunité de la Couronne concernant son obligation contractuelle en vertu de l'accord de règlement avec la PNP. Naturellement, le fait que la Saskatchewan ne bénéficie pas de l'immunité à l'égard de poursuites ne signifie pas que la Cour fédérale a forcément compétence sur elle.

[98] La condition contractuelle qui donne lieu à la question de compétence est l'article 20.19 de l'accord de règlement avec la PNP, reproduit ci-dessous par souci de commodité :

[TRADUCTION] Nonobstant l'article 19, à l'exception des questions à l'égard desquelles il a été convenu de procéder à l'arbitrage aux termes de l'article 19.02 en cas de différend entre les parties, notamment sur une question d'interprétation d'un terme, d'un engagement, d'une condition ou d'une disposition du présent accord, le règlement de pareil différend et l'exécution y afférente relèvent de la compétence exclusive de la Cour fédérale du Canada.

L'article 19 traite d'arbitrage et l'article 19.02 énonce les questions qui peuvent être résolues par l'arbitrage.

[99] Il peut être utile de commencer par une discussion au sujet de ces questions qui ne peuvent être assujetties

Federal Court jurisdiction pursuant to section 20.19. It can be said with some confidence that allegations and claims for relief in the statement of claim which are unrelated to the interpretation or enforcement of the PFN Settlement Agreement are outside the scope of section 20.19. Pasqua First Nation cannot rely on section 20.19 to compel either Canada or Saskatchewan to litigate matters which do not arise out of the agreement in the Federal Court.

[100] The statement of claim is 68 paragraphs long and, while it pleads the terms of the PFN Settlement Agreement, it also contains some allegations which do not appear to arise out of the agreement. Saskatchewan says, at paragraph 20 of its memorandum of fact and law, that Pasqua First Nation seeks “declarations of constitutional rights and obligations that exist outside the Agreement’s terms”. Assuming Saskatchewan’s characterization to be correct, any such claims or allegations would not be subject to section 20.19. My colleagues point out that the pleadings with respect to the Legacy Mining Project fall into this category. I agree with them and I agree with their proposed disposition of those pleadings.

[101] That said, the fact that specific allegations go beyond the scope of section 20.19 does not mean that the whole claim is therefore tainted. This brings us back to the issue of whether the Federal Court has jurisdiction over this claim, which in turn, brings us back to section 20.19.

[102] Saskatchewan’s principal argument is that it is not bound by section 20.19 because the Federal Court does not have jurisdiction over it in the absence of a specific statutory grant of such jurisdiction. In making this argument, Saskatchewan invokes the first branch of the three-part test for Federal Court jurisdiction set out in *ITO–Int’l Terminal Operators v. Miida Electronics*, [1986] 1 S.C.R. 752 (*ITO*), at page 766:

1. There must be a statutory grant of jurisdiction by the federal Parliament.

à la compétence exclusive de la Cour fédérale en vertu de l’article 20.19. On peut affirmer avec une certaine certitude que les allégations et demandes de recours dans la déclaration qui n’ont pas de lien avec l’interprétation ou l’application de l’accord de règlement avec la PNP ne relèvent pas de l’article 20.19. La Première Nation de Pasqua ne peut pas invoquer l’article 20.19 pour obliger le Canada ou la Saskatchewan à porter devant la Cour fédérale des questions qui ne découlent pas de l’accord.

[100] La déclaration fait 68 paragraphes et même si elle fait valoir les modalités de l’accord de règlement avec la PNP, elle contient également certaines allégations qui ne semblent pas découler de l’accord. La Saskatchewan dit, au paragraphe 20 de son mémoire des faits et du droit, que la Première Nation de Pasqua cherche [TRADUCTION] « des déclarations de droits et obligations constitutionnels qui existent en dehors des modalités de l’accord ». En supposant que la Saskatchewan ait raison, de telles revendications ou allégations ne pourraient être assujetties à l’article 20.19. Mes collègues soulignent que les plaidoyers concernant le projet minier Legacy tombent dans cette catégorie. Je suis d’accord avec eux et avec leur décision proposée relative aux plaidoyers.

[101] Cela dit, le fait que des allégations précises dépassent la portée de l’article 20.19 ne signifie pas que l’ensemble de la revendication est par conséquent viciée. Cela nous ramène à la question de savoir si la Cour fédérale a compétence sur cette revendication, qui en retour nous ramène à l’article 20.19.

[102] Le principal argument de la Saskatchewan est qu’elle n’est pas liée par l’article 20.19 parce que la Cour fédérale n’a pas compétence sur elle en l’absence d’une attribution précise d’une telle compétence par une loi. En présentant cet argument, la Saskatchewan invoque le premier élément du critère à trois volets applicable à la compétence de la Cour fédérale établi dans l’arrêt *ITO–Int’l Terminal Operators c. Miida Electronics*, [1986] 1 R.C.S. 752 (*ITO*), à la page 766 :

1. Il doit y avoir attribution de compétence par une loi du Parlement fédéral.

2. There must be an existing body of federal law which is essential to the disposition of the case and which nourishes the statutory grant of jurisdiction.
3. The law on which the case is based must be “a law of Canada” as the phrase is used in s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

[103] It is important to be clear about the defect in jurisdiction which is being alleged. My colleagues, relying on *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322 (*Roberts*) have concluded that the second and third branches of the *ITO* test are satisfied. I agree with their analysis. Furthermore, it appears to me that *Roberts* is a full answer to Saskatchewan’s plea that no law of Canada underlies Pasqua First Nation’s claim:

I would conclude therefore that “laws of Canada” are exclusively required for the disposition of this appeal, namely *the relevant provisions of the Indian Act*, the act of the federal executive pursuant to the *Indian Act* in setting aside the reserve in issue for the use and occupancy of one or other of the two claimant Bands, and *the common law of aboriginal title which underlies the fiduciary obligations of the Crown to both Bands*. The remaining two elements of the test set out in *ITO, supra*, are accordingly satisfied.

(*Roberts*, at page 340; emphasis added.)

[104] While the issue here is not the same as it was in *Roberts*, it rests upon the same laws of Canada.

[105] That leaves the first branch of the test to be satisfied.

[106] As between the Pasqua First Nation and Canada, the statutory grant of jurisdiction can be found in either subsection 17(1) of the FCA since the action is one in which “relief is claimed against the Crown” or in paragraph 17(2)(b) as a claim arising “out of a contract entered into by or on behalf of the Crown”.

2. Il doit exister un ensemble de règles de droit fédérales qui soit essentiel à la solution du litige et constitue le fondement de l’attribution légale de compétence.
3. La loi invoquée dans l’affaire doit être « une loi du Canada » au sens où cette expression est employée à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[103] Il est important d’être clair sur le défaut de compétence qui est allégué. Mes collègues, s’appuyant sur l’arrêt *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322 (*Roberts*), ont conclu que les deuxième et troisième éléments du critère énoncé dans l’arrêt *ITO* étaient respectés. Je suis d’accord avec leur analyse. Qui plus est, il m’apparaît que l’arrêt *Roberts* répond entièrement au plaidoyer de la Saskatchewan qu’aucune loi du Canada ne sous-tend la revendication de la Première Nation de Pasqua :

Je suis donc d’avis de conclure que seules les « lois du Canada » sont requises pour résoudre le présent pourvoi, savoir *les dispositions pertinentes de la Loi sur les Indiens*, l’acte que l’exécutif fédéral a accompli conformément à la *Loi sur les Indiens* en mettant de côté la réserve en cause pour l’usage et l’occupation de l’une ou de l’autre des deux bandes requérantes, et *la common law du titre aborigène qui sous-tend les obligations de fiduciaire qu’a la Couronne envers les deux bandes*. Les deux autres éléments du critère établi dans l’arrêt *ITO*, précité, sont en conséquence respectés.

(Arrêt *Roberts*, à la page 340; non souligné dans l’original.)

[104] Même si la question en cause ici n’est pas la même que dans l’arrêt *Roberts*, elle repose sur les mêmes lois du Canada.

[105] Il reste le premier élément du critère à satisfaire.

[106] En ce qui concerne la Première Nation de Pasqua et le Canada, l’attribution de compétence peut être trouvée au paragraphe 17(1) de la LCF, puisque l’action intentée est un cas « de demande de réparation contre la Couronne » ou à l’alinéa 17(2)b), puisque la demande est motivée par « un contrat conclu par ou pour la Couronne ».

[107] As a result, the Federal Court has jurisdiction over Canada and over the subject matter of the litigation, whether it be considered from the point of view of substantive law, the Crown's obligations to Aboriginal peoples, or from the point of view of the enforcement of a contract made by the Crown. On the other hand, Saskatchewan argues that the Federal Court lacks subject-matter jurisdiction over Saskatchewan Crown lands. This, I believe, misses the point. Saskatchewan received those lands subject to the reservation that they would be re-conveyed to the federal Crown if they were required to satisfy the federal Crown's treaty obligations, a condition to which Saskatchewan agreed. This agreement underpins Saskatchewan's obligations under the PFN Settlement Agreement, which obligations arise from and give effect to federal common law and to the *Indian Act* relating to Indian lands, as well as to the *Saskatchewan Treaty Land Entitlement Act*, S.C. 1993, c. 11 and the *Claim Settlements (Alberta and Saskatchewan) Implementation Act*, S.C. 2002, c. 3. As a result, the Federal Court has subject-matter jurisdiction, as regards Saskatchewan Crown lands, to the extent provided in the PFN Settlement Agreement.

[108] This leaves the issue of jurisdiction over the person which, once again, brings us back to section 20.19. Saskatchewan refers to this provision as an attornment clause but for private international law purposes, I believe that it would be characterized as a choice of forum or forum selection clause. Notwithstanding the difference in characterization, a forum selection clause must necessarily imply that the parties will submit to, or attorn to, the jurisdiction of the agreed-upon forum, otherwise the clause would serve no useful purpose.

[109] Saskatchewan seeks to undo its attornment to the jurisdiction of the Federal Court by arguing that jurisdiction cannot be created by consent. It cites a number of cases in support of that proposition: *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 38; *Merck Frosst Canada Inc. v. Apotex Inc.*, [1997] 2 F.C. 561 (C.A.), at paragraph 10; *Armeco Construction Ltd. v. Canada* (1995),

[107] Ainsi, la Cour fédérale a compétence sur le Canada et sur l'objet du litige, qu'on le considère du point de vue des règles juridiques de fond, des obligations de la Couronne envers les peuples autochtones, ou encore du point de vue de l'exécution d'un contrat conclu par la Couronne. Toutefois, la Saskatchewan allègue que la Cour fédérale n'a pas compétence sur l'objet du litige en ce qui concerne les terres de la Couronne de la Saskatchewan. Cette allégation n'est, selon moi, pas pertinente. La Saskatchewan a reçu ces terres sous réserve qu'elles soient à nouveau cédées à la Couronne fédérale au cas où elle en aurait besoin pour satisfaire à ses obligations en vertu de traités, condition à laquelle a souscrit la Saskatchewan. Cette entente sous-tend les obligations de la Saskatchewan en vertu de l'accord de règlement avec la PNP, obligations qui découlent de la common law fédérale et de la *Loi sur les Indiens* relativement aux terres des Indiens, et y donnent effet, de même que de la *Loi sur les droits fonciers issus de traités en Saskatchewan*, L.C. 1993, ch. 11 et de la *Loi sur la mise en œuvre de mesures concernant le règlement de revendications (Alberta et Saskatchewan)*, L.C. 2002, ch. 3. Ainsi, la Cour fédérale a compétence sur l'objet du litige, en ce qui concerne les terres de la Couronne de la Saskatchewan, dans la mesure prévue dans l'accord de règlement avec la PNP.

[108] Reste la question de la compétence sur la personne qui, une fois encore, nous ramène à l'article 20.19. La Saskatchewan fait référence à cette disposition comme à une clause de reconnaissance. Toutefois, aux fins du droit international privé, je crois que cette clause serait considérée comme une clause d'élection de for. Nonobstant la différence de caractérisation, une clause d'élection de for doit nécessairement laisser sous-entendre que les parties se soumettront, ou s'en remettront, à la compétence de l'instance décisionnelle convenue, autrement la clause ne servirait à rien.

[109] La Saskatchewan cherche à annuler son acquiescement à la compétence de la Cour fédérale en affirmant que la compétence ne peut être créée par consentement. Elle cite plusieurs précédents qui appuient cette proposition : l'arrêt *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 38; la décision *Merck Frosst Canada Inc. c. Apotex Inc.*, [1997] 2 C.F. 561 (C.A.), au paragraphe 10;

94 F.T.R. 314, [1995] F.C.J. No. 473 (T.D.) (QL), at paragraph 25, affd 103 F.T.R. 240, [1995] F.C.J. No. 1561 (C.A.) (QL); *Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission*, [1988] 2 F.C. 437 (T.D.), at page 449. To the extent that these cases stand for the proposition that (a) an agreement among counsel as to a point of law does not bind the Court, or (b) subject-matter jurisdiction cannot be created by consent, I have no quarrel with them. However, none of these cases stand for the proposition that jurisdiction over the person cannot arise by agreement.

[110] The Supreme Court has held that choice of forum clauses should be given effect, unless there is “strong cause” for not doing so: *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450 (*Z.I. Pompey*). While the issue in *Z.I. Pompey* was the test to be applied with respect to an application for a stay of a proceeding in the Federal Court on the basis that the parties had chosen another forum in their contract (in that case, a bill of lading), the Court’s comments with respect to choice of forum or forum selection clauses are of general application:

Forum selection clauses are common components of international commercial transactions, and are particularly common in bills of lading. They have, in short, “been applied for ages in the industry and by the courts”: Décarý J.A. in *Jian Sheng*, *supra*, at para. 7. These clauses are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law: La Forest J. in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077, at pp. 1096-97; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, 2001 SCC 90, at paras. 71-72.... In the context of international commerce, order and fairness have been achieved at least in part by application of the “strong cause” test. This test rightly imposes the burden on the plaintiff to satisfy the court that there is good reason it should not be bound by the forum selection clause. *It is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements*. There is no reason to consider forum selection clauses to be non-responsibility clauses in disguise.

la décision *Armeco Construction Ltd. c. Canada*, [1995] A.C.F. n° 473 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 25, conf. par [1995] A.C.F. n° 1561 (C.A.) (QL); la décision *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Commission canadienne des transports*, [1988] 2 C.F. 437 (1^{re} inst.), à la page 449. Dans la mesure où cette jurisprudence étaye la thèse selon laquelle a) un consentement des avocats sur une question de droit ne lie pas la Cour; ou b) la compétence sur l’objet du litige ne peut être créée par consentement, je ne la remets pas en question. Toutefois, aucun de ces précédents n’étaye la thèse selon laquelle la compétence sur la personne ne peut découler d’un accord.

[110] La Cour suprême a conclu qu’il fallait donner effet aux clauses d’élection de for, à moins qu’il n’existe des « motifs sérieux » de ne pas le faire : arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450 (*Z.I. Pompey*). Bien que la question en litige dans l’arrêt *Z.I. Pompey* concernait le critère à appliquer relativement à une demande de suspension des procédures devant la Cour fédérale parce que les parties avaient choisi une autre instance dans leur contrat (un connaissance, en l’espèce), les commentaires de la Cour suprême quant aux clauses d’élection de for sont d’application générale :

Des clauses d’élection de for sont stipulées couramment dans le cadre d’opérations commerciales internationales et spécialement dans les connaissements. En somme, elles « sont appliquées depuis toujours dans l’industrie et par les tribunaux » : le juge Décarý dans *Jian Sheng*, précité, au par. 7. Les tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l’ordre et l’équité : le juge La Forest dans *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077, p. 1096-1097; *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, 2001 CSC 90, aux par. 71-72 [...] Dans le contexte du commerce international, l’ordre et l’équité sont attribuables, du moins en partie, à l’application du critère des « motifs sérieux ». Suivant ce critère, il incombe à juste titre au demandeur de convaincre la cour qu’un motif valable justifie qu’il ne soit pas lié par la clause d’élection de for. Il est essentiel que les tribunaux accordent l’importance voulue au fait qu’il est souhaitable de contraindre les parties contractantes à respecter leurs engagements. Rien ne justifie qu’une clause d’élection de

for soit assimilée à une clause d'exonération de responsabilité déguisée.

(*Z.I. Pompey*, at paragraph 20; emphasis added.)

(Arrêt *Z.I. Pompey*, au paragraphe 20; non souligné dans l'original.)

[111] Everything that the Supreme Court said about the need to give full effect to forum selection clauses applies equally to the implied agreement to attorn to the jurisdiction of the agreed-upon forum.

[111] Tout ce qu'a dit la Cour suprême au sujet de la nécessité de donner effet aux clauses d'élection de for s'applique également dans le cas d'un accord implicite de se soumettre à la compétence de l'instance à laquelle ont convenu les parties.

[112] In order to place the Supreme Court's decision in context, it is necessary to consider its earlier decision in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077 (*Morguard*), in which the Court modified the principles of private international law by articulating a principled basis for the enforcement of provincial superior court judgments from one province to another. The Court's reasoning rested on considerations as to the nature of Canada as a federal state and the need for order and fairness to ensure security of transactions:

[112] Pour replacer la décision de la Cour suprême en contexte, il faut examiner la décision qu'elle a prise antérieurement dans l'arrêt *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077 (*Morguard*), où la Cour suprême a modifié les principes du droit international privé en affirmant un principe de base pour l'exécution des jugements d'une cour supérieure provinciale dans une autre province. Le raisonnement de la Cour suprême reposait sur des considérations relatives à la nature du Canada en tant qu'État fédéral et à la nécessité de principes d'ordre et d'équité pour garantir la sûreté des opérations :

... see Hessel E. Yntema, "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721, at p. 741. As is evident throughout his article, what must underlie a modern system of private international law are principles of order and fairness, principles that ensure security of transactions with justice.

[...] voir Hessel E. Yntema, « The Objectives of Private International Law » (1957), 35 *R. du B. can.* 721, à la p. 741. Comme le démontre tout son article, ce sont les principes d'ordre et d'équité, des principes qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations qui doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé.

...

[...]

... I referred earlier to the principles of order and fairness that should obtain in this area of the law. Both order and justice militate in favour of the security of transactions.

[...] J'ai déjà parlé des principes d'ordre et d'équité qui devraient s'appliquer à cette branche du droit. L'ordre et la justice militent tous les deux en faveur de la sécurité des opérations.

(*Morguard*, at page 1097 and 1102.)

(Arrêt *Morguard*, aux pages 1097 et 1102.)

[113] The principles of order and fairness were raised to the level of constitutional imperatives in *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at pages 324 and 325. I take this to mean that in the application of principles derived from private international law in the context of the Canadian federation, Courts should give "full faith and

[113] Les principes d'ordre et d'équité ont été élevés au niveau d'impératifs constitutionnels dans l'arrêt *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, aux pages 324 et 325. J'en conclus que, dans l'application des principes dérivés du droit international privé dans le contexte de la fédération canadienne, il devrait y avoir de la part des

credit” to the judgments of courts of other Canadian jurisdictions.

[114] Within that context, the Federal Court occupies a special position among Canadian superior courts as a statutory court. But, as was pointed out in *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626 (*Canadian Liberty Net*), at paragraph 34:

... But in my view, there is nothing in this articulation of the essentially remedial concept of inherent jurisdiction which in any way can be used to justify a narrow, rather than a fair and liberal, interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is a “gap” in statutory grants of jurisdiction is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them.

[115] This admonition is relevant to the search for a statutory basis for the Federal Court’s jurisdiction against Saskatchewan. It authorizes a “fair and liberal” reading of paragraph 17(3)(b) so that the Federal Court is enabled to assert the jurisdiction over Saskatchewan which the latter has contractually ceded. Failing that, it militates against a restrictive reading of the jurisprudence relating to Federal Court jurisdiction as, for example, in the case of choice of forum clauses or, for that matter, the *ITO* test itself.

[116] In this context, the Supreme Court’s decision in *Z.I. Pompey* goes a long way towards resolving the issue in this matter. There, the Supreme Court held that the Federal Court ought to have granted a stay of proceedings pending in that court on the basis of a choice of forum clause in which the parties agreed to litigate their differences in the courts of Antwerp. While *Z.I. Pompey* was a maritime case where the Federal Court enjoys a robust jurisdiction by virtue of section 22 of the FCA, the principles articulated in that case are, as noted above,

tribunaux une « reconnaissance totale » des jugements des tribunaux des autres provinces canadiennes.

[114] Dans ce contexte, la Cour fédérale, à titre de cour créée par une loi, occupe une position spéciale parmi les cours supérieures canadiennes. Cependant, comme on l’a souligné dans l’arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626 (*Canadian Liberty Net*), au paragraphe 34 :

[...] Toutefois, je suis d’avis que rien dans cet exposé de la notion essentiellement réparatrice de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite, plutôt qu’une interprétation juste et libérale, des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime — selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière fédérale en cas de « lacune » dans l’attribution législative des compétences — est entièrement différente de l’argument selon lequel il faut conclure à l’existence d’une « lacune » dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question.

[115] Cette mise en garde est pertinente à la quête d’un fondement législatif à la compétence de la Cour fédérale à l’égard de la Saskatchewan. Elle autorise une lecture « juste et libérale » de l’alinéa 17(3)b) permettant ainsi à la Cour fédérale d’affirmer sa compétence sur la Saskatchewan, compétence que lui a cédée cette dernière en vertu d’un contrat. Sinon, elle milite contre une lecture restrictive de la jurisprudence relative à la compétence de la Cour fédérale comme dans le cas des clauses d’élection de for ou, d’ailleurs, du critère énoncé dans l’arrêt *ITO* lui-même.

[116] Dans ce contexte, la décision de la Cour suprême dans l’arrêt *Z.I. Pompey* permet dans une large mesure de résoudre la question en litige dans la présente affaire. Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que la Cour fédérale aurait dû accorder une suspension des procédures dont elle était saisie en raison de la clause d’élection de for par laquelle les parties ont convenu de soumettre leurs différends aux tribunaux d’Antwerp. Même si l’arrêt *Z.I. Pompey* touchait le droit maritime, où la Cour fédérale profite d’une solide compétence en vertu de

of general application: see, for example, *Momentous.ca Corp. v. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.*, 2012 SCC 9, [2012] 1 S.C.R. 359, at paragraph 9; *Microcell Communications Inc. v. Frey*, 2011 SKCA 136, [2012] 3 W.W.R. 423, at paragraphs 108 and 109; *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241.

[117] The same considerations which prompted the Supreme Court in *Z.I. Pompey* to hold that the Federal Court should give effect to choice of forum clauses when those clauses favour foreign courts must surely apply when those clauses favour the Federal Court, providing that the Federal Court has jurisdiction over the subject matter of the dispute.

[118] It appears to me to be contrary to the principles of order and fairness, as well as to security of transactions, to hold that the Federal Court does not have jurisdiction over a party who has attorned to its jurisdiction unless one can find a specific statutory grant of the power to give effect to choice of forum clauses. My colleagues have shown that paragraph 17(3)(b) is that specific statutory grant. But even if it were to be found that paragraph 17(3)(b) does not have the effect that my colleagues attribute to it, I remain persuaded that once it is shown that the Federal Court enjoys a statutory grant of jurisdiction over the subject matter, the principles of order and fairness require that effect be given to section 20.19 as a source of jurisdiction over the person, subject to any arguments as to the Federal Court being *forum non conveniens*.

[119] These considerations should dominate any consideration of choice of forum clauses as between provincial and federal governments and First Nations. Where there is a basis for Federal Court jurisdiction as between a First Nation and the federal Crown, it does not offend the established constitutional order to give effect to a province's voluntary undertaking to submit to the Federal Court's jurisdiction with respect to the interpretation and enforcement of an agreement to which all three have subscribed. On the contrary, giving effect

l'article 22 de la LCF, les principes exposés dans cet arrêt sont, comme on l'a souligné précédemment, d'application générale : voir, par exemple, l'arrêt *Momentous.ca Corp. c. Canadian American Association of Professional Baseball Ltd.*, 2012 CSC 9, [2012] 1 R.C.S. 359, au paragraphe 9; l'arrêt *Microcell Communications Inc. c. Frey*, 2011 SKCA 136, [2012] 3 W.W.R. 423, aux paragraphes 108 et 109; l'arrêt *Expedition Helicopters Inc. v. Honeywell Inc.*, 2010 ONCA 351, 100 O.R. (3d) 241.

[117] Les mêmes considérations qui ont amené la Cour suprême, dans l'arrêt *Z.I. Pompey*, à conclure que la Cour fédérale doit donner effet aux clauses d'élection de for lorsque ces clauses favorisent des tribunaux étrangers peuvent sûrement s'appliquer lorsque ces clauses favorisent la Cour fédérale, à condition que la Cour fédérale ait compétence sur l'objet du litige.

[118] Il m'apparaît contraire aux principes d'ordre et d'équité, et contraire à la sûreté des opérations, de conclure que la Cour fédérale n'a pas compétence sur une partie qui s'est soumise à sa compétence, à moins que l'on puisse trouver une attribution législative spécifique des pouvoirs permettant de donner effet aux clauses d'élection de for. Mes collègues ont montré que l'alinéa 17(3)b constitue cette attribution législative spécifique. Mais même si on devait en arriver à la conclusion que l'alinéa 17(3)b n'a pas l'effet que lui attribuent mes collègues, je demeure persuadé qu'une fois qu'il est démontré que la Cour fédérale s'est vue attribuer compétence sur l'objet du litige par une loi, les principes d'ordre et d'équité exigent de donner effet à l'article 20.19 comme source de compétence à l'égard de la personne, sous réserve de tout argument selon lequel la Cour fédérale serait *forum non conveniens*.

[119] Ces considérations devraient dominer toute réflexion relative aux clauses d'élection de for entre les gouvernements provinciaux et fédéral et les Premières Nations. Lorsqu'il existe un fondement à la compétence de la Cour fédérale entre une première nation et la Couronne fédérale, cela n'offense en rien l'ordre constitutionnel établi de donner effet à l'engagement volontaire d'une province de se soumettre à la compétence de la Cour fédérale en ce qui a trait à l'interprétation et à l'exécution d'un accord auquel ont souscrit

to a province's attornment to the jurisdiction of the Federal Court, is, if nothing else, an honourable way of respecting the province's undertaking to the First Nation to submit to Federal Court jurisdiction, allowing the latter to rely on the terms of such a tri-partite agreement, a form of security of transactions. Any overreaching by the Federal Court is constrained by the terms of the agreement and, if necessary, by the final review by the Supreme Court of Canada, which can determine if the Federal Court has overstepped its constitutional limitations: see *Canadian Liberty Net*, at paragraph 40.

[120] I would conclude by pointing out that attornment or choice of forum clauses in treaty land entitlement cases are always subject to challenge on grounds of *forum non conveniens* if the claim advanced exceeds the contractual framework or the pleadings raise issues which cannot be adjudicated by the Federal Court. Given my finding that the Federal Court has jurisdiction, it may be that any pleadings which would otherwise have supported a plea of *forum non conveniens*, apart from the pleadings with respect to the Legacy Mining Project and the prayer for relief, must now be dealt with by a motion to strike them on the basis that they are outside the jurisdiction conferred by section 20.19. I leave this to be dealt with when it arises.

[121] I conclude that the Federal Court can and should give effect to Saskatchewan's attornment to its jurisdiction with respect to the interpretation and enforcement of the PFN Settlement Agreement. I would therefore allow the appeal on the terms proposed by my colleagues.

les trois parties. Au contraire, donner effet à l'acquiescement d'une province à la compétence de la Cour fédérale est, à tout le moins, une façon honorable de respecter l'engagement de la province à l'égard de la Première Nation de se soumettre à la compétence de la Cour fédérale, ce qui permet à cette dernière de se fier aux modalités d'un tel accord tripartite, une forme de sûreté des opérations. Les modalités de l'accord et, si nécessaire, l'examen final mené par la Cour suprême du Canada, laquelle peut déterminer si la Cour fédérale a dépassé ses limites constitutionnelles, restreignent toute intervention excessive de la Cour fédérale : voir l'arrêt *Canadian Liberty Net*, au paragraphe 40.

[120] Je terminerais en soulignant que les clauses d'acquiescement ou d'élection de for dans les affaires de droits fonciers issus de traités sont toujours susceptibles d'être contestées sur le fondement du *forum non conveniens* si la revendication présentée dépasse le cadre contractuel ou si les plaidoyers soulèvent des questions que ne peut trancher la Cour fédérale. Compte tenu de ma conclusion selon laquelle la Cour fédérale a compétence, il se peut que les plaidoiries qui auraient autrement appuyé un plaidoyer de *forum non conveniens*, à l'exception des plaidoiries concernant le projet minier Legacy et la demande de redressement, doivent dorénavant faire l'objet de requêtes en radiation, au motif qu'elles dépassent les limites de la compétence conférée par l'article 20.19. Ces questions seront abordées quand elles se présenteront.

[121] Je conclus que la Cour fédérale peut et doit donner effet à l'acquiescement de la Saskatchewan à l'égard de sa compétence relativement à l'interprétation et à l'application de l'accord de règlement avec la PNP. Par conséquent, j'accueillerais l'appel selon les modalités proposées par mes collègues.

IMM-18-16
2016 FC 1217

IMM-18-16
2016 CF 1217

Nelly Penol Cedana (*Applicant*)

Nelly Penol Cedana (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: CEDANA v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)

RÉPERTORIÉ : CEDANA c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, Elliott J.—Toronto, October 6; Ottawa, November 2, 2016.

Cour fédérale, juge Elliott—Toronto, 6 octobre; Ottawa, 2 novembre 2016.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of exclusion order issued by Immigration Division (ID) of Immigration and Refugee Board under Immigration and Refugee Protection Act, s. 45(d) in which applicant found inadmissible to Canada for misrepresentation contrary to Act, s. 40(1)(a) — Applicant coming to Canada under Live-In Caregiver Program; working for parents of three young children for about one year but later terminated — Remaining at house to live, work part-time while also cleaning other houses part-time — Making fraudulent arrangements with parents regarding employment earnings, T4 slips — Applicant misrepresenting or withholding information in application form for permanent residence but later admitting false information at interview — Whether exclusion order unreasonable on merits — Applicant's counsel submitting that case law defence of lack of mens rea constituting answer to misrepresentation under Act, s. 40(1); that applicant vulnerable person whose employers owing applicant fiduciary duty — However, ID clearly, fully addressing employment relationship, impact thereof on applicant, applicant's vulnerability in present case — Case law examined supporting ID's finding — ID's findings, conclusion, inter alia, that applicant withholding information, that parents' exploitation of applicant not resulting in applicant's misrepresentations reasonable — Findings, conclusions drawn by ID clearly explained, substantiated with reference to evidence — Application dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion émise par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'art. 45d) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés par laquelle la demanderesse a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l'art. 40(1)a) de la Loi — La demanderesse est arrivée au Canada dans le cadre du Programme des aides familiaux résidents; elle a travaillé pour des parents de trois jeunes enfants pendant environ un an, mais elle a été plus tard congédiée — Elle a continué à habiter dans la maison et à s'occuper des enfants à temps partiel, tout en faisant de l'entretien ménager dans d'autres maisons — La demanderesse a pris des arrangements frauduleux avec les parents en ce qui a trait à ses revenus et en vue de recevoir des feuillets T4 — La demanderesse a omis ou dissimulé des faits importants dans sa demande de résidence permanente, mais elle a admis plus tard ces faux renseignements lors de l'entrevue — Il s'agissait de savoir si la mesure d'exclusion était déraisonnable sur le fond — L'avocat de la demanderesse a fait valoir que le concept d'intention coupable élaboré par la jurisprudence était une réponse à de fausses déclarations en vertu du paragraphe 40(1) de la Loi; que la demanderesse était une personne vulnérable envers laquelle les employeurs avaient une obligation fiduciaire — Cependant, la SI a abordé clairement et en profondeur la relation d'emploi, ses répercussions pour la demanderesse et la vulnérabilité de la demanderesse en l'espace — La jurisprudence examinée appuie la conclusion de la SI — Les conclusions de la SI, soit que la demanderesse dissimulait des renseignements et que l'exploitation que les parents ont fait subir à la demanderesse n'étaient pas à l'origine des fausses déclarations de la demanderesse, étaient raisonnables — Les conclusions tirées par la SI ont été clairement décrites et étayées par des références aux éléments de preuve — Demande rejetée.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Summons — Applicant challenging exclusion order issued under Immigration and Refugee Protection Act, s. 45(d) in which found inadmissible to Canada for misrepresentation contrary to Act, s. 40(1)(a) — Applicant coming to Canada under Live-In Caregiver Program — Becoming involved in illegal, fraudulent arrangements with employers — At admissibility hearing, applicant's counsel seeking to have summons issued in particular to applicant's former employers — Whether ID hearing procedurally unfair because refusing to issue summons to compel applicant's former employers to testify — Immigration Division Rules, r. 33(2) providing that in deciding whether to issue summons, ID must consider relevant factors, two of which specifically identified in r. 33(2)(a) (necessity of testimony to full, proper hearing), in r. 33(2)(b) (ability of person to give testimony) — Review of evidence showing ID considering number of factors in rejecting summons application — Applicant not establishing hearing before ID procedurally unfair or compromised by ID's refusal to issue summons to employers — Furthermore, employers not wanting to testify — Thus, ID not erring in refusing to issue summons to employers; no procedural unfairness existing — ID considering, applying provisions of r. 33(2).

This was an application for judicial review of an exclusion order (the decision) issued by the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board under paragraph 45(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, in which the applicant was found inadmissible to Canada for misrepresentation contrary to paragraph 40(1)(a) of the Act.

The applicant came to Canada under the Live-In Caregiver Program in 2009. After her original placement did not materialize, she received a new work permit to work for a teacher and lawyer as a live-in caregiver to their three young children. The mother and father of the children (the parents) employed the applicant in that capacity for about one year. The applicant was later terminated but was told that she could still live at the house while looking for a new live-in position. The applicant found a new position but had certain misgivings about it. Thus, it was arranged with the father of the children that she

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Citations à comparaître — La demanderesse contestait une mesure d'exclusion émise en vertu de l'art. 45d) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés par laquelle elle a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l'art. 40(1)a) de la Loi — La demanderesse est arrivée au Canada dans le cadre du Programme des aides familiaux résidents — Elle a été impliquée dans des arrangements illégaux et frauduleux avec ses employeurs — Lors de l'enquête, l'avocat de la demanderesse a cherché à délivrer une citation à comparaître pour obliger les anciens employeurs de la demanderesse à témoigner — Il s'agissait de savoir si l'audience de la SI était inéquitable sur le plan procédural puisque la SI a refusé de délivrer une citation à comparaître pour obliger les anciens employeurs de la demanderesse à témoigner — La règle 33(2) des Règles de la Section de l'immigration prévoit qu'en décidant de délivrer une citation à comparaître, la SI doit considérer les facteurs pertinents, dont deux sont mentionnés à la règle 33(2)a) (la nécessité du témoignage pour l'instruction approfondie de l'affaire) et à la règle 33(2)b) (la capacité de la personne de présenter ce témoignage) — Un examen de la preuve démontrait que la SI a tenu compte d'un certain nombre de facteurs pour rejeter la demande de citation à comparaître — La demanderesse n'a pas établi que l'audience à laquelle elle a eu droit devant la SI était de quelque façon que ce soit inéquitable sur le plan procédural ou qu'elle ait été compromise par le refus de la SI de délivrer une citation à comparaître à ses employeurs — De plus, les employeurs ne voulaient simplement pas témoigner — Par conséquent, la SI n'a pas commis d'erreur en refusant de délivrer une citation à comparaître aux employeurs; il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale — Les dispositions de la règle 33(2) des Règles ont été prises en compte et appliquées par la SI.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion émise par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'alinéa 45d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* par laquelle la demanderesse a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l'alinéa 40(1)a) de la Loi.

La demanderesse est arrivée au Canada en 2009 dans le cadre du Programme des aides familiaux résidents. Après qu'une offre de placement initiale ne se soit pas concrétisée, elle a reçu un nouveau permis de travail pour travailler pour une enseignante et un avocat à titre d'aide familiale résidente pour leurs trois jeunes enfants. La demanderesse a été à l'emploi de la mère et du père (les parents) à ce titre pendant environ un an. La demanderesse a été plus tard congédiée; on lui a dit cependant qu'elle pouvait continuer à habiter dans la maison, mais qu'elle devrait se trouver un autre emploi d'aide

continue to live in their home and look after the children part-time and also look for part-time work elsewhere. The applicant accepted this idea and made arrangements to pay the parents for boarding, upon receipt of which she would be issued a cheque for the same amount. The father told the applicant that he was still her employer and the applicant found jobs cleaning houses for other people. The applicant was issued T4 slips by the mother who claimed the recycled cash was employment income paid to the applicant.

When the applicant applied for permanent resident status, she declared in her application form that she had worked full time for the mother and was supporting herself from her monthly salary as a live-in caregiver. She did not mention her part-time cleaning work. The immigration authorities received a detailed anonymous tip letter that the applicant was working for several employers other than her legal employer. At her immigration interview, the applicant stated that she worked for the mother full-time and the mother confirmed this false information. When the information in the tip letter was raised, the applicant admitted she had worked at other addresses cleaning houses and confirmed that she was still working without authorization. Later, the officer reported to the respondent that the applicant was inadmissible under paragraph 40(1)(a) of the Act for reasons of misrepresentation by submitting fraudulent information in support of her application for permanent residence and withholding material facts about her employment. The report was then referred to the ID for an admissibility hearing. At the hearing, the applicant admitted she had misrepresented or withheld material facts but said that the misrepresentations were the fault of her former employers and that she genuinely believed that the information she was providing to the immigration authorities was true. Applicant's counsel sought to convince the ID to issue a summons to several people, including the parents. However, this request was denied even on reconsideration of the issue. An exclusion order issued after the applicant was found inadmissible to Canada for misrepresentation.

The issues were whether the ID hearing was procedurally unfair because it refused to issue a summons to compel the applicant's former employers (the parents) to testify and whether the decision was unreasonable on the merits.

résidente. La demanderesse a trouvé un nouvel emploi, mais elle avait des réserves quant à celui-ci. Par conséquent, des arrangements ont été pris avec le père des enfants pour qu'elle continue à habiter chez lui et à s'occuper des enfants à temps partiel, tout en travaillant ailleurs à temps partiel. La demanderesse a accepté l'idée et a pris des arrangements en vue de payer les parents pour l'hébergement et à la réception de ce montant, ils remettaient à la demanderesse un chèque libellé au même montant. Le père a affirmé à la demanderesse qu'il était encore son employeur et la demanderesse a commencé à faire de l'entretien ménager dans d'autres maisons. La demanderesse a reçu des feuillets T4 émis par la mère, laquelle a affirmé que les fonds recyclés étaient un revenu d'emploi versé à la demanderesse.

Lorsque la demanderesse a présenté une demande de résidence permanente, elle a déclaré dans sa demande qu'elle avait travaillé à temps plein pour la mère et vivait de son salaire mensuel à titre d'aide familiale résidente. Elle n'a pas mentionné le travail d'entretien ménager à temps partiel. Les autorités de l'immigration ont reçu une lettre de dénonciation anonyme détaillée indiquant que la demanderesse travaillait pour plusieurs employeurs autres que son employeur légal. Lors de l'entrevue de l'immigration, la demanderesse a affirmé qu'elle a travaillé pour la mère à temps plein et la mère a confirmé cette fausse information. Lorsque les renseignements contenus dans la lettre de dénonciation ont été soulevés, la demanderesse a admis avoir effectué de l'entretien ménager à d'autres adresses et elle a confirmé qu'elle travaillait encore sans autorisation. Plus tard, l'agente a déclaré au défendeur que la demanderesse était inadmissible en vertu de l'alinéa 40(1)a) de la Loi pour avoir fait une présentation erronée en soumettant des renseignements frauduleux pour étayer sa demande de résidence permanente et en omettant des faits importants sur l'emploi occupé. Le rapport a ensuite été déféré à la SI en vue d'une enquête. À l'audience, la demanderesse a admis qu'elle avait omis ou dissimulé des faits importants, mais a affirmé que ces fausses déclarations étaient en fait attribuables à ses anciens employeurs. Elle a affirmé qu'elle croyait véritablement et raisonnablement que les renseignements qu'elle avait fournis aux autorités de l'immigration étaient exacts. L'avocat de la demanderesse a cherché à convaincre la SI de délivrer une citation à comparaître à plusieurs personnes, y compris les parents. Cependant, cette demande a été refusée même après avoir obtenu le réexamen de la question. Une mesure d'exclusion a été émise après que la demanderesse eut été déclarée interdite de territoire au Canada pour fausses déclarations.

Il s'agissait de savoir si l'audience de la SI était inéquitable sur le plan procédural puisque la SI a refusé de délivrer une citation à comparaître pour obliger les anciens employeurs de la demanderesse (les parents) à témoigner et si la décision était déraisonnable sur le fond.

Held, the application should be dismissed.

Subrule 33(2) of the *Immigration Division Rules* provides that in deciding whether to issue a summons, the ID must consider any relevant factors, two of which are specifically identified in the subrules: the necessity of the testimony to a full and proper hearing (r. 33(2)(a)) and the ability of the person to give that testimony (r. 33(2)(b)). A review of the evidence showed the ID considered a number of factors in rejecting the application for a summons. The ID concluded that the applicant could provide all the facts, context and information to support the applicant's position without the necessity of hearing from the employers. Ultimately, it found that the applicant did receive a full and proper hearing as required by paragraph 33(2)(a) of the Rules. The ID fully considered and accepted the applicant's testimony about the employment relationship and the arrangement and reviewed the documentary evidence. It was not established that the hearing the applicant received at the ID was in any way procedurally unfair or compromised by the refusal to issue a summons to the employers. As for the factor in paragraph 33(2)(b), there was no evidence that the employers were unable to testify for any such reason; they simply did not want to testify. The ID considered counsel's argument that the testimony of the employers was indispensable for several reasons and determined that it would revisit the summons decision if the employers' testimony became relevant. After the applicant's testimony, the ID confirmed that it did not need to hear from the employers and there was no fault at all with how the ID handled this factor. It was imminently fair to the applicant. In conclusion, the ID did not err in refusing to issue a summons to the employers and there was no procedural unfairness. The provisions of subrule 33(2) of the Rules were considered and applied by the ID.

Regarding the merits of the decision, it was argued that the applicant was a vulnerable person and that the employers owed her a fiduciary duty; that by breaching this duty, they caused the misrepresentation in her application for permanent residence. The applicant's counsel relied on the decision in *Baro v. Canada (Citizenship and Immigration)* to argue that a lack of *mens rea* is an answer to a misrepresentation under subsection 40(1) of the Act. Even though the ID did not use the words "fiduciary duty" it clearly and fully addressed the employment relationship and its impact on the applicant. The ID also fully considered the argument that the applicant was a

Jugement : la demande doit être rejetée.

Le paragraphe 33(2) des *Règles de la Section de l'immigration* prévoit que, pour décider si elle délivre une citation à comparaître, la SI prend en considération tout élément pertinent, dont deux de ces facteurs sont mentionnés précisément dans les alinéas : la nécessité du témoignage pour l'instruction approfondie de l'affaire (alinéa 33(2)a) des Règles) et la capacité de la personne de présenter ce témoignage (alinéa 33(2)b)). Un examen de la preuve a démontré que la SI a tenu compte d'un certain nombre de facteurs pour rejeter la demande de citation à comparaître. La SI a conclu que la demanderesse pouvait fournir les faits, le contexte et les renseignements nécessaires pour étayer sa position sans qu'il soit nécessaire de faire témoigner les employeurs. Finalement, la SI a conclu que la demanderesse avait eu droit à une instruction approfondie de l'affaire, tel qu'il est prévu à l'alinéa 33(2)a) des Règles. La SI a pleinement examiné et accepté intégralement le témoignage de la demanderesse concernant sa relation d'emploi et l'entente prise à cet égard, et elle a également examiné la preuve documentaire. Il n'a pas été établi que l'audience à laquelle la demanderesse a eu droit devant la SI était de quelque façon que ce soit inéquitable sur le plan procédural ou qu'elle ait été compromise par le refus de délivrer une citation à comparaître à ses employeurs. Quant au facteur énoncé à l'alinéa 33(2)b), aucun élément de preuve ne démontrait que les employeurs n'étaient pas en mesure de témoigner pour l'une de ces raisons. Les employeurs ne voulaient simplement pas témoigner. La SI a tenu compte de l'argument de l'avocat selon lequel le témoignage des employeurs était indispensable dans cette affaire pour plusieurs raisons et a déterminé qu'elle serait prête à réexaminer la décision concernant la citation à comparaître si le témoignage des employeurs s'avérait pertinent. Après le témoignage de la demanderesse, la SI a confirmé qu'elle n'avait pas besoin d'entendre le témoignage des employeurs, et il n'y avait rien à reprocher à la SI dans sa façon de traiter ce facteur. Ce traitement était tout à fait équitable à l'égard de la demanderesse. En conclusion, la SI n'a pas commis d'erreur en refusant de délivrer une citation à comparaître aux employeurs et il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale. Les dispositions du paragraphe 33(2) des Règles ont été prises en compte et appliquées par la SI.

Quant au bien-fondé de la décision, on a argumenté que la demanderesse était une personne vulnérable envers laquelle les employeurs avaient une obligation fiduciaire et que, par leur manquement à l'obligation fiduciaire, les employeurs ont été responsables des fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente. L'avocat de la demanderesse s'est fondé sur la décision *Baro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)* pour faire valoir que le concept d'intention coupable était une réponse à de fausses déclarations en vertu du paragraphe 40(1) de la Loi. Même si la SI n'a pas utilisé les mots « obligation fiduciaire », elle a abordé clairement et

vulnerable person in the employment relationship. The ID found that the applicant was complicitous and not as vulnerable as was submitted and there was sufficient evidence to support this finding. The applicant's desire not to have the delay of applying for another work permit was a driving force behind her actions and that alone indicated a degree of *mens rea* behind the misrepresentations. The case law in this area supported the ID's finding as well. The ID's findings and conclusion, in particular, that the applicant was withholding information and that the parents' failure to pay the applicant for overtime and their exploitation of her did not result in the applicant's misrepresentations were reasonable. The findings and conclusions drawn by the ID were clearly explained and substantiated with reference to the evidence. The decision that the applicant misrepresented and withheld material facts that could have induced an error in the administration of the Act fell within the range of possible acceptable outcomes and was defensible on the facts and law.

en profondeur la relation d'emploi et ses répercussions pour la demanderesse. La SI a également examiné de façon approfondie l'argument voulant que la demanderesse ait été une personne vulnérable dans sa relation d'emploi. La SI a déterminé que la demanderesse était complice et n'était pas aussi vulnérable qu'il a été soutenu, et qu'il y avait suffisamment de preuve pour soutenir cette conclusion. Le désir de la demanderesse de ne pas avoir à attendre un nouveau permis de travail a été le motif principal de ses actions et cet élément seul indiquait qu'un degré d'intention coupable sous-tendait ses fausses déclarations. La jurisprudence à cet égard confirme la conclusion de la SI. Les conclusions de la SI, soit que la demanderesse dissimulait des renseignements et que l'omission de la part des employeurs de rémunérer la demanderesse pour les heures supplémentaires travaillées et l'exploitation qu'ils lui ont fait subir ne sont pas à l'origine des fausses déclarations de la demanderesse, étaient raisonnables. Les conclusions tirées par la SI ont été clairement décrites et étayées par des références aux éléments de preuve. La décision selon laquelle la demanderesse a fait de fausses déclarations et dissimulé des faits importants qui auraient pu entraîner une erreur dans l'application de la Loi appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 40, 44(1),(2), 45(d).
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, r. 33(1),(2).

CASES CITED

APPLIED:

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Goburdhun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 971, 439 F.T.R. 210.

CONSIDERED:

Mission Institution v. Khela, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502; *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1; *Canadian Tire Corporation, Limited v. Koolatron Corporation*, 2016 FCA 2, 480 N.R. 245; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Baro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299.

REFERRED TO:

Re: Sound v. Fitness Industry Council of Canada, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 40, 44(1),(2), 45d).
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, règle 33(1),(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Goburdhun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 971.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Établissement de Mission c. Khela, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502; *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160; *Société Canadian Tire Limitée c. Koolatron Corporation*, 2016 CAF 2; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Baro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1299.

DÉCISIONS CITÉES :

Ré :Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F 170; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

(1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *Majlat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 965.

APPLICATION for judicial review of an exclusion order (2015 CanLII 97792) issued by the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board under paragraph 45(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, in which the applicant was found inadmissible to Canada for misrepresentation contrary to paragraph 40(1)(a) of the Act. Application dismissed.

APPEARANCES

Mark Rosenblatt for applicant.
Hillary Adams for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Mark Rosenblatt, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

ELLIOTT J.:

I. OVERVIEW

[1] The applicant, Nelly Cedana (Nelly), came to Canada on March 4, 2009, under the Live-In Caregiver Program. After her original placement did not materialize, she received a new work permit on June 17, 2009, to work for a teacher (Shirel) and a lawyer (David). Nelly became a nanny and live-in caregiver to their three young children. Shirel and David employed Nelly in that capacity for approximately one year. In September 2010, Nelly was ill and stayed at a friend's house for the weekend and Monday. When she reported for work on Tuesday afternoon her employment was terminated. She was told she could still live at the house but she should look for a new live-in position.

l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Majlat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 965.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une mesure d'exclusion (2015 CanLII 97792) émise par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié en vertu de l'alinéa 45d) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* par laquelle la demanderesse a été déclarée interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l'alinéa 40(1)a) de la Loi. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Mark Rosenblatt pour la demanderesse.
Hillary Adams pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Mark Rosenblatt, Toronto, pour la demanderesse.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LA JUGE ELLIOTT :

I. APERÇU

[1] La demanderesse, Nelly Cedana (Nelly), est arrivée au Canada le 4 mars 2009, dans le cadre du Programme des aides familiaux résidants. Après qu'une offre de placement initiale ne se soit pas concrétisée, elle a reçu un nouveau permis de travail le 17 juin 2009 pour travailler pour une enseignante (Shirel) et un avocat (David). Nelly est devenue bonne d'enfants et aide familiale résidente pour leurs trois jeunes enfants. Nelly a été à l'emploi de Shirel et de David à ce titre pendant environ un an. En septembre 2010, alors qu'elle était malade, Nelly est allée habiter chez un ami pendant la fin de semaine et le lundi suivant. Lorsqu'elle est revenue travailler le mardi après-midi, elle a été avisée qu'elle était congédiée. On lui a dit qu'elle pouvait continuer à habiter dans la maison, mais qu'elle devrait se trouver un autre emploi d'aide résidente.

[2] Nelly found such a position three weeks later. She had misgivings about the shared bathroom arrangement with the new employer. She shared her misgivings with David when he asked her about the new position. David then suggested an alternative: that Nelly continue to live in the home and look after the children part-time but also look for part-time work elsewhere. On this basis, Nelly agreed to stay on with Shirel and David. Financially, it was arranged that Nelly pay David and Shirel \$500, in cash, twice a month. On receipt, they would immediately issue Nelly a cheque for the same amount. David told Nelly he was still her employer. Nelly found jobs cleaning houses for other people and used that cash to pay David and Shirel. Shirel issued T4 slips to Nelly claiming the recycled cash was employment income paid to Nelly.

[3] In July 2011, Nelly applied for permanent resident status. She declared in her application that from June 2009 to July 2011, she had worked full time for Shirel and she was supporting herself from her monthly salary as a live-in caregiver. She did not mention her part-time weekly cleaning work. In November 2011, the immigration authorities received a detailed anonymous tip letter that Nelly was working for several employers other than her legal employer.

[4] On February 21, 2013, Nelly attended an interview with an immigration officer regarding her application for permanent residence. At the interview, Nelly said she worked for Shirel from June 17, 2009 to October 15, 2012, eight hours a day, five days a week and was paid biweekly. As proof she produced her bank statements. She also produced an employment letter, T4s for the 2011 and 2012 tax years and a Record of Employment, all of which were received from Shirel. Prior to meeting with Nelly, the immigration officer had a telephone interview with Shirel, who confirmed to the officer that Nelly worked for her full-time until October 15, 2012, and did not work anywhere else during that time. The employment documents indicated Nelly worked for Shirel as a full-time live-in caregiver who was paid a

[2] Trois semaines plus tard, Nelly a trouvé un emploi d'aide résidente. Elle avait toutefois des réserves quant à la salle de bain qu'elle devait partager chez son nouvel employeur. Elle en a fait part à David lorsque celui-ci s'est enquis au sujet de son nouvel emploi. David a ensuite suggéré une solution de rechange à Nelly : elle pourrait continuer à habiter chez lui et à s'occuper des enfants à temps partiel, tout en travaillant ailleurs à temps partiel. Nelly a donc accepté de continuer à habiter chez Shirel et David. Sur le plan financier, Nelly a accepté de verser à David et Shirel un montant de 500 \$ en argent comptant, deux fois par mois. À la réception de ce montant, ils remettaient immédiatement à Nelly un chèque libellé au même montant. David a affirmé à Nelly qu'il était encore son employeur. Nelly a commencé à faire de l'entretien ménager dans d'autres maisons et a utilisé l'argent gagné pour payer David et Shirel. Shirel a émis des feuillets T4 pour Nelly, affirmant que les fonds recyclés étaient un revenu d'emploi versé à Nelly.

[3] En juillet 2011, Nelly a présenté une demande de résidence permanente. Elle a déclaré dans sa demande que, de juin 2009 à juillet 2011, elle travaillait à temps plein pour Shirel et vivait de son salaire mensuel à titre d'aide familiale résidente. Elle n'a pas mentionné le travail d'entretien ménager hebdomadaire à temps partiel. En novembre 2011, les autorités de l'immigration ont reçu une lettre de dénonciation anonyme détaillée indiquant que Nelly travaillait pour plusieurs employeurs autres que son employeur légal.

[4] Le 21 février 2013, Nelly s'est présentée à une entrevue avec une agente de l'immigration concernant sa demande de résidence permanente. Lors de l'entrevue, Nelly a affirmé qu'elle a travaillé pour Shirel du 17 juin 2009 au 15 octobre 2012, à raison de huit heures par jour, cinq jours par semaine, et qu'elle recevait un salaire aux deux semaines. À titre de preuve, elle a présenté ses relevés bancaires. Elle a également présenté une lettre d'emploi, des relevés T4 pour les années d'imposition 2011 et 2012 et un relevé d'emploi, qui lui ont tous été transmis par Shirel. Avant sa rencontre avec Nelly, l'agente de l'immigration a eu un entretien téléphonique avec Shirel, qui lui a confirmé que Nelly a travaillé pour elle à temps plein jusqu'au 15 octobre 2012 et qu'elle n'a occupé aucun autre emploi pendant cette

total of \$18 903.96 and \$14 824.81 in 2011 and 2012. This was not true. Nelly worked approximately 20 hours per week for Shirel and David; she worked approximately 25 hours per week cleaning homes for various other people who paid her directly, in cash.

[5] At her interview, Nelly at first confirmed that she worked full-time for Shirel as a caregiver. When the officer raised the information in the tip letter, Nelly then admitted she had worked at other addresses cleaning houses. She confirmed she was still working without authorization. She apologized for telling a lie; she admitted the documents submitted contained fraudulent information. She concluded the interview saying she knew she did “things that are not acceptable” and “I know this is very serious”. Nelly’s application for permanent residence was denied on February 22, 2013. Nelly sought leave to apply for a judicial review of this decision, but leave was denied on March 18, 2014.

[6] On April 12, 2013, the officer reported to the Minister under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) that Nelly was inadmissible under paragraph 40(1)(a) of the IRPA “for directly or indirectly misrepresenting or withholding material facts relating to a relevant matter that induces or could induce an error in the administration of the Act” by submitting fraudulent information in support of her application for permanent residence and withholding material facts about her employment. On April 15, 2013, the Minister’s delegate referred the report pursuant to subsection 44(2) of the IRPA to the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board of Canada for an admissibility hearing.

[7] The hearing before the ID took place over seven different dates throughout 2015. Nelly did not deny that she had misrepresented or withheld material facts, but said that the misrepresentations were really the fault of

période. Les documents d’emploi indiquaient que Nelly a travaillé pour Shirel à temps plein à titre d’aide familiale résidente et a reçu au total 18 903,96 \$ en 2011 et 14 824,81 \$ en 2012. Ces faits sont faux. Nelly a travaillé environ 20 heures par semaine pour Shirel et David; elle a travaillé environ 25 heures par semaine à faire de l’entretien ménager pour d’autres personnes, qui la payaient directement en argent comptant.

[5] Lors de l’entrevue, Nelly a d’abord confirmé qu’elle travaillait à temps plein pour Shirel à titre d’aide familiale. Lorsque l’agente lui a mentionné les renseignements contenus dans la lettre de dénonciation, Nelly a admis avoir effectué de l’entretien ménager à d’autres adresses. Elle a confirmé qu’elle travaillait encore sans autorisation. Elle s’est excusée d’avoir menti et a admis que les documents soumis contenaient des renseignements frauduleux. Elle a conclu l’entrevue en affirmant qu’elle avait fait des [TRADUCTION] « choses inacceptables » et qu’elle savait que [TRADUCTION] « c’est très grave ». La demande de résidence permanente a été rejetée le 22 février 2013. Nelly a demandé l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire de cette décision, mais cette demande a été refusée le 18 mars 2014.

[6] Le 12 avril 2013, l’agente a déclaré au ministre, aux termes du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR), que Nelly était inadmissible en vertu de l’alinéa 40(1)a) de la LIPR pour avoir « directement ou indirectement, fait une présentation erronée sur un fait important quant à un objet pertinent, ou une réticence sur ce fait, ce qui entraîne ou risque d’entraîner une erreur dans l’application de la présente loi » en soumettant des renseignements frauduleux pour étayer sa demande de résidence permanente et en omettant des faits importants sur l’emploi occupé. Le 15 avril 2013, le délégué du ministre a déféré le rapport conformément au paragraphe 44(2) de la LIPR à la Section de l’immigration (la SI ou la Section) de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié du Canada en vue d’une enquête.

[7] L’audience de la SI s’est déroulée à sept dates différentes au cours de l’année 2015. Nelly n’a pas nié qu’elle avait omis ou dissimulé des faits importants, mais a affirmé que ces fausses déclarations étaient en

her former employers. She said she genuinely and reasonably believed that the information she was providing to Citizenship and Immigration Canada was true. Her counsel submitted Nelly was in an exceptional situation. She was a vulnerable person who had been victimized and exploited by her employers.

[8] On December 14, 2015, the ID found that Nelly was inadmissible to Canada for misrepresentation, contrary to paragraph 40(1)(a) of the IRPA. An exclusion order [*Cedana v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 CanLII 97792 (I.R.B.)] (the Decision) was issued under paragraph 45(d) of the IRPA. An application for leave and judicial review of the Decision was filed by Nelly on January 4, 2016. Leave was granted on July 8, 2016.

II. ISSUES AND STANDARD OF REVIEW

[9] Two issues have been raised in this application. One is that the ID hearing was procedurally unfair because the ID refused to issue a summons to compel Nelly's former employers to testify. The other issue is that the Decision is unreasonable on the merits.

A. Refusal to Issue Summons to Employers

[10] The ID refused to issue a summons to Shirel or David. Counsel for Nelly says that was procedurally unfair. He did not address the question of the standard of review. Counsel for the Minister refers to *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, at paragraphs 34 and 42 to say that the standard of review is correctness but procedural decisions made by a panel are to be given weight with respect to the manner in which the panel sought to balance maximum participation on one hand and efficient and effective decision-making on the other.

fait attribuables à ses anciens employeurs. Elle affirme qu'elle croyait véritablement et raisonnablement que les renseignements qu'elle avait fournis à Citoyenneté et Immigration Canada étaient exacts. Son avocat a fait valoir que Nelly vivait une situation exceptionnelle. Elle était une personne vulnérable victime de ses employeurs, qui ont profité d'elle.

[8] Le 14 décembre 2015, la SI a conclu que Nelly était interdite de territoire au Canada pour avoir fait de fausses déclarations, ce qui est contraire à l'alinéa 40(1)a) de la LIPR. Une mesure d'exclusion [*Cedana c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CanLII 97792 (C.I.S.R.)] (la décision) a été prise en vertu de l'alinéa 45d) de la LIPR. Une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la décision a été déposée par Nelly le 4 janvier 2016. L'autorisation a été accordée le 8 juillet 2016.

II. QUESTIONS EN LITIGE ET NORME DE CONTRÔLE

[9] La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions. La première est que l'audience de la SI était inéquitable sur le plan procédural puisque la SI a refusé de délivrer une citation à comparaître pour obliger les anciens employeurs de Nelly à témoigner. L'autre question vise à savoir si la décision était déraisonnable sur le fond.

A. Refus de délivrer une citation à comparaître aux employeurs

[10] La SI a refusé de délivrer une citation à comparaître à Shirel et à David. L'avocat de Nelly affirme que cela était inéquitable sur le plan procédural. Il n'a pas abordé la question de la norme de contrôle. L'avocat du ministre cite *Ré :Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F 170, aux paragraphes 34 et 42, pour faire valoir que la norme de contrôle applicable est la norme de décision correcte, mais que l'importance des décisions procédurales prises par un tribunal doit être établie selon la manière dont le tribunal a cherché à établir un équilibre entre, d'une part, la participation maximale et,

[11] Issues of procedural fairness are reviewable on a standard of correctness: *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502 (*Khela*), at paragraph 79. However, as Mr. Justice Stratas points out in *Bergeron v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 160, 99 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraphs 67–71, the Supreme Court in *Khela* also stated that “some deference should be owed to the administrative decision-maker on some elements of the procedural decision”. Justice Stratas concludes that the law in this area is in “a jurisprudential muddle”. In *Canadian Tire Corporation, Limited v. Koolatron Corporation*, 2016 FCA 2, 480 N.R. 245, Mr. Justice Near differentiates procedural fairness issues from other procedural matters. He says at paragraph 14, “[w]hile I agree that procedural issues generally attract considerable deference, I do not agree that this is so when the issue involves a breach of procedural fairness.”

[12] Underlying the factors considered in determining the content of the duty of procedural fairness is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and the statutory, institutional, and social context. Those affected by the decision are to be provided with an opportunity to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision maker: *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 22.

[13] In this case, the statutory provisions of subrule 33(2) of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 (ID Rules) provide particular factors to be considered by the ID when issuing a summons. Subrules 33(1) and (2) address obtaining a summons:

d’autre part, l’efficacité et l’efficience du processus décisionnel.

[11] Les questions d’équité procédurale sont susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte : *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502 (*Khela*), au paragraphe 79. Toutefois, comme le juge Stratas l’a souligné dans la décision *Bergeron c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 160, aux paragraphes 67 à 71, la Cour suprême, dans l’arrêt *Khela*, a également déclaré qu’« il fallait faire preuve d’une certaine déférence envers le décideur administratif par rapport à certains éléments de la décision touchant à la procédure ». Le juge Stratas a conclu que les lois dans ce domaine donnaient lieu à « une jurisprudence confuse ». Dans l’arrêt *Société Canadian Tire Limitée c. Koolatron Corporation*, 2016 CAF 2, le juge Near différencie les questions d’équité procédurale des autres questions de procédure. Au paragraphe 14, il y va de l’affirmation suivante : « [s]i je conviens que les questions relatives à l’équité procédurale appellent généralement une grande retenue, je ne suis pas prêt à dire la même chose des cas de manquement à l’équité procédurale ».

[12] Les facteurs sous-jacents pris en compte pour déterminer le contenu de l’obligation d’équité procédurale sont la notion que les droits de participation faisant partie de l’obligation d’équité procédurale visent à garantir que les décisions administratives sont prises au moyen d’une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et au contexte légal, institutionnel et social de la décision. Les personnes visées par la décision doivent avoir la possibilité de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu’ils soient considérés par le décideur : *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 22.

[13] En l’espèce, les dispositions législatives du paragraphe 33(2) des *Règles de la Section de l’immigration*, DORS/2002-229 (les Règles de la SI), prévoient des facteurs particuliers que la SI doit prendre en compte au moment de délivrer une citation à comparaître. Les paragraphes 33(1) et (2) portent sur l’obtention d’une citation à comparaître :

Application for a summons

33 (1) A party who wants the Division to order a person to testify at a hearing must make an application to the Division for a summons, either orally at a proceeding or in writing.

Factors

(2) In deciding whether to issue a summons, the Division must consider any relevant factors, including

- (a)** the necessity of the testimony to a full and proper hearing; and
- (b)** the ability of the person to give that testimony.

[14] Whether the standard of review is correctness or correctness with some deference, the requirement of the duty of fairness in each case is driven by the particular circumstances. The legislative and administrative context is crucial to determining the content of the duty. The ID Rules provide a degree of discretion to the ID when determining whether to issue a summons. This suggests a measure of deference. However, at the end of the day, the simple and overarching requirement is fairness, which is a central notion of the “just exercise of power” that should not be diluted or obscured by jurisprudential lists developed to be helpful but not exhaustive: *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at paragraphs 40–42.

B. *Merits of the Decision*

[15] Nelly alleges the ID committed reviewable errors: (1) the treatment of a psychological report; (2) the handling of Nelly’s arguments about the vulnerability of live-in caregivers; and (3) her defence based on the fiduciary duty owed to Nelly by her employers. Each of these arguments involves questions of mixed fact and law. They are reviewable on the standard of reasonableness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 47.

Citation à comparaître

33 (1) La partie qui veut que la Section ordonne à une personne de témoigner à l’audience lui demande soit oralement lors d’une procédure, soit par écrit, de délivrer une citation à comparaître.

Éléments à considérer

(2) Pour décider si elle délivre une citation à comparaître, la Section prend en considération tout élément pertinent. Elle examine notamment :

- a)** la nécessité du témoignage pour l’instruction approfondie de l’affaire;
- b)** la capacité de la personne de présenter ce témoignage.

[14] Que la norme de contrôle soit la norme de la décision correcte ou la norme de la décision correcte tout en accordant une certaine déférence, l’obligation d’équité dans chaque cas dépendra des circonstances particulières de l’affaire. Le contexte législatif et administratif est essentiel pour déterminer le contenu de l’obligation. Les Règles de la SI assurent un certain pouvoir discrétionnaire à la SI au moment de déterminer si une citation à comparaître doit être délivrée. Cela suggère un degré de déférence. Toutefois, au bout du compte, l’obligation simple et prépondérante est l’équité, la notion centrale « d’exercice équitable du pouvoir », qui ne saurait être diluée ou occultée par des énumérations judiciaires utiles, mais non exhaustives : *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, aux paragraphes 40 à 42.

B. *Bien-fondé de l’affaire*

[15] Nelly allègue que la SI a commis des erreurs susceptibles de révision dans : 1) le traitement d’un rapport psychologique; 2) le traitement des arguments de Nelly sur la vulnérabilité des aides familiaux résidents; et 3) sa défense fondée sur l’obligation fiduciaire des employeurs à l’égard de Nelly. Chacun de ces arguments soulève des questions mixtes de fait et de droit. Ils sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 47.

[16] In applying the reasonableness standard of review, the question is not whether the court would have reached the same conclusion as the tribunal or whether the conclusion the tribunal made is correct. Reasonableness involves deference to the tribunal, particularly where it is dealing with a case involving the tribunal's particular expertise. This means the tribunal is to receive latitude to make decisions and to have their decision upheld where it is understandable, rational and reaches one of the possible outcomes legitimately available on the applicable facts and law: *Majlat v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 965, at paragraphs 24 and 25; *Dunsmuir*, at paragraph 47.

III. REFUSAL TO ISSUE SUMMONS

A. *Positions of the Parties*

[17] A review of the tribunal record and hearing transcript indicates there was extensive written argument by Nelly's counsel seeking to convince the ID to issue a summons to several people, including Shirel and David. After the ID initially rejected the summons application, Nelly's counsel asked for and received reconsideration of the issue. Following additional oral argument, the summons was still denied. In this application, counsel alleges the decision not to summons the employers was in error and was procedurally unfair to Nelly.

[18] Nelly's counsel argued before the ID that testimony from the employers was necessary, as exculpating and mitigating factors would come out through his vigorous cross-examination. He alleged that, as the employers had retained a lawyer, they must have something to hide and after hearing their testimony, the ID would get a different view of the situation. Counsel also wanted the employers to testify because they prepared the documents that the Minister alleged to be fraudulent. In the view of counsel, after the testimony of the employers it

[16] Selon la norme de la décision raisonnable, la question n'est ni celle de savoir si la cour de justice serait arrivée à la même conclusion que le tribunal administratif, ni celle de savoir si la conclusion que le tribunal administratif a tirée est correcte. Le caractère raisonnable concerne la retenue à l'égard des décisions rendues par le tribunal, particulièrement lorsqu'il tranche une question portant sur l'expertise d'un tribunal particulier. Cela signifie que le tribunal doit jouir d'une certaine latitude pour rendre ses décisions et que ses décisions doivent être confirmées lorsqu'elles sont compréhensibles et rationnelles et qu'elles correspondent à l'une des issues possibles que l'on pourrait légitimement envisager au regard des faits et du droit applicables : *Majlat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 965, aux paragraphes 24 et 25; *Dunsmuir*, au paragraphe 47.

III. REFUS DE DÉLIVRER UNE CITATION À COMPARAÎTRE

A. *Thèses des parties*

[17] Un examen du dossier du tribunal et de la transcription de l'audience indique que de nombreux arguments écrits ont été soumis par l'avocat de Nelly pour convaincre la SI de délivrer une citation à comparaître à plusieurs personnes, dont Shirel et David. Après le rejet initial de la demande de citation à comparaître par la SI, l'avocat de Nelly a demandé un réexamen de la question, qu'il a obtenu. Après d'autres plaidoiries, les citations à comparaître ont été une fois de plus refusées. Dans la présente demande, l'avocat allègue que la décision de ne pas citer les employeurs à comparaître constituait une erreur et était inéquitable sur le plan procédural pour Nelly.

[18] L'avocat de Nelly a fait valoir devant la SI que le témoignage des employeurs était nécessaire, puisque des facteurs disculpants et atténuants ressortiraient d'un contre-interrogatoire vigoureux. Il fait valoir que, puisque les employeurs ont retenu les services d'un avocat, ils doivent avoir quelque chose à cacher, et qu'après avoir entendu leur témoignage, la SI verrait sûrement la situation sous un autre angle. L'avocat désire également que les employeurs témoignent puisqu'ils ont préparé les documents que le ministre considère comme frauduleux.

would be clear to the ID that the employers were responsible for the arrangement and the documentation.

[19] The Minister argues that the ID properly considered the necessity of the testimony and determined that Nelly was capable of providing the required information without the ID hearing from the employers.

B. *Analysis*

[20] Subrule 33(2) of the ID Rules provides that in deciding whether to issue a summons, the ID must consider any relevant factors. Two such factors are specifically identified in the subrules: (a) the necessity of the testimony to a full and proper hearing; and (b) the ability of the person to give that testimony. Each subrule will be considered in turn.

(1) Paragraph 33(2)(a)—the Necessity of the Testimony to a Full and Proper Hearing

[21] Nelly's counsel argued in this application, as he did before the ID, that the employers' testimony was needed to present a full picture. He said that the ID had no valid reason for rejecting the application. That assertion is not borne out. A review of the transcript shows the ID considered the following factors in rejecting the application for a summons:

1. there are serious consequences to the applicant;
2. the central issue is misrepresentation and the case law in that area will guide the decision;
3. in determining whether the evidence of the employers is needed the ID found it will have the testimony of the applicant and the arguments of counsel to provide a full hearing;

L'avocat estime que le témoignage des employeurs démontrerait clairement à la SI que ceux-ci sont responsables de l'entente prise et des documents.

[19] Le ministre fait valoir que la SI a dûment pris en considération la nécessité du témoignage et a déterminé que Nelly était capable de fournir elle-même les renseignements requis sans que la SI ait besoin d'entendre les employeurs.

B. *Analyse*

[20] Le paragraphe 33(2) des Règles de la SI prévoit que, pour décider si elle délivre une citation à comparaître, la Section prend en considération tout élément pertinent. Deux de ces facteurs sont mentionnés précisément dans les alinéas : a) la nécessité du témoignage pour l'instruction approfondie de l'affaire; et b) la capacité de la personne de présenter ce témoignage. Chaque alinéa sera examiné à tour de rôle.

1) Alinéa 33(2)a — la nécessité du témoignage pour l'instruction approfondie de l'affaire

[21] L'avocat de Nelly a fait valoir dans la présente demande, comme il l'a fait auparavant devant la SI, que le témoignage des employeurs était nécessaire pour brosser un tableau complet. Il a affirmé que la SI n'avait aucune raison valide pour rejeter la demande. Cette affirmation n'est pas corroborée. Un examen de la transcription démontre que la SI a tenu compte des facteurs suivants pour rejeter la demande de citation à comparaître :

1. la demanderesse subira de graves conséquences;
2. la question centrale porte sur une fausse déclaration et la jurisprudence en la matière guidera la décision;
3. au moment de déterminer si le témoignage des employeurs était nécessaire, la SI a conclu qu'elle disposerait du témoignage de la demanderesse et des arguments de l'avocat pour assurer une instruction approfondie de l'affaire;

- | | |
|---|---|
| 4. context would be provided by the applicant's testimony as would the background and back story to which counsel had referred; | 4. le contexte serait fourni par le témoignage de la demanderesse, tout comme les renseignements généraux et l'historique auxquels l'avocat a fait référence; |
| 5. the exculpating and/or mitigating factors could be provided directly by the applicant; | 5. les facteurs disculpants ou atténuants pourraient être fournis directement par la demanderesse; |
| 6. the information about the fraudulent documents could be testified to by the applicant. | 6. les renseignements sur les documents frauduleux pourraient être corroborés par la demanderesse. |

[22] The ID concluded that Nelly could provide all the facts, context and information to support her position without the necessity of hearing from the employers. After the ruling, the ID also indicated that if, after hearing all the evidence, it felt the testimony of the employers was necessary then the issue would be revisited. In other words, the door was not firmly closed on the request for a summons, but it would be issued only if necessary in order to provide a full hearing.

[22] La SI a conclu que Nelly pouvait fournir les faits, le contexte et les renseignements nécessaires pour étayer sa position sans qu'il soit nécessaire de faire témoigner les employeurs. Après la décision, la SI a également indiqué que la question serait réexaminée si elle estimait que le témoignage était encore nécessaire après avoir entendu l'ensemble de la preuve. En d'autres termes, la porte n'était pas complètement fermée à une citation à comparaître, mais celle-ci ne serait délivrée que pour assurer une instruction approfondie de l'affaire.

[23] Ultimately, the ID found that Nelly did receive a full and proper hearing as required by paragraph 33(2)(a). The ID fully considered and completely accepted Nelly's testimony about the employment relationship and the arrangement. It also reviewed the documentary evidence, which included the fraudulent employment documents provided by Shirel to Nelly. The ID found that the testimony of the employers was not necessary to show they were responsible for the financial arrangement or the fraudulent documentation. It concluded that Nelly's testimony provided a full understanding of the circumstances of the case and the underlying issues.

[23] Finalement, la SI a conclu que Nelly avait eu droit à une instruction approfondie de l'affaire, tel qu'il est prévu à l'alinéa 33(2)a). De plus, la SI a pleinement examiné et accepté intégralement le témoignage de Nelly concernant sa relation d'emploi et l'entente prise à cet égard. Elle a également examiné la preuve documentaire, ce qui comprend les documents d'emploi frauduleux fournis à Nelly par Shirel. La SI a conclu que le témoignage des employeurs n'était pas nécessaire pour démontrer qu'ils étaient responsables des arrangements financiers ou des documents frauduleux. Elle a conclu que le témoignage de Nelly permettait de bien comprendre les circonstances entourant le cas et les questions sous-jacentes.

[24] I am not persuaded that the hearing Nelly received at the ID was in any way procedurally unfair or compromised by the refusal to issue a summons to the employers. Both the interview notes taken by the immigration officer who spoke with Shirel, recording her false representations, as well as the fraudulent documents filed with the CRA [Canada Revenue Agency] were produced to the ID. This evidence buttressed Nelly's testimony about the employers' actions. The ID found that Shirel had created the false documents.

[24] Je ne suis pas persuadée que l'audience à laquelle Nelly a eu droit devant la SI était de quelque façon que ce soit inéquitable sur le plan procédural ou qu'elle ait été compromise par le refus de délivrer une citation à comparaître à ses employeurs. Tant les notes d'entrevues prises par l'agente de l'immigration (qui a interrogé Shirel, faisant état de ses fausses déclarations) que les documents frauduleux déposés auprès de l'ARC [Agence du revenu du Canada] ont été transmis à la SI. Cette preuve est étayée par le témoignage de Nelly

Counsel put forward no evidence that the ID failed to receive or consider and that the employers would have been able to provide. Neither did he suggest there was any evidence or view that Nelly was unable to provide to the ID in her testimony.

[25] The stated purpose for seeking the summons was to give counsel the opportunity to cross-examine the employers to show that they were responsible for the arrangement and the documentation. After Nelly's evidence was heard, the ID accepted that was the case. I am unable to find fault with the ruling made by the ID. The determination that the evidence of the employers was unnecessary was borne out by the full acceptance of Nelly's evidence detailing the arrangement and the actions of her employers, including the falsification of documents. Accordingly, the ruling not to issue a summons to the employers was procedurally fair.

(2) Paragraph 33(2)(b)

[26] Nelly's counsel also argued the ID did not consider the factor in paragraph 33(2)(b) of "the ability of the person to give the testimony." In my view, paragraph 33(2)(b) addresses the situation where a person to be summonsed cannot testify for some reason and there would be no point in issuing a summons. For example, the person may have no knowledge of the matter in dispute or they may be unable to testify by reason of age or infirmity, whether physical or mental. There was no evidence that the employers were unable to testify for any such reason. The employers simply did not want to testify. The Minister supported that position.

[27] The argument of counsel in this respect was that the testimony of the employers was indispensable to the case in order to determine "what they were hiding" by retaining a lawyer and refusing to testify. Contrary to counsel's submission, the ID did consider this argument. The ID found it was not relevant that the employers had retained a lawyer, but, as already mentioned, went

concernant les gestes de ses employeurs. La SI a conclu que Shirel a créé de faux documents. L'avocat n'a présenté aucune preuve que la SI a omis de recevoir ou de considérer et que les employeurs auraient pu fournir. Il n'a pas non plus suggéré qu'il existait des éléments de preuve ou des avis que Nelly n'a pas été en mesure de présenter à la SI dans son témoignage.

[25] L'objectif déclaré de la demande de citation à comparaître était de donner à l'avocat la possibilité de contre-interroger les employeurs afin de démontrer qu'ils étaient responsables de l'entente et de la documentation. Après avoir entendu le témoignage de Nelly, la SI a accepté cette conclusion. Je suis incapable trouver des failles dans la décision rendue par la SI. La conclusion selon laquelle le témoignage des employeurs n'était pas nécessaire est confirmée par l'acceptation entière du témoignage de Nelly décrivant l'entente et les gestes de ses employeurs, y compris la falsification de documents. Par conséquent, la décision de ne pas délivrer une citation à comparaître aux employeurs est équitable sur le plan procédural.

2) Alinéa 33(2)b)

[26] L'avocat de Nelly a également fait valoir que la SI n'a pas pris en compte le facteur de l'alinéa 33(2)b), soit « la capacité de la personne de présenter ce témoignage ». À mon avis, l'alinéa 33(2)b) traite d'une situation où la personne citée à comparaître ne peut témoigner pour une raison ou une autre et où il serait inutile de délivrer une citation à comparaître. Par exemple, une personne peut ne rien savoir de la question en litige ou ne pas être en mesure de témoigner en raison de son âge ou d'un handicap physique ou mental. Aucun élément de preuve ne démontrait que les employeurs n'étaient pas en mesure de témoigner pour l'une de ces raisons. Les employeurs ne voulaient simplement pas témoigner. Le ministre a soutenu cette position.

[27] L'argument de l'avocat à cet égard est que le témoignage des employeurs était indispensable dans cette affaire pour déterminer [TRADUCTION] « ce qu'ils avaient à cacher » en retenant les services d'un avocat et en refusant de témoigner. Contrairement aux observations présentées par l'avocat, la SI a tenu compte de cet argument. La SI a déterminé que le fait que les

on to say it would be willing to revisit the summons decision if the employers' testimony became relevant. After Nelly's testimony, the ID confirmed it did not need to hear from the employers. I can find no fault at all with how the ID handled this factor; it was imminently fair to Nelly.

C. Conclusion

[28] For the reasons given above, I am not persuaded that the ID erred in refusing to issue a summons to the employers. Nelly's disagreement with the ruling by the ID does not mean it was arrived at in a procedurally unfair manner. The provisions of subrule 33(2) were considered and applied by the ID. The full participation of counsel for Nelly took place over the course of several days of sittings. Nelly testified and was able to tell her story. Nelly's counsel was present throughout. He was able to question her and make submissions. The question of whether to issue the summons was addressed twice, being the initial ruling and the request for reconsideration. At the conclusion of the evidence, the ID again considered the question of whether the testimony of the employers was required and found it was not necessary. The ID made no negative credibility findings except on Nelly's state of mind, so there is no testimony the employers could have given to affect its credibility findings.

[29] In my view there was no procedural unfairness. The subrule 33(2) factors were fully considered and determined. Nelly was able to put forward her views and evidence fully and the ID considered all her testimony. Reasons, both oral and written, were given by the ID to explain the original ruling and the reconsideration. The ID did not err in the rulings.

employeurs aient retenu les services d'un avocat n'était pas pertinent, affirmant toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, qu'elle serait prête à réexaminer la décision concernant la citation à comparaître si le témoignage des employeurs s'avérait pertinent. Après le témoignage de Nelly, la SI a confirmé qu'elle n'avait pas besoin d'entendre le témoignage des employeurs. Je n'ai rien à reprocher à la SI dans sa façon de traiter ce facteur; ce traitement était tout à fait équitable à l'égard de Nelly.

C. Conclusion

[28] Pour les motifs susmentionnés, je ne suis pas convaincue que la SI a commis une erreur en refusant de délivrer une citation à comparaître aux employeurs. Le fait que Nelly soit en désaccord avec la décision de la SI ne signifie pas qu'elle a été prise de manière inéquitable sur le plan procédural. Les dispositions du paragraphe 33(2) ont été prises en compte et appliquées par la SI. L'avocat de Nelly a participé à toutes les séances, qui étaient réparties sur une période de plusieurs jours. Nelly a témoigné et a eu la possibilité de raconter son histoire. L'avocat de Nelly a été présent tout au long du processus. Il a eu la possibilité de l'interroger et de soumettre ses observations. La question à savoir si une citation à comparaître devait être délivrée a été abordée deux fois, puisqu'elle faisait l'objet de la décision initiale et de la demande de réexamen. À la conclusion de la preuve, la SI a, une fois de plus, pris en compte la question à savoir si le témoignage des employeurs était nécessaire et a déterminé que ce n'était pas le cas. La SI n'a formulé aucune conclusion défavorable relativement à la crédibilité, outre sur l'état d'esprit de Nelly, ce qui signifie que le témoignage des employeurs n'aurait pu en aucun cas modifier ses conclusions sur la crédibilité.

[29] Je suis d'avis qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale. Les facteurs du paragraphe 33(2) ont été entièrement pris en compte et tranchés. Nelly a eu la possibilité de présenter intégralement ses points de vue et ses éléments de preuve et la SI a tenu compte de l'ensemble de son témoignage. Des motifs ont été fournis, tant à l'oral qu'à l'écrit, par la SI pour expliquer la décision initiale et le réexamen. La SI n'a commis aucune erreur dans sa décision.

IV. THE MERITS OF THE DECISION

A. *Breach of Fiduciary Duty by the Employers and Vulnerability of Nelly*

[30] The argument that Nelly was a vulnerable person and that the employers owed her a fiduciary duty was put forward as the cornerstone of Nelly's case. The argument is that by breaching the fiduciary duty these employers owed to Nelly, they caused the misrepresentation in her application for permanent residence. Counsel relies on the facts of this case to place Nelly within a narrow band of cases that have considered a lack of *mens rea* as an answer to a misrepresentation under subsection 40(1) [of the IRPA]. Relying on Mr. Justice O'Reilly's decision in *Baro v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299 (*Baro*), counsel says that Nelly had an honest and reasonably held belief that, as David was a lawyer, the scheme he concocted was not in contravention of the IRPA.

[31] Counsel for Nelly submitted that the ID did not even consider the fiduciary duty defence although the case law was brought to his attention. I disagree. While the ID did not use the words "fiduciary duty", it clearly and fully addressed the employment relationship and its impact on Nelly. At paragraph 63 of the Decision, the ID explicitly rejects the fiduciary duty argument:

From the evidence before me, I do not find that Ms. Cedana's case meets the very narrow legal exception regarding subjective knowledge. Ms. Cedana was aware that she was withholding and misrepresenting the truth. [Shirel] did not submit fraudulent documents and statements unbeknownst to Ms. Cedana.

[32] The ID considered whether Nelly had an honest and reasonably held belief that should place her in the exceptional category mentioned in *Baro*. The ID found that Nelly's testimony that she relied on David's statements lacked credibility and was unreasonable in the circumstances. The basis for that conclusion was fully

IV. BIEN-FONDÉ DES REVENDICATIONS

A. *Violation de l'obligation fiduciaire par les employeurs et vulnérabilité de Nelly*

[30] L'argument selon lequel Nelly était une personne vulnérable envers laquelle les employeurs avaient une obligation fiduciaire a été présenté comme pierre angulaire du cas de Nelly. L'argument est que par leur manquement à l'obligation fiduciaire à l'égard de Nelly, les employeurs sont responsables des fausses déclarations dans sa demande de résidence permanente. L'avocat invoque les faits de cette affaire pour placer Nelly dans un petit groupe de cas qui ont pris en compte le concept d'intention coupable comme réponse à de fausses déclarations en vertu du paragraphe 40(1) [de la LIPR]. En se fondant sur la décision du juge O'Reilly dans *Baro c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1299 (*Baro*), l'avocat affirme que Nelly avait une conviction honnête et raisonnable de croire que, puisque David était avocat, le stratagème élaboré ne contrevenait pas à la LIPR.

[31] L'avocat de Nelly a fait valoir que la SI n'a même pas pris en compte la défense fondée sur l'obligation fiduciaire, bien que la jurisprudence ait été portée à son attention. Je ne suis pas d'accord. Bien que la SI n'ait pas utilisé les mots « obligation fiduciaire », elle a abordé clairement et en profondeur la relation d'emploi et ses répercussions pour Nelly. Au paragraphe 63 de la décision, la SI a explicitement rejeté l'argument de l'obligation fiduciaire :

Les éléments de preuve à ma disposition ne me permettent pas de conclure que le cas de M^{me} Cedana satisfait à l'exception juridique très mince à l'égard d'un élément de connaissance suggestive. M^{me} Cedana savait qu'elle faisait une présentation erronée sur un fait important et avait une réticence sur ce fait. [Shirel] n'a pas présenté de déclarations ni de documents frauduleux à l'insu de M^{me} Cedana.

[32] La SI a examiné la question à savoir si Nelly avait une conviction honnête et raisonnable qui la placerait dans la catégorie exceptionnelle décrite dans la décision *Baro*. La SI a conclu que le témoignage de Nelly selon lequel elle se fiait aux déclarations de David manque de crédibilité et était déraisonnable dans les

laid out from paragraph 42 to paragraph 62 of the Decision. The ID reviewed the nature of the employment relationship. Amongst the reasons given by the ID for rejecting Nelly's alleged belief were her history with David and Shirel, her prior employment in various countries, her education (two years training as a midwife) and her knowledge of the Live-In Caregiver Program requirements. The ID found that a reasonable approach for Nelly to have taken would have been to seek advice about the arrangement from immigration counsel or immigration officials or even from the caregiver placement agency. Nelly did not seek any such advice or confirmation of the legality of the arrangement.

[33] The ID found Nelly's acceptance of the arrangement was not based on David's statements. Nelly's problem arose when she could have taken the other live-in caregiver job but chose to stay with David and Shirel. In answer to a question by the ID as to why she did not take the other live-in position, Nelly gave three reasons: (1) she had fallen in love with the children; (2) she did not want to have to wait for her new work permit; and (3) a delay to the work permit would delay her ability to apply for the permanent residence she wanted so she could bring her daughter to Canada.

[34] The argument that Nelly was a vulnerable person in the employment relationship was also fully considered. The ID determined that Nelly was the author of her own misfortune. It specifically noted that although the employer offered the illegal route to immigration, Nelly chose that route rather than take the new caregiving job. To me, Nelly's testimony that she stayed with David and Shirel because taking the new position would have delayed her eventual application for permanent residence reaffirms the reasonableness of the ID's voluntariness findings. She had an alternative but chose not to pursue it.

[35] The ID also did not accept the premise that the employers caused Nelly's misrepresentation. Nelly

circumstances. Les fondements de cette conclusion ont été entièrement énoncés aux paragraphes 42 à 62 de la décision. La SI a examiné la nature de la relation d'emploi. Parmi les raisons fournies par la SI pour rejeter la conviction alléguée de Nelly est son historique avec David et Shirel, ses emplois précédents occupés dans divers pays, sa scolarité (deux années de formation à titre de sage-femme) et sa connaissance des exigences du Programme d'aides familiaux résidents. La SI a déterminé qu'une approche raisonnable pour Nelly aurait été de demander conseil sur l'entente prise auprès d'un conseiller en immigration ou un agent de l'immigration, ou même auprès de l'agence de placement d'aides familiaux. Nelly n'a pas demandé de conseils ou de confirmation de la légalité de l'entente.

[33] La SI a conclu que l'acceptation par Nelly de l'entente n'était pas fondée sur les déclarations de David. Le problème de Nelly est survenu lorsqu'elle aurait pu accepter un autre travail d'aide familiale résidente, mais a choisi de rester avec David et Shirel. En réponse à la demande de la SI à savoir pourquoi elle n'a pas accepté l'autre poste d'aide familiale résidente, Nelly a fourni trois raisons : 1) elle était très attachée aux enfants; 2) elle ne voulait pas attendre un nouveau permis de travail; et 3) tout retard dans la délivrance du permis de travail aurait retardé sa demande de résidence permanente, qui devait lui permettre de faire venir sa fille au Canada.

[34] L'argument selon lequel Nelly était une personne vulnérable dans sa relation d'emploi a également été examiné de façon approfondie. La SI a déterminé que Nelly était responsable de son propre malheur. Elle a souligné précisément que, bien que l'employeur ait ouvert une voie illégale vers l'immigration, c'est Nelly qui a accepté cette voie plutôt qu'accepter le nouvel emploi d'aide familiale. Pour moi, le témoignage de Nelly selon lequel elle est restée avec David et Shirel plutôt qu'accepter un nouveau poste pour ne pas retarder sa demande de résidence permanente réaffirme le caractère raisonnable de la conclusion de la SI concernant le libre arbitre. Une autre possibilité s'offrait à elle, mais elle a choisi de ne pas en profiter.

[35] La SI n'a pas non plus accepté la prémisse selon laquelle les employeurs sont responsables de la fausse

completed her own permanent residence application. At that time, she withheld information about her work as a housecleaner. She stated in her application and at her interview with the immigration officer that she worked as a full-time nanny. The ID found [at paragraph 56] this was done even though “the majority of her workday was conducted in other people’s homes and those people paid her for her services.”

[36] If Nelly had truly believed the arrangement with David and Shirel was legal and did not contravene the terms of her work permit, there was no reason for her to withhold the information that she was cleaning other people’s house and not acting as a fulltime caregiver. When Nelly chose not to accurately report her work arrangements she was, as the ID said, the author of her own misfortune.

B. *Psychological Report*

[37] Nelly submitted to the ID a report prepared by Dr. Celeste Thirlwell, with whom she met on February 28, 2015. Dr. Thirlwell outlined Nelly’s history of coming to Canada and her work experiences while here, including not being paid overtime and going back to work because of the children. Four of the five pages in the report summarize, in essence, Nelly’s evidence that was subsequently given to the ID. In her report, Dr. Thirlwell found that Nelly comes from a culture of obedience to employers. Her decision not to take the new position but to remain with Shirel and David in the new arrangement was found to be “based on Nelly’s disadvantaged immigration situation and her attachment to the children”. She also concluded that “[e]specially since David is a lawyer, Nelly trusted him and his assurances that, from a legal and immigration perspective, everything was fine Nelly was not aware at the time that the arrangement would jeopardize her future status in Canada”.

déclaration de Nelly. Nelly a rempli elle-même sa demande de résidence permanente. Au moment de la faire, elle a omis de divulguer des renseignements sur son travail d’entretien ménager. Dans sa demande et lors de son entrevue avec l’agente de l’immigration, elle a indiqué qu’elle travaillait à temps plein à titre de bonne d’enfants. La SI a déterminé [au paragraphe 56] qu’elle a fait cette déclaration malgré le fait que « la majeure partie de sa journée de travail se passait chez d’autres personnes, et celles-ci la rémunéraient pour ses services ».

[36] Si Nelly croyait réellement que l’entente prise avec David et Shirel était légale et ne contrevenait pas aux conditions de son permis de travail, il n’y avait aucune raison pour qu’elle omette de divulguer qu’elle faisait de l’entretien ménager chez d’autres personnes et ne travaillait pas comme aide familiale à temps plein. Lorsque Nelly a choisi de ne pas fournir des renseignements exacts sur son régime de travail, comme l’a expliqué la SI, elle est devenue responsable de son propre malheur.

B. *Rapport psychologique*

[37] Nelly a soumis à la SI un rapport préparé par la D^{re} Celeste Thirlwell, qu’elle a rencontré le 28 février 2015. La D^{re} Thirlwell a relaté l’arrivée de Nelly au Canada et son expérience de travail au pays, y compris les heures supplémentaires non rémunérées et le fait qu’elle soit revenue au travail pour les enfants. Quatre des cinq pages du rapport résument essentiellement les éléments de preuve de Nelly, qui ont été par la suite transmis à la SI. Dans son rapport, la D^{re} Thirlwell a déterminé que Nelly provient d’une culture qui privilégie l’obéissance envers les employeurs. Sa décision de ne pas accepter le nouveau poste et de rester avec Shirel et David selon cette nouvelle entente était [TRADUCTION] « fondée sur la situation désavantageuse de Nelly sur le plan de l’immigration et son affection pour les enfants ». Elle a également conclu que, [TRADUCTION] « surtout en raison de son statut d’avocat, Nelly a fait confiance à David et a cru à son affirmation que la situation était réglementaire sur le plan légal et de l’immigration [...] Nelly n’était pas consciente, à ce moment, que l’entente mettrait en péril son avenir au Canada ».

[38] The evidence before the ID contradicts Dr. Thirlwell's opinion of Nelly's personal knowledge of her misrepresentation. Whether Nelly believed the working arrangement was illegal or not, there is ample evidence to support the ID's findings that she knew Shirel and David were not her only employers and she knew she did not work full time for them. She confirmed to the immigration officer that she was still working at several other locations, cleaning houses. When the officer asked Nelly whether she worked without authorization the answer was "Yeah, I'm so sorry for telling a lie." She also confirmed she was still working without authorization and that the documents she submitted were fraudulent and then she asked for help. She concluded the interview by saying "Madame, I know I did things that are not acceptable Madame please help me this is for my daughter.... I know this is very serious please give me a chance".

[39] The ID gave no more weight to Dr. Thirlwell's report than it did to Nelly's own testimony. In other words, despite the urging of Nelly's counsel to the contrary, the ID found the report did not corroborate Nelly's story. It simply repeated Nelly's own story. The ID found that the final assessment in the report reiterated counsel's submissions about vulnerability and exploitation and Nelly's personal belief as expressed to Dr. Thirlwell.

[40] I am of the view that this was a reasonable conclusion for the ID to draw based on all the evidence. No psychological testing of Nelly was performed by Dr. Thirlwell. Based only on Nelly's story, Dr. Thirlwell said that in her professional opinion, "Nelly is a victim of exploitation". She also concluded that "[i]n Nelly's mind she was not misrepresenting her employment history as she was serving as their live-in caregiver on the directions of [David] and [Shirel]". I note however that this latter conclusion is a matter of mixed fact and law which Dr. Thirlwell was not qualified to assess. Nor does it appear that Nelly's story was tested or probed in any way before the conclusion was drawn.

[38] Les éléments de preuve déposés devant la SI contredisent l'opinion de la D^{re} Thirlwell quant à la connaissance personnelle de Nelly de sa fausse déclaration. Que Nelly ait cru que les modalités de travail étaient légales ou non, les éléments de preuve sont suffisants pour démontrer qu'elle savait que Shirel et David n'étaient pas ses seuls employeurs et qu'elle ne travaillait pas à temps plein pour eux. Elle a confirmé à l'agente de l'immigration qu'elle travaillait à plusieurs autres endroits à faire de l'entretien ménager. Lorsque l'agente a demandé à Nelly si elle travaillait sans autorisation, sa réponse a été la suivante : [TRADUCTION] « Oui, je suis désolée d'avoir menti ». Elle a également confirmé qu'elle travaillait encore sans autorisation et que les documents soumis étaient frauduleux, puis elle a demandé de l'aide. Elle a conclu l'entrevue par la déclaration suivante : [TRADUCTION] « Madame, je sais que j'ai fait des choses qui ne sont pas acceptables, Madame, aidez-moi, je vous en prie, c'est pour ma fille [...] Je sais que c'est très sérieux, donnez-moi une chance ».

[39] La SI n'a pas accordé plus d'importance au rapport de la D^{re} Thirlwell qu'au témoignage de Nelly. En d'autres termes, malgré l'insistance de l'avocat de Nelly à affirmer le contraire, la SI a conclu que le rapport ne corroborait pas la version de Nelly. Il se limite à répéter le récit relaté par Nelly elle-même. La SI a déterminé que l'évaluation finale du rapport réitérait les observations de l'avocat concernant la vulnérabilité et l'exploitation ainsi que les convictions personnelles de Nelly, comme elle en a fait part à la D^{re} Thirlwell.

[40] Je suis d'avis qu'il s'agit d'une conclusion que la SI peut raisonnablement tirer de l'ensemble de la preuve. Aucun test psychologique n'a été effectué par la D^{re} Thirlwell lors de l'évaluation de Nelly. En se fondant sur le récit de Nelly, la D^{re} Thirlwell a affirmé que selon son opinion professionnelle, [TRADUCTION] « Nelly est victime d'exploitation ». Elle a également conclu en affirmant que [TRADUCTION] « dans l'esprit de Nelly, elle ne faisait pas de fausse représentation de son historique d'emploi puisqu'elle travaillait comme aide familiale résidente sous les ordres de [David] et de [Shirel] ». Je note toutefois que cette dernière conclusion est une question mixte de fait et de droit et que la

C. Conclusion

[41] Neither the ID nor this Court sanctions or excuses in any way the actions of Shirel and David in this saga. I am mindful that they did not testify and so neither the ID nor this Court has had the opportunity to hear their side of the story, but from the evidence in the court file, their behaviour was shocking. Given their professions and considering that they are role models to their three young children, it is extremely disheartening behaviour. But while they came up with the scheme and created the false employment documents, it was Nelly herself who chose to use those documents to support her application. The bad behaviour of the employers does not excuse Nelly's own actions.

[42] The ID found that Nelly was complicitous and not as vulnerable as counsel submits and there was sufficient evidence to support this finding. Nelly had previously become fed up with her employers and left them. She returned because of the children. After she was fired, she found a new position but accepted David and Shirel's scheme not because she had to, but because of the bathroom arrangements, the children and the extra time it would take to obtain a new work permit. By her own admission at the ID hearing and to the immigration officer, Nelly's desire not to have the delay of applying for another work permit was a driving force behind her actions. That alone indicates a degree of *mens rea* behind the misrepresentations.

[43] The jurisprudence in this area supports the finding by the ID. Under paragraph 40(1)(a), a finding of inadmissibility requires a misrepresentation, made either directly or indirectly. The case law upon which Nelly relies starts with *Baro*, at paragraph 15, where Mr. Justice O'Reilly found that while even an innocent failure to provide material information can result in a

D^{re} Thirlwell ne possède pas l'expertise nécessaire pour l'évaluer. Il ne semble pas non plus que le récit de Nelly ait été vérifié et étudié de quelque façon que ce soit avant de tirer cette conclusion.

C. Conclusion

[41] Ni la SI ni notre Cour n'approuve ou n'excuse de quelque façon que ce soit les gestes posés par Shirel et David dans cette saga. Je suis consciente qu'ils n'ont pas témoigné et que ni la SI ni notre Cour n'a eu la possibilité d'entendre leur version des faits, mais à la lumière de la preuve qui figure au dossier, ils se sont comportés de manière choquante. Compte tenu de leurs professions et du fait qu'ils doivent montrer l'exemple à leurs trois jeunes enfants, ce comportement est extrêmement navrant. Toutefois, bien qu'ils aient élaboré le stratagème et créé les faux documents de travail, c'est Nelly elle-même qui a choisi d'utiliser ces documents pour étayer sa demande. Le comportement répréhensible de ses employeurs n'excuse en rien les gestes posés par Nelly.

[42] La SI a déterminé que Nelly était complice et n'était pas aussi vulnérable que son avocat soutient, et qu'il y avait suffisamment de preuve pour soutenir cette conclusion. Nelly s'est lassée de travailler pour ses employeurs et les a quittés. Elle est revenue en raison des enfants. Après son congédiement, elle a trouvé un nouvel emploi, mais a accepté le stratagème de David et Shirel non pas parce qu'elle y était obligée, mais en raison des arrangements liés à la salle de bain, des enfants et du délai requis pour obtenir un nouveau permis de travail. De son propre aveu lors de l'audience de la SI et devant l'agente de l'immigration, le désir de Nelly de ne pas avoir à attendre un nouveau permis de travail a été le motif principal de ses actions. Cet élément seul indique qu'un degré d'intention coupable sous-tend ses fausses déclarations.

[43] La jurisprudence à cet égard confirme la conclusion de la SI. En vertu de l'alinéa 40(1)a), une conclusion d'interdiction de territoire implique de faire une présentation erronée directement ou indirectement. La jurisprudence sur laquelle Nelly se fonde commence avec la décision *Baro*, au paragraphe 15, dans laquelle le juge O'Reilly a conclu que, bien qu'une omission

finding of inadmissibility there is an exception if an applicant can show “that they honestly and reasonably believed that they were not withholding material information.”

[44] Madam Justice Strickland in *Goburdhun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 971, 439 F.T.R. 210, at paragraph 28, enumerated ten principles arising from the jurisprudence under section 40 [of the IRPA]. The principles most relevant to Nelly’s situation are:

- The exception ... is narrow and applies only to truly extraordinary circumstances where an applicant honestly and reasonably believed that they were not misrepresenting a material fact and knowledge of the misrepresentation was beyond the applicant’s control (*Medel [v. Canada]*, [1990] FCJ No 318 (CA) (QL));
- The objective of section 40 is to deter misrepresentation and maintain the integrity of the immigration process. To accomplish this, the onus is placed on the applicant to ensure the completeness and accuracy of their application (*Jiang [v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)]*, 2011 FC 942] at para 35; *Wang*, above, at paras 55-56);
- An applicant has a duty of candour to provide complete, honest and truthful information in every manner when applying for entry into Canada (*Bodine v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 848 at para 41; *Baro v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1299 at para 15). [Full citations added.]

[45] Nelly completed her own application form so it was not beyond her control to ensure it was complete and accurate. It was reasonable for the ID to conclude that she was withholding information. She admitted as much to the ID and at her interview after she was confronted with the anonymous tip letter. She then apologized and asked for help. Unfortunately for Nelly, by then, the damage was done. Even if one could find that Nelly honestly believed the financial arrangement with

innocente de fournir des renseignements importants puisse mener à une conclusion d’interdiction de territoire, il y a toutefois une exception si les demandeurs peuvent démontrer « qu’ils croyaient honnêtement et raisonnablement ne pas dissimuler des renseignements importants ».

[44] La juge Strickland, dans la décision *Goburdhun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 971, au paragraphe 28, a indiqué dix principes tirés de la jurisprudence en vertu de l’article 40 [de la LIPR]. Les principes les plus pertinents à la situation de Nelly sont les suivants :

- l’exception [...] est assez étroite et ne s’applique qu’aux circonstances véritablement exceptionnelles où le demandeur croyait honnêtement et raisonnablement qu’il ne faisait pas une fausse déclaration sur un fait important et où il ne s’agissait pas d’un renseignement dont la connaissance échappait à sa volonté (*Medel c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] ACF n° 318 (CA) (QL));
- l’article 40 a pour objectif de dissuader un demandeur de faire une fausse déclaration et de préserver l’intégrité du processus d’immigration. Pour atteindre cet objectif, le fardeau de vérifier l’intégralité et l’exactitude de la demande incombe au demandeur (*Jiang [c. Canada (Citoyenneté et Immigration)]*, 2011 CF 942], au paragraphe 35; *Wang*, précité, aux paragraphes 55-56);
- les demandeurs ont une obligation de franchise et doivent fournir des renseignements complets, fidèles et véridiques en tout point lorsqu’ils présentent une demande d’entrée au Canada (*Bodine c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 848, au paragraphe 41; *Baro c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2007 CF 1299, au paragraphe 15). [Pas de citations complètes dans l’original.]

[45] Nelly a rempli elle-même son formulaire de demande; elle avait donc la possibilité de s’assurer que l’information était complète et exacte. Il était donc raisonnable pour la SI de conclure qu’elle dissimulait des renseignements. Elle l’a admis elle-même à la SI et lors de son entrevue, lorsqu’elle a été confrontée par la lettre de dénonciation anonyme. Elle s’est ensuite excusée et a demandé de l’aide. Malheureusement pour Nelly, il était déjà trop tard. Même si on pouvait démontrer que

her employers was legal, which the ID reasonably found implausible, the real issue is whether Nelly believed, based on what the employers told her, that the housecleaning work she was doing for other people qualified as live-in caregiver work for the employers and did not need to be disclosed.

[46] It was reasonable for the ID to find that the failure of the employers to pay Nelly for overtime and their general mistreatment or exploitation of her did not result in Nelly's misrepresentations. The ID considered Nelly's life experience at the age of 41, her work experience abroad as a nanny and her actions in Canada. It found that Nelly could have taken the new live-in caregiver position but she chose not to. She could also have disclosed her cleaning work on her permanent residence application but she hid it. Her motives were to bring her daughter to Canada. Her method was to keep working for an employer who abused her rather than wait a few extra months for a new work permit. Nelly took a gamble that, as other live-in caregivers had succeeded in gaining permanent residency with this sort of arrangement, she would too. It was a poor decision that, with hindsight, she must sincerely regret.

[47] The findings and conclusions drawn by the ID are clearly explained and substantiated with reference to the evidence. The hearing was not procedurally unfair to Nelly in any way. The reasons for the Decision are intelligible, transparent and justified. The Decision that Nelly misrepresented and withheld material facts that could have induced an error in the administration of the IRPA falls within the range of possible, acceptable outcomes and it is defensible on the facts and law. The decision-making process and the outcome fall squarely within the criteria established in paragraph 47 of *Dunsmuir*. As such, the Decision is reasonable.

Nelly croyait sincèrement que les arrangements financiers avec ses employeurs étaient légaux, ce que la SI a jugé invraisemblable, la vraie question est de savoir si Nelly croyait, selon l'explication fournie par ses employeurs, que le travail d'entretien ménager effectué pour d'autres personnes était considéré comme un travail d'aide familiale résidente pour l'employeur et n'avait pas à être divulgué.

[46] Il était raisonnable pour la SI de conclure que l'omission de la part des employeurs de rémunérer Nelly pour les heures supplémentaires travaillées et les mauvais traitements généraux ou l'exploitation qu'ils lui ont fait subir ne sont pas à l'origine des fausses déclarations de Nelly. La SI a tenu compte de l'expérience de vie de Nelly à l'âge de 41 ans, ainsi que de son expérience de travail à titre de bonne d'enfants et son comportement au Canada. Elle a conclu que Nelly aurait pu accepter le nouvel emploi d'aide familiale résidente, mais a choisi de ne pas le faire. Elle aurait pu également divulguer l'entretien ménager effectué dans sa demande de résidence permanente, mais a choisi de dissimuler ce fait. Ses motifs étaient qu'elle désirait faire venir sa fille au Canada. Pour ce faire, elle a décidé de continuer à travailler pour un employeur qui abusait d'elle plutôt qu'attendre quelques mois de plus pour obtenir un nouveau permis de travail. Nelly a pris un risque, pensant que si d'autres aides familiaux avaient réussi à obtenir la résidence permanente avec ce type d'arrangement, elle pourrait le faire également. C'était une mauvaise décision et, avec le recul, elle doit le regretter sincèrement.

[47] Les conclusions tirées par la SI sont clairement décrites et étayées par des références aux éléments de preuve. L'audience n'a été en aucun moment inéquitable sur le plan procédural pour Nelly. Les motifs de la décision sont intelligibles, transparents et justifiés. La décision selon laquelle Nelly a fait de fausses déclarations et dissimulé des faits importants qui auraient pu entraîner une erreur dans l'application de la LIPR appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Le processus décisionnel et l'issue correspondent parfaitement aux critères établis au paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir*. Par conséquent, la décision est jugée raisonnable.

[48] The application is dismissed. Neither party put forward a serious question of general importance for certification and I find none exists on these facts.

[49] On a final note, at the conclusion of the hearing of this matter I asked counsel for the Minister whether a referral of this matter had been made to the Royal Canadian Mounted Police, Canada Revenue Agency, Law Society of Upper Canada or Ontario College of Teachers. At the time, counsel did not have that information available.

[50] On the evidence before me I cannot say, nor is it my place to say, whether David or Shirel committed any offence or violated any professional rules governing them. But I do believe it would shake public confidence in the administration of Canada's immigration system if the Minister had Nelly removed from Canada but did not refer this matter to the appropriate bodies for investigation of her employers' conduct. The consequences for violating Canada's immigration laws should not fall solely upon those who lack Canadian citizenship while professionals occupying positions of trust are spared any scrutiny of their actions.

[48] La demande est rejetée. Aucune partie n'a suggéré une question grave de portée générale aux fins de certification, et je juge qu'aucune question n'existe concernant les faits en l'espèce.

[49] En conclusion, au terme de l'audience dans cette affaire, j'ai demandé à l'avocat du ministre si la question avait été portée à l'attention de la Gendarmerie royale du Canada, de l'Agence du revenu du Canada, du Barreau du Haut-Canada ou de l'Ordre des enseignantes et des enseignants de l'Ontario. À ce moment, l'avocat n'avait aucun renseignement disponible à ce sujet.

[50] Selon les éléments de preuve dont je dispose, je ne pourrais dire, et il ne m'appartient pas de le faire, si David et Shirel ont commis des infractions ou enfreint des règles de leurs ordres professionnels. Je crois toutefois que cela pourrait miner la confiance du public à l'égard de l'administration du système d'immigration au Canada si le ministre renvoyait Nelly du Canada sans soumettre cette question aux organismes concernés afin qu'ils enquêtent sur le comportement de ses employeurs. Les conséquences du non-respect des lois canadiennes en matière d'immigration ne devraient pas être subies uniquement par les personnes n'ayant pas le statut de citoyen, alors que des professionnels se trouvant en position de confiance se soustraient à l'examen de leurs actions.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. This application is dismissed.
2. No serious question of general importance is certified.

JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La présente demande est rejetée.
2. Aucune question grave de portée générale n'est certifiée.

	2016 FCA 248 A-27-15	2016 CAF 248 A-27-15
Teva Canada Limited (<i>Appellant</i>)		Teva Canada Limitée (<i>appelante</i>)
v.		c.
Pfizer Canada Inc. and the Minister of Health and the Attorney General of Canada (<i>Respondents</i>)		Pfizer Canada Inc. et le ministre de la Santé et le procureur général du Canada (<i>intimés</i>)
	A-28-15	A-28-15
The Attorney General of Canada and the Minister of Health (<i>Appellants</i>)		Le procureur général du Canada et le ministre de la Santé (<i>appelants</i>)
v.		c.
Pfizer Canada Inc. and Teva Canada Limited (<i>Respondents</i>)		Pfizer Canada Inc. et Teva Canada Limitée (<i>intimés</i>)
	A-143-15	A-143-15
Attorney General of Canada and the Minister of Health (<i>Appellants</i>)		Le procureur général du Canada et le ministre de la Santé (<i>appelants</i>)
v.		c.
Janssen Inc. and The Kennedy Trust for Rheumatology Research and Hospira Healthcare Corporation (<i>Respondents</i>)		Janssen Inc. et The Kennedy Trust for Rheumatology Research et Corporation de soins de la santé Hospira (<i>intimées</i>)
	A-172-15	A-172-15
Hospira Healthcare Corporation (<i>Appellant/Respondent</i>)		Corporation de soins de la santé Hospira (<i>appelante/intimée</i>)
v.		c.
Janssen Inc. and The Kennedy Trust for Rheumatology Research (<i>Respondents/Applicants</i>)		Janssen Inc. et The Kennedy Trust for Rheumatology Research (<i>intimées/demandereses</i>)
and		et
The Minister of Health and the Attorney General of Canada (<i>Respondents/Respondents</i>)		Le ministre de la Santé et le procureur général du Canada (<i>intimés/intimés</i>)

INDEXED AS: TEVA CANADA LIMITED v. PFIZER CANADA INC.

Federal Court of Appeal, Dawson, Webb and Rennie JJ.A.—Toronto, May 31; Ottawa, October 12, 2016.

Patents — Infringement — Consolidated appeals from Federal Court decisions setting aside Minister of Health's decisions to issue notices of compliance (NOC) to appellant Teva Canada Limited (Teva) for its generic version of exemestane tablets marketed by Pfizer Canada Inc. (Pfizer), to Hospira Healthcare Corporation (Hospira) for its generic version of infliximab marketed by Janssen Inc. — Six new drug submissions, abbreviated new drug submissions at issue herein — Federal Court finding that Minister's interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations) incorrect — Concluding, inter alia, Governor in Council not intending that issue of whether applicant made "submission for an NOC" directly or indirectly comparing its product to that of another innovator be left to Minister; leaving to Federal Court determination of whether NOC should issue under PMNOC Regulations; not purpose of PMNOC Regulations to allow "early working" of patented drug by generic drug manufacturer — Whether Federal Court erring in identifying appropriate standard of review as correctness — Whether unreasonable for Minister to conclude that PMNOC Regulations, s. 5 not engaged by drug submissions at issue such that NOCs should issue to Teva, Hospira — Decisions at issue to be reviewed on standard of reasonableness — Contextual analysis not rebutting presumption of reasonableness herein — Question of whether drug submission triggering PMNOC Regulations, s. 5 question of mixed fact and law — Reasonableness is the standard of review to be applied to such questions — Minister's interpretation of PMNOC Regulations, s. 5(1) not unreasonable — Not irrelevant for purpose of s. 5(1) whether Teva or Hospira took advantage of early working exception — Grant of regulation-making power in Patent Act, s. 55.2(4) limited to prevention of infringement by generic manufacturer taking advantage of early working exception — Balance between safety, preventing abuse of early working exception undermined when generic erroneously required to comply with PMNOC Regulations — Minister having to determine whether listed patent early-worked before requiring generic to address listed patent — Federal Court erring in law by failing to apply case law which interpreted "submission" as used in PMNOC Regulations, s. 4(1) when interpreting "submission" in s. 5(1) — Purposive interpretation of "submission" requiring consideration of each submission in issue to determine whether submission triggering PMNOC Regulations, ss. 4 or 5 — Focus should be on drug product itself — Question should be whether changes in drug submission giving rise to new or different basis for asserting infringement of particular product — No evidence Teva early-worked Pfizer's patented invention — Changes of

RÉPERTORIÉ : TEVA CANADA LIMITÉE c. PFIZER CANADA INC.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Webb et Rennie, J.C.A.—Toronto, 31 mai; Ottawa, 12 octobre 2016.

Brevets — Contrefaçon — Appels réunis à l'encontre de décisions de la Cour fédérale qui ont annulé la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante Teva Canada Limitée (Teva) à l'égard d'une version générique des comprimés d'exémestane commercialisés par Pfizer Canada Inc. (Pfizer) et à Hospira Healthcare Corporation (Hospira) pour sa version générique d'infliximab commercialisée par Janssen Inc. — Six présentations de drogues nouvelles et présentations abrégées de drogues nouvelles (PADN) étaient en cause en l'espèce — La Cour fédérale a conclu que l'interprétation du ministre du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement AC) était incorrecte — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que le gouverneur en conseil n'avait pas envisagé que la détermination de la question de savoir si un requérant avait déposé une « présentation pour un avis de conformité » qui directement ou indirectement, compare son produit à celui de la société innovatrice soit laissée au soin du ministre; que le gouverneur en conseil a confié à la Cour la tâche de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement AC; que le Règlement AC n'a pas pour but de permettre aux fabricants de médicaments génériques de « mettre au point de manière anticipée » des formulations génériques de médicaments brevetés — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en employant la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable — Il s'agissait de déterminer s'il était déraisonnable pour le ministre de conclure que les présentations de drogue en cause ne donnaient pas lieu à l'application de l'art. 5 du Règlement AC, de sorte que des AC devaient être délivrés à Teva et à Hospira — Les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable — Une analyse contextuelle ne réfute pas la présomption du critère de la décision raisonnable en l'espèce — La question de savoir si une présentation de drogue déclenche l'application de l'art. 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit — La norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions — L'interprétation du ministre de l'art. 5(1) du Règlement n'était pas déraisonnable — La Cour a rejeté l'idée qu'il était peu pertinent pour l'objectif de l'art. 5(1) du Règlement AC que Teva ou Hospira ait cherché ou non à tirer avantage de l'exception relative aux travaux préalables — Le pouvoir réglementaire prévu à l'art. 55.2(4) de la Loi se limite expressément à empêcher la contrefaçon par un fabricant de produits génériques qui tire parti de l'exception relative aux travaux préalables — En obligeant à tort un fabricant de produits génériques à se conformer au Règlement AC, on compromet l'équilibre entre

administrative nature not triggering need to address listed patents — Appeals allowed.

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — Consolidated appeals from Federal Court decisions setting aside Minister of Health’s decision to issue notices of compliance (NOC) to appellant Teva Canada Limited (Teva) for its generic version of exemestane tablets marketed by Pfizer Canada Inc. (Pfizer), to Hospira Healthcare Corporation (Hospira) for its generic version of infliximab marketed by Janssen Inc. — Federal Court finding standard of review of Minister’s decision to issue NOC to Teva to be correctness — Whether Federal Court erring in identifying appropriate standard of review as correctness — Decisions at issue to be reviewed on standard of reasonableness — Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General), AstraZeneca v. Canada (Minister of Health) not selecting standard of review in manner binding upon Court — Contextual analysis not rebutting presumption of reasonableness herein — Respondents’ submission that argument for reasonableness review resting on incorrect characterization of PMNOC Regulations as Minister’s home statute too narrow a view of prevailing case law — Presumption of reasonableness applying when administrative decision maker interpreting not just its home statute, but also “statutes closely connected to its function” such as PMNOC Regulations — No intention in PMNOC Regulations that decisions of Minister interpreting PMNOC Regulations should be reviewed on less deferential standard of review — Whether drug submission triggering PMNOC Regulations, s. 5 question of mixed fact, law — Reasonableness standard of review to be applied to such questions — Decision maker entitled to deference when having special expertise.

les objectifs de mettre à la disposition du public des drogues efficaces et non nocives et ceux de prévenir le recours abusif à l’exception à la contrefaçon qui concerne les travaux préalables — Le ministre doit décider si un brevet inscrit a fait l’objet de travaux préalables avant d’obliger un fabricant de produits génériques à traiter d’un brevet inscrit — La Cour fédérale a commis une erreur de droit en n’appliquant pas la jurisprudence qui a interprété le mot « demande » qui apparaissait à l’art. 4(1) du Règlement lorsqu’elle a interprété le mot « présentation » à l’art. 5(1) — L’interprétation téléologique du mot « demande » appelle un examen de chaque présentation en cause afin de déterminer si elle constitue une présentation déclenchant l’application des art. 4 et 5 du Règlement AC — L’accent devrait être mis sur le médicament lui-même — La question devrait être celle de savoir si les changements indiqués dans la présentation de drogue donnent lieu à un argument nouveau ou différent permettant de prétendre qu’un produit particulier est une contrefaçon — Aucun élément de preuve n’était l’argument selon lequel Teva a effectué des travaux préalables relativement à l’invention brevetée de Pfizer — Une modification de nature administrative n’entraîne pas la nécessité de traiter des brevets inscrits — Appels accueillis.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Appels réunis à l’encontre de décisions de la Cour fédérale qui ont annulé la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l’appelante Teva Canada Limitée (Teva) à l’égard d’une version générique des comprimés d’exémestane commercialisés par Pfizer Canada Inc. (Pfizer) et à Hospira Healthcare Corporation (Hospira) pour sa version générique d’infliximab commercialisée par Janssen Inc. — La Cour fédérale a jugé que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre était celle de la décision correcte — Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en employant la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable — Les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable — Les arrêts Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général) et AstraZeneca c. Canada (Ministre de la Santé) n’ont pas choisi une norme de contrôle qui lie la Cour — Une analyse contextuelle ne réfute pas la présomption du critère de la décision raisonnable en l’espèce — La prétention des intimées selon laquelle la thèse à l’appui de l’application de la norme de la décision raisonnable repose sur une caractérisation erronée du Règlement AC comme loi constitutive du ministre constitue une conception trop étroite de la jurisprudence dominante — La présomption de la décision raisonnable s’applique lorsqu’un décideur administratif interprète non seulement sa loi constitutive, mais également lorsque le décideur interprète « une loi étroitement liée à son mandat », comme le Règlement AC — Il n’existe aucune intention dans le Règlement AC de ne pas imposer la retenue judiciaire lors

These were consolidated appeals from decisions of the Federal Court to set aside the Minister of Health's decision to issue notices of compliance (NOC) to the appellant Teva Canada Limited (Teva) for a generic version of exemestane tablets marketed by Pfizer Canada Inc. (Pfizer) under the brand name AROMASIN, and to Hospira Healthcare Corporation (Hospira) for a generic version of the infliximab powder marketed by Janssen Inc. under the brand name REMICADE. Two of the appeals (Court dockets A-27-15 and A-28-15) related to the decision of the Federal Court in 2014 FC 1243, [2015] 4 F.C.R. 235 wherein the Federal Court found the standard of review of the Minister's decision to issue a NOC to Teva to be correctness. The other two appeals (Court dockets A-143-15 and A-172-15) related to a pending application for judicial review of the Minister's decision with respect to infliximab. The Federal Court set aside that decision to issue the NOC to Hospira Healthcare Corporation to allow the parties to appeal the judgment and to ask that the appeals be heard together with the exemestane appeals brought against the decision in 2014 FC 1243.

There were six new drug submissions (NDS) and abbreviated new drug submissions (ANDS) at issue in these appeals: Pfizer, Generic Medical Partners Inc. (GMP) and Teva Canada Limited sought approval to market tablets containing exemestane under the names AROMASIN, MED-EXEMESTANE and TEVA-EXEMESTANE, respectively; Janssen Inc. and Celltrion Healthcare Co Ltd. sought approval to market a 100 mg/vial of infliximab powder for solution under the names REMICADE and INFLECTRA, respectively. Hospira filed a NDS cross-referencing Celltrion's NDS seeking approval to market INFLECTRA. The Minister issued a NOC in all cases.

The Federal Court found that the Minister's interpretation of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations) was incorrect. The Federal Court made a number of conclusions that were central to its reasoning. It found, *inter alia*, that nothing in the PMNOC Regulations indicates that the Governor in Council intended the issue of

du contrôle des décisions du ministre portant sur l'interprétation du Règlement AC — La question de savoir si une présentation de drogue déclenche l'application de l'art. 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit — La norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions — Lorsque le décideur possède une expertise spéciale, il a droit à la retenue.

Il s'agissait d'appels réunis à l'encontre de décisions de la Cour fédérale qui ont annulé la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante Teva Canada Limitée (Teva) à l'égard d'une version générique des comprimés d'exémestane commercialisés par Pfizer Canada Inc. (Pfizer) sous la marque AROMASIN, et à Hospira Healthcare Corporation (Hospira) pour sa version générique de la poudre pour solution d'infliximab commercialisée par Janssen Inc. sous la marque REMICADE. Deux des appels (dossiers de la Cour A-27-15 et A-28-15) étaient liés à la décision de la Cour fédérale dans 2014 CF 1243, [2015] 4 R.C.F. 235, dans laquelle la Cour fédérale a jugé que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre de délivrer un AC à Teva était celle de la décision correcte. Les deux autres appels (dossiers de la Cour A-143-15 et A-172-15) étaient liés à une demande de contrôle judiciaire pendante de la décision du ministre au sujet de l'infliximab. La Cour fédérale a annulé la décision du ministre de délivrer l'AC à Hospira afin de permettre aux parties de la porter en appel et de demander que les appels soient entendus en même temps que les appels formés à l'encontre du jugement de la Cour fédérale dans 2014 CF 1243 concernant l'exémestane.

Six présentations de drogues nouvelles (PDN) et présentations abrégées de drogues nouvelles (PADN) étaient en cause en l'espèce : Pfizer, Generic Medical Partners Inc. (GMP) et Teva Canada Limitée ont demandé l'autorisation de mettre sur le marché des comprimés contenant l'ingrédient médicinal exemestane sous le nom d'AROMASIN, de MED-EXEMESTANE et de TEVA-EXEMESTANE, respectivement; Janssen Inc. et Celltrion Healthcare Co Ltd. ont demandé l'autorisation de mettre sur le marché la poudre pour solution d'infliximab en dose de 100 mg/fiole commercialisée sous la marque REMICADE et INFLECTRA, respectivement. Hospira a déposé une PDN renvoyant à la PDN de Celltrion en vue d'obtenir l'autorisation de commercialiser l'INFLECTRA. Le ministre a délivré un AC dans tous ces cas.

La Cour fédérale a conclu que l'interprétation du ministre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (Règlement AC) était incorrecte. La Cour fédérale a tiré un certain nombre de conclusions. Elle a conclu entre autres que rien dans le Règlement AC n'indiquait que le gouverneur en conseil avait envisagé que la détermination de la question

whether an applicant has made a “submission for an NOC” that “directly or indirectly compares” its product to that of another innovator be left to the Minister; that the Governor in Council left to the Federal Court the ultimate determination of whether a NOC should issue under the PMNOC Regulations; and that it was not the purpose of the PMNOC Regulations to allow the “early working” of a patented drug by a generic drug manufacturer. (The early working exception, found in subsection 55.2(1) of the *Patent Act*, allows a person to use a patented invention while the relevant patent is in force for the sole purpose of obtaining regulatory approval to sell a product equivalent to the patented product on the expiry of the relevant patent.) The Federal Court also rejected the arguments that Teva’s administrative drug submission did not come within the scope of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. The Federal Court could not distinguish the decisions of the Federal Court of Appeal in *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* and *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)* (the *Nu-Pharm* decisions), viewing these cases to indicate that subsection 5(1) “exists to require all generic companies who obtain their rights through a licence to address an innovator company’s patent on the patent register created by the regulations, whether they make a direct or an indirect comparison to the innovator’s product.” The Federal Court did not recognize that the situation before it was identical to the one in *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)* (*Glaxo*) where the Federal Court held that the administrative new drug submissions filed in that case did not engage the PMNOC Regulations because such submissions were not “submissions” within the meaning of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. Finally, the Federal Court found that the cases interpreting the meaning of “submission” in the context of section 4 of the PMNOC Regulations for the purpose of listing a patent on the Patent Register were inapplicable to the issues in this case.

At issue was whether the Federal Court erred when it identified the appropriate standard of review to be correctness, and whether it was unreasonable for the Minister to conclude that section 5 of the PMNOC Regulations was not engaged by the drug submissions at issue such that NOCs should issue to Teva and Hospira.

Held, the appeals should be allowed.

The decisions at issue were to be reviewed on the standard of reasonableness.

de savoir si un requérant avait déposé une « présentation pour un avis de conformité » qui « directement ou indirectement, compare » son produit à celui de la société innovatrice soit laissée aux soins du ministre, que le gouverneur en conseil a confié à la Cour fédérale la tâche de déterminer en fin de compte s’il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement AC et le Règlement AC n’a pas « pour but de permettre aux fabricants de médicaments génériques de mettre au point de manière anticipée » des formulations génériques de médicaments brevetés. (L’exception relative aux travaux préalables énoncée au paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets* permet à une personne d’utiliser une invention brevetée pendant que le brevet en cause est en vigueur dans le seul but d’obtenir l’approbation réglementaire pour vendre un produit équivalent au produit breveté à l’expiration du brevet en cause.) La Cour fédérale a également rejeté la thèse selon laquelle la présentation administrative de drogue de Teva n’était pas visée par le paragraphe 5(1) du Règlement AC. La Cour fédérale n’a pu établir de distinction avec les décisions rendues par la Cour d’appel fédérale dans les arrêts *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)* et *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)* (les arrêts *Nu-Pharm*), considérant que ces arrêts indiquaient que « le paragraphe 5(1) a pour but d’exiger que tous les fabricants de médicaments génériques qui obtiennent leurs droits par la voie d’une licence traitent d’un brevet d’une société innovatrice inscrit dans le registre de brevets créé par le règlement, et ce, que ces fabricants fassent une comparaison directe ou indirecte avec le produit de la société innovatrice ». La Cour fédérale n’a pas reconnu que la situation en l’espèce était identique à celle qui avait été présentée dans la décision *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)* (*Glaxo*) dans laquelle la Cour fédérale avait conclu que les présentations administratives de drogue nouvelle déposées dans cette affaire ne mettaient pas en cause le Règlement AC car il ne s’agissait pas de « présentations » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement AC. Enfin, la Cour fédérale a estimé que les arrêts interprétant le sens du mot « présentation » dans le contexte de l’article 4 du Règlement AC pour les besoins de l’inscription d’un brevet au registre des brevets ne s’appliquaient pas aux questions qui étaient en litige en l’espèce.

Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en employant la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable et de déterminer s’il était déraisonnable pour le ministre de conclure que les présentations de drogue en cause ne donnaient pas lieu à l’application de l’article 5 du Règlement AC, de sorte que des AC devaient être délivrés à Teva et à Hospira.

Arrêt : les appels doivent être accueillis.

Les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable.

Decisions such as *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, and *AstraZeneca v. Canada (Minister of Health) (AstraZeneca)* did not select the standard of review in a manner that was binding. Both of those decisions were decided without regard to the presumption of reasonableness articulated in cases such as *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*. The presumption of reasonableness may be rebutted when a contextual analysis reveals Parliament's intent "not to protect the tribunal's jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard".

Contrary to what the Federal Court found, in the present instance, a contextual analysis did not rebut the presumption of reasonableness. The respondents' submission that the argument for reasonableness review rests on the incorrect characterization of the PMNOC Regulations as the Minister's home statute is too narrow a view of the prevailing case law. The presumption of reasonableness applies when an administrative decision maker is interpreting not just its home statute, but also "statutes closely connected to its function", such as the PMNOC Regulations that are closely connected to the function of the Minister. There is no intention in the PMNOC Regulations that decisions of the Minister interpreting the PMNOC Regulations should be reviewed on a less deferential standard of review. The question of whether a drug submission triggers section 5 of the PMNOC Regulations is a question of mixed fact and law. Reasonableness is the standard of review to be applied to such questions. In *Dunsmuir v. New Brunswick*, the Supreme Court recognized that where there is a discrete or special administrative regime in which the decision maker has special expertise, that decision maker is entitled to deference. Health Canada, and through it the Minister, are required on a regular basis to interpret section 5 of the PMNOC Regulations. It followed from the nature of the question and the Minister's expertise that the decisions at issue were to be reviewed on the standard of reasonableness.

The Minister's interpretation of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations was not unreasonable.

It was not irrelevant for the purpose of subsection 5(1) whether Teva or Hospira took advantage of the early working exception. In *AstraZeneca*, the Supreme Court made several points of relevance herein, including that the grant of the regulation-making power in subsection 55.2(4) of the Act is expressly limited to prevention of infringement by a generic manufacturer that takes advantage of the early working exception; that the obligation incurred by the generic

Les arrêts comme *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)* et *AstraZeneca c. Canada (Ministre de la Santé) (AstraZeneca)* n'ont pas choisi une norme de contrôle qui lie la Cour. Les deux arrêts ont été rendus sans tenir compte de la présomption de l'application du critère de la décision raisonnable établie dans des arrêts comme *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*. La présomption de l'application du critère de la décision raisonnable peut être réfutée quand une analyse contextuelle révèle l'intention du législateur « de ne pas protéger la compétence du tribunal à l'égard de certaines questions; l'existence d'une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin ».

Contrairement à la conclusion de la Cour fédérale, en l'espèce, une analyse contextuelle ne réfute pas la présomption du critère de la décision raisonnable. La prétention des intimées selon laquelle la thèse à l'appui de l'application de la norme de la décision raisonnable repose sur une caractérisation erronée du Règlement AC comme loi constitutive du ministre constitue une conception trop étroite de la jurisprudence dominante. La présomption de la décision raisonnable s'applique lorsqu'un décideur administratif interprète non seulement sa loi constitutive, mais également lorsque le décideur interprète « une loi étroitement liée à son mandat », comme le Règlement AC, qui est étroitement lié au mandat du ministre. Il n'existe aucune intention dans le Règlement AC de ne pas imposer la retenue judiciaire lors du contrôle des décisions du ministre portant sur l'interprétation du Règlement AC. La question de savoir si une présentation de drogue déclenche l'application de l'article 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit. La norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions. Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, la Cour suprême a reconnu que lorsque l'on est en présence d'un régime administratif distinct ou particulier dans lequel le décideur possède une expertise spéciale, ce décideur a droit à la retenue. Santé Canada, et par son entremise le ministre, doivent régulièrement interpréter l'article 5 du Règlement AC. Il s'ensuit de la nature de la question et de l'expertise du ministre que les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable.

L'interprétation du ministre du paragraphe 5(1) du Règlement AC n'était pas déraisonnable.

La Cour a rejeté l'idée qu'il était peu pertinent pour l'objectif du paragraphe 5(1) du Règlement AC que Teva ou Hospira aient cherché ou non à tirer avantage de l'exception relative aux travaux préalables. Dans l'arrêt *AstraZeneca*, la Cour suprême a soulevé les points suivants, entre autres, qui sont pertinents en l'espèce : le pouvoir réglementaire prévu au paragraphe 55.2(4) de la Loi se limite expressément à empêcher la contrefaçon par un fabricant de produits génériques

manufacturer under the PMNOC Regulations is based on its early working of patents embodied in “another drug for the purpose of demonstrating bio-equivalence”; and that the balance between making safe and effective drugs and preventing abuse of the early working exception is undermined when a generic is erroneously required to comply with the PMNOC Regulations. The Minister must attempt to determine whether a listed patent was early-worked before requiring a generic to address a listed patent. The question of whether Teva or Hospira early-worked the patents was a relevant consideration. This was particularly pertinent to Hospira which cross-referenced its drug submission to that of Celltrion. Celltrion could not have early-worked Janssen’s patented invention for infliximab. Janssen’s patent was issued and listed after Celltrion filed its NDS. Nor did Hospira use Celltrion’s INFLECTRA as a Canadian reference product in the usual fashion in order to demonstrate bioequivalence. Hospira’s drug product was Celltrion’s drug product.

As to the *Nu-Pharm* decisions, they could be distinguished from the cases before the Federal Court. The *Nu-Pharm* decisions had to be read in the context of their unique factual circumstances. In the present case, GMP complied with the PMNOC Regulations by serving a notice of allegation upon Pfizer. GMP’s NOC issued only after Pfizer failed to challenge GMP’s allegations of invalidity and non-infringement. Celltrion was not obliged to address any patent because none was listed against REMICADE. In *Nu-Pharm*, the Court was not required to consider the position of a second generic which was licensed to sell a first generic’s drug that either complied with the PMNOC Regulations or was not required to address any listed patent. Decisions that pre-date *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General) (Biolyse)* and *AstraZeneca* must be read with care. Thus, in *Biolyse* the “*Nu-Pharm* type” situation was distinguished from that where a generic did not early-work the patented invention. Further, any interpretation of the Regulations not limited to preventing infringement occurring as a result of the early working exception will exceed the scope of regulation-making authority conferred by subsection 55.2(4) of the Act.

qui tire parti de l’exception relative aux travaux préalables; l’obligation que le Règlement AC impose au fabricant de produits génériques se fonde sur ses travaux préalables à l’égard des brevets qu’il incorpore à « une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence »; et en obligeant à tort un fabricant de produits génériques à se conformer au Règlement AC, on compromet l’équilibre entre les objectifs de mettre à la disposition du public des drogues efficaces et non nocives et ceux de prévenir le recours abusif à l’exception à la contrefaçon qui concerne les travaux préalables. Le ministre doit essayer de décider si un brevet inscrit a fait l’objet de travaux préalables avant d’obliger un fabricant de produits génériques à traiter d’un brevet inscrit. La question de savoir si Teva et Hospira avaient effectué des travaux préalables relativement aux brevets en cause était pertinente. Ceci est particulièrement pertinent pour Hospira, dont la présentation de drogue faisait un renvoi à celle de Celltrion. Celltrion n’aurait pu effectuer des travaux préalables relativement à l’invention brevetée de Janssen pour l’infliximab. Le brevet de Janssen avait été délivré et inscrit après que Celltrion eut déposé sa PDN. Hospira n’a pas non plus utilisé l’INFLECTRA de Celltrion comme produit de référence canadien de la manière habituelle en vue de démontrer la bioéquivalence. Le médicament d’Hospira était le médicament de Celltrion.

Quant aux arrêts *Nu-Pharm*, il y avait lieu d’établir une distinction entre les affaires dont était saisie la Cour fédérale. Les arrêts *Nu-Pharm* devaient être lus en tenant compte de leur situation factuelle unique. En l’espèce, GMP s’est conformée au Règlement AC en signifiant un avis d’allégation à Pfizer. L’AC a été délivré à GMP uniquement après que Pfizer eut omis de contester les allégations soulevées par GMP relativement à l’invalidité et à l’absence de contrefaçon. Celltrion n’avait pas l’obligation de traiter de brevet puisqu’aucun brevet n’était inscrit à l’égard du REMICADE. Dans les arrêts *Nu-Pharm*, la Cour n’était pas tenue d’examiner la situation d’un deuxième fabricant de produits génériques qui avait été autorisé à vendre le médicament d’un premier fabricant de produits génériques qui s’était conformé au Règlement AC ou qui n’avait pas à traiter d’un brevet inscrit. Les arrêts rendus avant *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général) (Biolyse)* et *AstraZeneca* doivent être lus avec prudence. Ainsi, dans l’arrêt *Biolyse*, on a établi une distinction entre la situation semblable à celle de *Nu-Pharm* et celle où un fabricant de produits génériques n’avait pas réalisé des travaux préalables relativement à l’invention brevetée. En outre, toute interprétation du Règlement ne se limitant pas à prévenir la contrefaçon pouvant résulter de l’exception relative aux travaux préalables dépasserait la portée du pouvoir réglementaire conféré par le paragraphe 55.2(4) de la Loi.

The *Glaxo* decision was not distinguishable on the basis articulated by the Federal Court. The Federal Court erred in law by failing to apply the case law which interpreted “submission” as used in subsection 4(1) of the PMNOC Regulations when interpreting “submission” in subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. There is more than one reasonable interpretation of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. The purposive interpretation of the word “submission” articulated in *Biolysse* requires consideration of each submission in issue in order to determine whether it is a submission that triggers sections 4 or 5 of the PMNOC Regulations. When characterizing a drug submission the focus should be upon the drug product itself. The question should be whether the changes reflected in the drug submission give rise to a new or different basis for asserting that a particular product is infringing. Here, no evidence supported the submission that Teva early-worked Pfizer’s patented invention. In this circumstance, the Minister’s interpretation of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations was not unreasonable. This conclusion was also consistent with how supplementary drug submissions are treated under subsection 5(2) of the PMNOC Regulations. Changes of an administrative nature do not trigger the need to address listed patents.

La décision *Glaxo* n’est pas à distinguer pour les motifs exprimés par la Cour fédérale. La Cour fédérale a commis une erreur de droit en n’appliquant pas la jurisprudence qui a interprété le mot « demande » qui apparaissait au paragraphe 4(1) du Règlement AC lorsqu’elle a interprété le mot « présentation » qui apparaît maintenant au paragraphe 5(1) du Règlement AC. Il y a plus d’une interprétation raisonnable du paragraphe 5(1) du Règlement AC. L’interprétation téléologique du mot « demande » exposée dans l’arrêt *Biolysse* appelle un examen de chaque présentation en cause afin de déterminer si elle constitue une présentation déclenchant l’application des articles 4 et 5 du Règlement AC. L’accent devrait être mis sur le médicament lui-même lors de la caractérisation d’une présentation de drogue. La question devrait être celle de savoir si les changements indiqués dans la présentation de drogue donnent lieu à un argument nouveau ou différent permettant de prétendre qu’un produit particulier est une contrefaçon. En l’espèce, aucun élément de preuve n’était l’argument selon lequel Teva a effectué des travaux préalables relativement à l’invention brevetée de Pfizer. Dans ces circonstances, l’interprétation du ministre du paragraphe 5(1) du Règlement AC n’était pas déraisonnable. Cette conclusion est également conforme au traitement des suppléments aux présentations de drogue en vertu du paragraphe 5(2) du Règlement AC. Une modification de nature administrative n’entraîne pas la nécessité de traiter des brevets inscrits.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. A.01.010 “manufacturer or distributor”, C.08.001.1 “Canadian reference product”, C.08.002.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(1),(4).
Patent Act (The), S.C. 1923, c. 23.
Patent Act Amendment Act, 1992, S.C. 1993, c. 2.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4, 5, 6, 7.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3.
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(1),(4).
Loi sur les brevets, S.C. 1923, ch. 23.
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. A.01.010 « fabricant ou distributeur », C.08.001.1 « produit de référence canadien », C.08.002.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4, 5, 6, 7.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2.
Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Annexe 1C de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3.

CASES CITED

APPLIED:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *AstraZeneca v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FCA 140, [2006] 1 F.C.R. 141; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FCA 335, [2007] 3 F.C.R. 102.

DISTINGUISHED:

Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General) (1998), 80 C.P.R. (3d) 74, 1998 CanLII 7436 (F.C.A.); *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138, 2000 CanLII 15094 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Takeda Canada Inc. v. Canada (Health), 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70; *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1302, 38 C.P.R. (4th) 27; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.

REFERRED TO:

Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General), 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Biolyse Pharma Corp. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2002 FCT 1205, 22 C.P.R. (4th) 345; *Pharmascience Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2009 FCA 183, 76 C.P.R. (4th) 37.

APPEALS from decisions of the Federal Court to set aside the Minister of Health's decision to issue notices of compliance to the appellants Teva Canada Limited (2014 FC 1243, [2015] 4 F.C.R. 235) and Hospira Healthcare Corporation. Appeals allowed.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *AstraZeneca c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 140, [2006] 1 R.C.F. 141; *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CAF 335, [2007] 3 R.C.F. 102.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général), 1998 CanLII 7436 (C.A.F.); *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 15094 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé), 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70; *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1302; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283.

DÉCISIONS CITÉES :

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général), 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Biolyse Pharma Corp. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2002 CFPI 1205; *Pharmascience Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2009 CAF 183.

APPELS à l'encontre de décisions de la Cour fédérale qui ont annulé la décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) aux appelantes Teva Canada Limitée (2014 CF 1243, [2015] 4 R.C.F. 235) et à Hospira Healthcare Corporation. Appels accueillis.

APPEARANCES

Jonathan Stainsby and Bryan A. Norrie for appellant Teva Canada Limited.

Paul Mitchell and Paul Fruitman for respondent Pfizer Canada Inc.

Karen Lovell and Abigail Browne for respondent Attorney General of Canada.

Andrew Skodyn and Melanie Baird for respondents/applicants Janssen Inc. and The Kennedy Trust for Rheumatology Research.

SOLICITORS OF RECORD

Aitken Klee LLP, Toronto, for appellant Teva Canada Limited.

Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP, Toronto, for respondent Pfizer Canada Inc.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, for respondents/applicants Janssen Inc. and The Kennedy Trust for Rheumatology Research.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: Each of the four appeals before the Court raises the following two issues. First, what is the standard of review to be applied to a decision of the Minister of Health to issue a notice of compliance to a generic manufacturer in circumstances when the Minister determines that the generic's drug submission is administrative in nature so that it does not trigger the notice requirement found in section 5 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PMNOC Regulations or Regulations)? Second, did the Federal Court err when it decided that the Minister's decisions should be set aside? This, in turn, requires consideration of whether the Minister erred in issuing two notices of compliance (NOC) without requiring each applicant to notify the affected patentee that the applicant was seeking a NOC.

ONT COMPARU

Jonathan Stainsby et Bryan A. Norrie pour l'appelante Teva Canada Limitée.

Paul Mitchell et Paul Fruitman pour l'intimée Pfizer Canada Inc.

Karen Lovell et Abigail Browne pour l'intimé le procureur général du Canada.

Andrew Skodyn et Melanie Baird pour les intimées/demandereses Janssen Inc. et The Kennedy Trust for Rheumatology Research.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Aitken Klee LLP, Toronto, pour l'appelante Teva Canada Limitée.

Lax O'Sullivan Lisus Gottlieb LLP, Toronto, pour l'intimée Pfizer Canada Inc.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le procureur général du Canada.

Lenczner Slaght Royce Smith Griffin LLP, Toronto, pour les intimées/demandereses Janssen Inc. et The Kennedy Trust for Rheumatology Research.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Chacun des quatre appels dont la Cour est saisie soulève les deux questions qui suivent. Premièrement, quelle norme de contrôle faut-il appliquer à une décision du ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à un fabricant de médicaments génériques lorsque le ministre estime que la présentation du fabricant de médicaments génériques est de nature administrative, de sorte qu'elle ne déclenche pas l'exigence en matière d'avis prévue à l'article 5 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement AC [ou le Règlement])? Deuxièmement, la Cour fédérale a-t-elle commis une erreur lorsqu'elle a décidé que les décisions du ministre devaient être annulées? Cette question nous amène donc à déterminer si le ministre a commis une erreur en délivrant deux avis de conformité (AC) sans exiger de chacun des demandeurs qu'il avise le titulaire du brevet en cause que le demandeur cherchait à obtenir un AC.

[2] Briefly, two decisions made by the Minister are at issue on these appeals:

- i. The decision of the Minister made on October 1, 2013, to issue a NOC to Teva Canada Limited for an exemestane tablet for oral administration in 25 mg strength. This is a generic version of exemestane tablets marketed by Pfizer Canada Inc. under the brand name AROMASIN.
- ii. The decision of the Minister made on June 4, 2014, to issue a NOC to Hospira Healthcare Corporation for its 100 mg/vial infliximab powder for solution. This is a generic version of the 100 mg/vial infliximab powder marketed by Janssen Inc. under the brand name REMICADE.

[3] Pfizer challenged in the Federal Court the decision of the Minister to issue the NOC to Teva in respect of exemestane.

[4] For reasons cited as 2014 FC 1243, [2015] 4 F.C.R. 235, issued in the proceeding brought by Pfizer, a judge of the Federal Court found the standard of review of the Minister's decision to be correctness. The Federal Court went on to find that the Minister's interpretation of the PMNOC Regulations was incorrect (reasons, at paragraph 56). In consequence, the Minister's decision to issue the NOC to Teva in respect of exemestane was set aside.

[5] Two of the appeals before the Court relate to this decision of the Federal Court: an appeal brought by Teva in Court docket A-27-15 and an appeal brought by the Attorney General of Canada and the Minister of Health in Court docket A-28-15. These appeals were consolidated. As a result, a copy of these reasons will be placed in each Court file.

[6] Janssen also challenged in the Federal Court the decision of the Minister to issue a NOC to Hospira in respect of infliximab. The Federal Court issued its judgment in respect of exemestane while Janssen's application for judicial review of the Minister's decision

[2] Brièvement, deux décisions prises par le ministre sont en litige dans les présents appels :

- i. La décision du ministre rendue le 1^{er} octobre 2013 de délivrer un AC à Teva Canada Limitée à l'égard d'un comprimé d'exémestane pour administration par voie orale en dose de 25 mg. Il s'agit d'une version générique des comprimés d'exémestane commercialisés par Pfizer Canada Inc. sous la marque AROMASIN.
- ii. La décision du ministre rendue le 4 juin 2014 de délivrer un AC à la Corporation de soins de la santé Hospira à l'égard de sa poudre pour solution d'infliximab en dose de 100 mg/ fiole. Il s'agit d'une version générique de la poudre pour solution d'infliximab en dose de 100 mg/fiole commercialisée par Janssen Inc. sous la marque REMICADE.

[3] Pfizer a contesté devant la Cour fédérale la décision du ministre de délivrer l'AC à Teva à l'égard de l'exémestane.

[4] Pour les motifs rendus dans le recours intenté par Pfizer et dont la référence est 2014 CF 1243, [2015] 4 R.C.F. 235, la juge de la Cour fédérale a jugé que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre était celle de la décision correcte. La Cour fédérale a ensuite conclu que l'interprétation du ministre du Règlement AC était incorrecte (motifs, au paragraphe 56). En conséquence, la décision du ministre de délivrer l'AC à Teva au sujet de l'exémestane a été annulée.

[5] Deux des appels dont notre Cour est saisie portent sur cette décision de la Cour fédérale : un appel formé par Teva dans le dossier A-27-15 et un appel formé par le procureur général du Canada et le ministre de la Santé dans le dossier A-28-15. Ces appels ont été réunis. Par conséquent, une copie des présents motifs sera versée dans chacun des dossiers de la Cour.

[6] Janssen a également contesté devant la Cour fédérale la décision du ministre de délivrer un AC à Hospira au sujet de l'infliximab. La Cour fédérale a rendu son jugement à l'égard de l'exémestane alors que la demande de contrôle judiciaire de Janssen de la décision du

with respect to infliximab was pending. With the consent of the parties, the Federal Court set aside the decision of the Minister to issue the NOC to Hospira, without prejudice to any right to appeal from the judgment. This judgment was made to permit the parties to appeal the judgment and to ask that the appeals be heard together with the appeals brought against the judgment of the Federal Court with respect to exemestane.

[7] Two of the appeals before the Court relate to this judgment of the Federal Court: an appeal brought by the Attorney General of Canada and the Minister of Health in Court docket A-143-15 and an appeal brought by Hospira in Court docket A-172-15. These appeals were also consolidated, as a result a copy of these reasons will be placed in each Court file.

[8] The Court ordered that the consolidated appeals be heard together.

[9] For the reasons that follow, I have concluded that the Federal Court erred by reviewing the Minister's decisions on the standard of correctness. Applying the standard of reasonableness, I have concluded that the Minister's decisions were reasonable. It follows that I would allow each appeal with costs here and in the Federal Court, set aside the judgments of the Federal Court and dismiss the applications for judicial review brought in respect of the two decisions of the Minister.

[10] I begin my analysis by briefly reviewing the regulatory framework and then move to consider the drug submissions at issue in these appeals, the decision of the Federal Court and the appropriate standard of review of the Minister's decisions. Finally, I apply the appropriate standard of review to the decisions at issue.

I. The Regulatory Framework

[11] I begin with some background context to the current regulatory regime. In 1923, *The Patent Act*,

ministre relativement à l'infliximab était pendante. Avec le consentement des parties, la Cour fédérale a annulé la décision du ministre de délivrer l'AC à Hospira, sous réserve de leur droit d'interjeter appel du jugement. Ce jugement a été rendu afin de permettre aux parties de le porter en appel et de demander que les appels soient entendus en même temps que les appels formés à l'encontre du jugement de la Cour fédérale concernant l'exémestane.

[7] Deux des appels dont notre Cour est saisie portent sur ce jugement de la Cour fédérale : un appel interjeté par le procureur général du Canada et le ministre de la Santé dans le dossier A-143-15 de la Cour et un appel interjeté par Hospira dans le dossier A-172-15. Ces appels ont également été réunis. Une copie des présents motifs sera par conséquent versée dans chacun des dossiers de la Cour.

[8] La Cour a ordonné que les appels réunis soient entendus en même temps.

[9] Pour les motifs suivants, j'ai conclu que la Cour fédérale a commis une erreur en examinant les décisions du ministre selon la norme de la décision correcte. Appliquant la norme de la décision raisonnable, j'ai conclu que les décisions du ministre étaient raisonnables. Il s'ensuit que j'accueillerais chacun des appels avec dépens, tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale, que j'annulerais les jugements de la Cour fédérale et que je rejetterais les demandes de contrôle judiciaire présentées à l'égard des deux décisions du ministre.

[10] Je commencerai mon analyse en examinant brièvement le cadre réglementaire, et j'aborderai ensuite les présentations de drogue en cause dans les présents appels, la décision de la Cour fédérale et la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer aux décisions du ministre. Finalement, j'appliquerai la norme de contrôle appropriée aux décisions en litige.

I. Le cadre réglementaire

[11] Je commence par une mise en contexte du régime réglementaire actuel. En 1923, la *Loi sur les brevets*,

S.C. 1923, c. 23 was amended to introduce compulsory licensing specific to the manufacture of food and medicine. A compulsory licence is a licence mandated by statute that gives a licensee the right to manufacture, use, or sell a patented invention prior to the expiration of the patent.

[12] In 1992, the government introduced Bill C-91, the *Patent Act Amendment Act, 1992* [S.C. 1993, c. 2], in order to amend the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (Act or *Patent Act*) to implement obligations Canada had accepted under the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* [Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. 3] and the *North American Free Trade Agreement* [*Between the Government of Canada, the Government of the United States of America, and the Government of Mexico*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2]. Bill C-91 eliminated compulsory licences issued on or after December 20, 1991 for pharmaceutical products.

[13] In order to facilitate the early entry of generic drugs to the market following the expiration of patent protection, Bill C-91 created an exception to an action for patent infringement. What is known as the “early working” exception allows a person to use a patented invention while the relevant patent is in force for the sole purpose of obtaining regulatory approval to sell a product equivalent to the patented product on the expiry of the relevant patent. The early working exception eliminated the often lengthy regulatory lag after the expiration of a patent while a generic manufacturer took the required steps to obtain a NOC.

[14] The early working exception is found in subsection 55.2(1) of the Act:

S.C. 1923, ch. 23, a été modifiée afin d’introduire un système de concession de licences obligatoires propre à la fabrication d’aliments et de médicaments. Une licence obligatoire est une licence prescrite par la loi qui accorde au titulaire de licence le droit de fabriquer, d’utiliser ou de vendre une invention brevetée avant l’expiration du brevet.

[12] En 1992, le gouvernement a présenté le projet de loi C-91, la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets* [L.C. 1993, ch. 2], afin de modifier la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la *Loi* ou la *Loi sur les brevets*), pour mettre en œuvre les obligations que le Canada avait acceptées en vertu de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [Annexe 1C de l’*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3] et de l’*Accord de libre-échange nord-américain* [*entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2]. Le projet de loi C-91 a supprimé les licences obligatoires accordées pour des produits pharmaceutiques à partir du 20 décembre 1991.

[13] Pour favoriser l’entrée rapide sur le marché de médicaments génériques après l’expiration de la protection accordée par un brevet, le projet de loi C-91 a créé une exception à une action en contrefaçon de brevet. Connue sous l’appellation de l’exception relative à la « fabrication anticipée » ou aux « travaux préalables », elle permet à une personne d’utiliser une invention brevetée pendant que le brevet en cause est en vigueur dans le seul but d’obtenir l’approbation réglementaire pour vendre un produit équivalent au produit breveté à l’expiration du brevet en cause. L’exception relative à la fabrication anticipée a éliminé le délai réglementaire, souvent très long, après l’expiration d’un brevet pendant lequel le fabricant de médicaments génériques prenait les mesures nécessaires pour obtenir un AC.

[14] L’exception relative aux travaux préalables est énoncée au paragraphe 55.2(1) de la Loi :

Exception

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

[15] The PMNOC Regulations were enacted in 1993 in conjunction with the amendments to the *Patent Act* that terminated compulsory licensing and created the early working exception. The Regulations were enacted in order to, among other things, prevent abuse of the early working exception. The linkage between the early working exception and the PMNOC Regulations is expressly reflected in subsection 55.2(4) of the Act. This is the provision which allows the Governor in Council to enact regulations. It authorizes the enactment of regulations considered necessary for preventing the infringement of a patent by any person who engages in the early working of the patented invention. More specifically:

55.2 ...

Regulations

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1), including, without limiting the generality of the foregoing, regulations... [Emphasis added.]

[16] The protection provided to innovators in the PMNOC Regulations is in addition to the remedy for patent infringement under the Act.

[17] The salient features of the regulatory regime as it applies to pharmaceutical drugs such as exemestane may be briefly summarized as follows:

- i. A drug manufacturer who wishes to advertise or sell a new drug in Canada must first obtain a

Exception

55.2 (1) Il n'y a pas contrefaçon de brevet lorsque l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d'une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d'information qu'oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente d'un produit.

[15] Le Règlement AC a été adopté en 1993 parallèlement aux modifications à la *Loi sur les brevets* qui ont mis fin aux licences obligatoires et qui ont établi l'exception relative aux travaux préalables. Le Règlement a été adopté notamment pour prévenir le recours abusif à l'exception relative aux travaux préalables. Le lien entre l'exception relative aux travaux préalables et le Règlement AC se retrouve expressément au paragraphe 55.2(4) de la Loi. Il s'agit de la disposition qui permet au gouverneur en conseil d'adopter des règlements. Elle autorise l'adoption de règlements pour empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par quiconque se livre à des travaux préalables à l'égard de l'invention brevetée. Plus précisément :

55.2 [...]

Règlements

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon d'un brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment [...] [Non souligné dans l'original.]

[16] La protection offerte aux innovateurs par le Règlement AC s'ajoute aux recours dont ils disposent en cas de contrefaçon de brevets en vertu de la Loi.

[17] Les principales caractéristiques du régime réglementaire qui s'applique aux médicaments pharmaceutiques comme l'exémestane peuvent être résumées comme suit :

- i. Un fabricant de médicaments qui souhaite commercialiser ou vendre une drogue nouvelle au

NOC pursuant to Part C, Division 8 of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 [sections C.08.001–C.08.018]. This is done by filing one of a number of types of drug submissions. A drug manufacturer is defined to include an entity who sells a drug “under their own name” (*Food and Drug Regulations*, section A.01.010).

- ii. A drug approved to be marketed in Canada is assigned a unique drug identification number which identifies the following characteristics of the drug: its brand name, manufacturer, medicinal ingredient or ingredients, the strength of the medicinal ingredient or ingredients, the pharmaceutical dosage form and the route of administration.
- iii. Typically, an innovator drug manufacturer seeking authorization to advertise or sell a new drug in Canada files a new drug submission (NDS) pursuant to section C.08.002 of the *Food and Drug Regulations*. This type of drug submission generally requires substantial evidence of clinical trials and studies to demonstrate that the new drug is safe and effective.
- iv. Another type of drug submission is an abbreviated new drug submission (ANDS), which is available under subsection C.08.002(1) of the *Food and Drug Regulations*. Typically, a generic drug manufacturer will file an ANDS in order to obtain a NOC. The generic manufacturer will make its own version of a previously approved brand-name drug. The brand-name drug is defined in section C.08.001.1 of the *Food and Drug Regulations* to be a “Canadian reference product”. The generic manufacturer tests its version of the Canadian reference product in order to demonstrate that the generic’s version is bioequivalent to the Canadian reference product. Thus, the safety and effectiveness of the generic drug is established by demonstrating its bioequivalence to a drug whose safety and effectiveness has previously been established.

Canada doit d’abord obtenir un AC sous le régime du titre 8 de la partie C du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 [articles C.08.001 à C.08.018], ce qui se fait par le dépôt d’un des divers types de présentations de drogue. Le terme « fabricant » de médicaments est défini de façon à inclure une entité qui vend une drogue « sous son propre nom » (article A.01.010 du *Règlement sur les aliments et drogues*).

- ii. Un médicament approuvé pour la commercialisation au Canada se voit attribuer une identification numérique qui identifie les caractéristiques suivantes du médicament : sa marque nominative, le fabricant, les ingrédients médicinaux, la concentration des ingrédients médicinaux, la forme posologique et la voie d’administration.
- iii. Habituellement, un fabricant de drogues innovantes qui demande une autorisation pour commercialiser ou pour vendre une drogue nouvelle au Canada dépose une présentation de drogue nouvelle (PDN) conformément à l’article C.08.002 du *Règlement sur les aliments et drogues*. Ce type de présentation de drogue nécessite généralement des éléments de preuve substantiels d’essais cliniques et d’études visant à démontrer que la drogue nouvelle est sans danger et efficace.
- iv. Un autre type de présentation de drogue est la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN), qui est prévue au paragraphe C.08.002(1) du *Règlement sur les aliments et drogues*. Généralement, un fabricant de médicaments génériques déposera une PADN pour obtenir un AC. Le fabricant de médicaments génériques produira sa propre version du médicament de marque approuvé antérieurement. À l’article C.08.001.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*, le médicament de marque est appelé « produit de référence canadien ». Le fabricant de médicaments génériques analyse sa version du produit de référence canadien afin de démontrer que la version générique est bioéquivalente au produit de référence canadien. Ainsi, l’innocuité et l’efficacité du médicament générique sont établies en démontrant sa bioéquivalence à un

-
- médicament dont l'innocuité et l'efficacité ont déjà été établies.
- v. The PMNOC Regulations provide a mechanism by which a patent holder may delay the entry of a generic version of its patented drug onto the market. Section 4 permits an innovator who has filed a NDS and obtained a NOC to submit a patent list to the Minister in respect of the drug. If the patent or patents on the list meet the requisite criteria, the Minister may add the patent or patents to the Patent Register maintained by the Minister. The patent holder who submits a patent list is referred to as a "first-person".
- vi. Thereafter, if a "second person", usually a generic drug manufacturer, seeks a NOC based on demonstrating the bioequivalence of its drug to a Canadian reference product, the second person must address each patent listed on the Patent Register in association with the Canadian reference product. The second person may address a listed patent by stating that the second person accepts that the NOC will not issue until all relevant patents expire. Alternatively, the second person may allege that a listed patent is not valid or that a listed patent will not be infringed if the second person is permitted to make, use or sell the version of the drug for which the second person seeks the NOC (subsection 5(1) of the PMNOC Regulations).
- vii. A second person who alleges patent invalidity or non-infringement must then serve the first person with particulars of its allegations in a "notice of allegation", and must prove service of the notice of allegation on the first person to the Minister (subsection 5(3) of the PMNOC Regulations).
- viii. A patentee served with a notice of allegation may apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a NOC until after the expiration of a patent that is the subject of the notice
- v. Le Règlement AC prévoit un mécanisme par lequel un titulaire de brevet peut retarder l'entrée sur le marché d'une version générique de son médicament breveté. L'article 4 permet à un innovateur qui a déposé une présentation de drogue nouvelle et qui a obtenu un AC de faire parvenir au ministre une liste de brevets à l'égard du médicament. Si le brevet ou les brevets inscrits sur la liste répondent aux critères requis, le ministre peut les ajouter au registre des brevets qu'il tient. Le titulaire de brevet qui présente une liste de brevets est appelé « première personne ».
- vi. Par la suite, si une « seconde personne », habituellement un fabricant de médicaments génériques, cherche à obtenir un avis de conformité fondé sur la démonstration de la bioéquivalence de son médicament à un produit de référence canadien, la seconde personne doit traiter de chaque brevet inscrit au registre des brevets à l'égard du produit de référence canadien. La seconde personne peut traiter d'un brevet inscrit en déclarant qu'elle accepte que l'AC ne soit pas délivré avant l'expiration de tous les brevets pertinents. Subsidièrement, la seconde personne peut alléguer qu'un brevet inscrit n'est pas valide ou qu'il n'y aura pas contrefaçon d'un brevet inscrit si la seconde personne obtient la permission de fabriquer, d'utiliser ou de vendre la version du médicament pour laquelle elle cherche à obtenir l'AC (paragraphe 5(1) du Règlement AC).
- vii. La seconde personne qui allègue l'invalidité du brevet ou l'absence de contrefaçon doit signifier à la première personne des précisions au sujet de ses allégations dans un « avis d'allégation » et elle doit prouver au ministre la signification de l'avis d'allégation à la première personne (paragraphe 5(3) du Règlement AC).
- viii. Un titulaire de brevet qui a reçu signification d'un avis d'allégation peut demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer l'avis de conformité jusqu'à l'expiration

of allegation (subsection 6(1) of the PMNOC Regulations).

- ix. A patentee's application for prohibition under subsection 6(1) automatically triggers a statutory stay (section 7 of the PMNOC Regulations). During the period of the statutory stay, the Minister may not issue a NOC until one of a number of prescribed events has occurred. For example, one event that terminates the statutory stay is when a court declares that an allegation that the patent is not valid or will not be infringed by the second person is justified. Another event is when a period of 24 months elapses after the Minister receives proof that a court application has been made under subsection 6(1). Additionally, the stay triggered by the service of a notice of allegation is terminated if 45 days expires from the date a notice of allegation is served on a patentee and the patentee fails to apply for an order of prohibition under subsection 6(1) of the PMNOC Regulations.

[18] Having briefly reviewed the regulatory framework as it applies to pharmaceutical drugs such as exemestane, it is necessary to note that infliximab is a biologic, not a pharmaceutical, drug. Biologic drugs are derived through the metabolic activity of living organisms; they are variable and structurally complex. Biologic drugs are typically manufactured from animals, microorganisms, or through the use of animals or microorganisms.

[19] The approval process for subsequent entry biologic (SEB) drugs differs in certain ways from the approval process for generic pharmaceutical drugs. The main differences may be summarized as follows:

- i. The approval of a SEB is sought by filing a NDS pursuant to section C.08.002 of the *Food and Drug Regulations*. This is to be contrasted with the

du brevet en cause (paragraphe 6(1) du Règlement AC).

- ix. La demande d'interdiction présentée par le titulaire de brevet en vertu du paragraphe 6(1) déclenche automatiquement un sursis réglementaire (article 7 du Règlement AC). Pendant la période du sursis réglementaire, le ministre ne peut délivrer un AC jusqu'à ce que l'un des événements prescrits survienne. Par exemple, un des événements qui met fin au sursis réglementaire est lorsque le tribunal accepte une allégation selon laquelle le brevet n'est pas valide ou qu'il ne sera pas contrefait par la seconde personne. Un autre événement possible est quand une période de 24 mois s'écoule après que le ministre a reçu la preuve qu'une demande a été déposée au tribunal en vertu du paragraphe 6(1). De plus, le sursis déclenché par la signification d'un avis d'allégation prend fin lorsque 45 jours se sont écoulés depuis la date de la signification au titulaire du brevet d'un avis d'allégation et que le titulaire du brevet n'a pas demandé d'ordonnance d'interdiction aux termes du paragraphe 6(1) du Règlement AC.

[18] Après ce bref examen du cadre réglementaire applicable aux médicaments pharmaceutiques comme l'exémestane, il convient de noter que l'infliximab est un médicament biologique et non un médicament pharmaceutique. Les médicaments biologiques sont dérivés de l'activité métabolique d'organismes vivants; leur structure est complexe et ils peuvent varier. Les médicaments biologiques sont habituellement fabriqués d'animaux ou de microorganismes, ou fabriqués par l'utilisation d'animaux ou de microorganismes.

[19] Le processus d'approbation d'un produit biologique ultérieur (PBU) diffère à certains égards du processus d'approbation des médicaments pharmaceutiques génériques. Les principales différences peuvent être résumées comme suit :

- i. Pour demander l'approbation d'un PBU, il faut déposer une présentation de drogue nouvelle conformément à l'article C.08.002 du *Règlement*

filing of an ANDS for the approval of a generic version of a pharmaceutical drug.

- ii. In its NDS, the SEB sponsor seeks a NOC based on the demonstrated similarity of its product to a previously approved reference biologic drug. Therefore, the NDS will provide extensive data demonstrating the similarity of the subsequent entry biologic with the reference biologic drug. This reliance on the reference biologic drug reduces the required amount of clinical and non-clinical information required to demonstrate safety and efficacy.

[20] Having reviewed the regulatory framework, I now turn to review the drug submissions at issue in these appeals.

II. The Drug Submissions

(1) Pfizer's Supplemental New Drug Submission for AROMASIN

[21] On March 17, 2005, Pfizer filed a supplemental NDS seeking approval to market tablets containing the medicinal ingredient exemestane in 25 mg strength under the trade-name AROMASIN. A NOC issued in respect of this submission on May 12, 2006.

[22] On May 12, 2006, Pfizer filed a patent list in order to list Canadian Patent No. 2409059 ('059 patent) on the Patent Register in respect of the AROMASIN tablets in 25 mg strength.

[23] On May 18, 2006, the '059 patent was listed on the Patent Register. It follows that Health Canada was satisfied that the patent complied with subsection 4(2) of the PMNOC Regulations. A patent complies with this provision if, for example, the patent contains a claim for a medicinal ingredient and the medicinal ingredient was approved through the issuance of a NOC in respect of a NDS (paragraph 4(2)(a) of PMNOC Regulations).

sur les aliments et drogues, alors qu'il faut déposer une PADN pour l'approbation d'une version générique d'un médicament pharmaceutique.

- ii. Dans sa présentation de drogue nouvelle, le promoteur du PBU cherche à obtenir un AC en se fondant sur une similarité établie avec un médicament biologique de référence déjà approuvé. Par conséquent, la présentation de drogue nouvelle comportera un grand nombre de données démontrant la similarité du produit biologique ultérieur avec le médicament biologique de référence. Ce recours au médicament biologique de référence diminue la quantité de données cliniques et non cliniques requises pour démontrer l'innocuité et l'efficacité.

[20] Après avoir examiné le cadre réglementaire, je vais maintenant examiner les présentations de drogue en litige dans les présents appels.

II. Les présentations de drogue

1) Le supplément à la présentation de drogue nouvelle de Pfizer pour l'AROMASIN

[21] Le 17 mars 2005, Pfizer a déposé un supplément à la présentation de drogue nouvelle pour obtenir l'autorisation de mettre sur le marché des comprimés contenant l'ingrédient médicinal exemestane en dose de 25 mg sous le nom d'AROMASIN. Un AC à l'égard de cette présentation a été délivré le 12 mai 2006.

[22] Le 12 mai 2006, Pfizer a déposé une liste de brevets pour inscrire le brevet canadien n° 2409059 (le brevet '059) au registre des brevets à l'égard des comprimés d'AROMASIN en dose de 25 mg.

[23] Le 18 mai 2006, le brevet '059 a été inscrit au registre des brevets. Il s'ensuit que Santé Canada était convaincu que le brevet respectait le paragraphe 4(2) du Règlement AC. Un brevet se conforme à cette disposition si, par exemple, le brevet contient une revendication d'un ingrédient médicinal qui a été approuvé par la délivrance d'un AC à l'égard d'une présentation de drogue nouvelle (alinéa 4(2)a) du Règlement AC).

(2) Generic Medical Partners Inc.'s ANDS for MED-EXEMESTANE

[24] Of limited relevance is an ANDS filed by Generic Medical Partners Inc. (GMP) that was not properly served on Pfizer. Through administrative error this led to a short-lived NOC issued to GMP and, later, a related NOC issued to Teva. The Federal Court discussed this at paragraphs 37 to 42 of its reasons. Of greater relevance is the drug submission made by GMP that led to the NOC at issue on these appeals.

[25] On May 22, 2012, GMP filed an ANDS seeking approval to market tablets containing the medicinal ingredient exemestane in 25 mg strength under the trade-name MED-EXEMESTANE. Subsequently, on August 16, 2013, GMP served a notice of allegation on Pfizer in which it made allegations in respect of the '059 patent.

[26] Although properly served with the NOC, Pfizer did not commence an application seeking prohibition pursuant to subsection 6(1) of the PMNOC Regulations.

[27] In consequence, the Minister issued a NOC to GMP on October 1, 2013.

(3) Teva's ANDS for TEVA-EXEMESTANE

[28] On June 18, 2013, Teva filed an ANDS, which cross-referenced GMP's ANDS, in which Teva sought approval to market tablets containing the medicinal ingredient exemestane in 25 mg strength under the trade-name TEVA-EXEMESTANE.

[29] Teva's ANDS did not contain any data. It included a certification in which Teva certified that all aspects of Teva's drug product were identical to GMP's cross-referenced drug product except for the names of the manufacturer and the product. Teva also certified that its drug product would be manufactured in the same location as GMP's drug product, with identical specifications and procedures. Teva also included in its submission

2) La PADN de Generic Medical Partners Inc. pour le MED-EXEMESTANE

[24] Une PADN déposée par Generic Medical Partners Inc. (GMP) qui n'a pas été dûment signifiée à Pfizer a une pertinence limitée. En raison d'une erreur administrative, un AC a été délivré pour une brève période à GMP et, plus tard, un AC connexe a été délivré à Teva. La Cour fédérale en a traité aux paragraphes 37 à 42 de ses motifs. La présentation de drogue déposée par GMP qui a donné lieu à l'AC en litige dans les présents appels est plus pertinente.

[25] Le 22 mai 2012, GMP a déposé une PADN en vue d'obtenir l'autorisation de mettre sur le marché des comprimés contenant l'ingrédient médicinal exemestane en dose de 25 mg sous le nom de MED-EXEMESTANE. Par la suite, le 16 août 2013, GMP a signifié un avis d'allégation à Pfizer dans lequel elle formulait des allégations concernant le brevet '059.

[26] Bien que l'AC ait été dûment signifié, Pfizer n'a pas déposé de demande d'interdiction en application du paragraphe 6(1) du Règlement AC.

[27] En conséquence, le ministre a délivré un AC à GMP le 1^{er} octobre 2013.

3) La PADN de Teva pour le TEVA-EXEMESTANE

[28] Le 18 juin 2013, Teva a déposé une PADN qui renvoyait à la PADN de GMP, dans laquelle Teva sollicitait l'autorisation de mettre sur le marché des comprimés contenant l'ingrédient médicinal exemestane en dose de 25 mg sous le nom de TEVA-EXEMESTANE.

[29] La PADN de Teva ne contenait aucune donnée. Elle comprenait une attestation par laquelle Teva certifiait que tous les aspects de son médicament étaient identiques à ceux du médicament de GMP visé par le renvoi, sauf en ce qui concerne le nom du fabricant et le nom du produit. Teva certifiait également que son médicament serait fabriqué au même endroit que le médicament de GMP et selon les mêmes spécifications

an authorization from GMP permitting the Minister to access GMP's ANDS when processing Teva's ANDS.

[30] On October 1, 2013, the Minister issued a NOC to Teva.

(4) Janssens' NOC for REMICADE

[31] On September 27, 2001, based on a NDS filed by Centocor Inc., a NOC issued to Centocor with respect to a 100 mg/vial infliximab powder for solution product marketed under the brand name REMICADE. At the same time, a drug identification number was issued with respect to this medication: 02244016.

[32] On June 20, 2011, Janssen filed an administrative NDS to transfer the drug identification number issued for REMICADE from Centocor to Janssen. On August 5, 2011, Janssen was issued a NOC in response to its administrative NDS and the drug identification number was transferred to Janssen.

[33] With the consent of the patent owner, The Kennedy Trust for Rheumatology Research, Janssen filed a patent list in order to list Canadian Patent No. 2261630 ('630 patent) on the Patent Register in respect of REMICADE.

[34] On December 4, 2012, the '630 patent issued. It was listed on the Patent Register on December 6, 2012 in respect of REMICADE.

(5) Celltrion Healthcare Co. Ltd.'s NDS for INFLECTRA

[35] On November 14, 2012, Celltrion Healthcare Co. Ltd. filed a NDS seeking approval to market its subsequent entry biologic INFLECTRA which contained the medicinal ingredient infliximab in 100 mg/vial strength in powder for solution dosage form. In its NDS Celltrion sought to demonstrate similarity between INFLECTRA and REMICADE.

[36] Celltrion's NDS nominated Hospira to be a distributor for INFLECTRA (affidavit of Beryl Chan,

et les mêmes méthodes. Teva avait également inclus dans sa présentation une autorisation de la part de GMP permettant au ministre d'accéder à la PADN de GMP lorsqu'il traiterait la PADN de Teva.

[30] Le 1^{er} octobre 2013, le ministre a délivré un avis de conformité à Teva.

4) L'AC de Janssen pour le REMICADE

[31] Le 27 septembre 2001, sur la base d'une PDN déposée par Centocor Inc., un AC a été délivré à Centocor pour sa poudre pour solution d'infliximab en dose de 100 mg/fiole commercialisée sous la marque REMICADE. Au même moment, ce médicament a fait l'objet de l'identification numérique 02244016.

[32] Le 20 juin 2011, Janssen a déposé une PDN administrative pour transférer l'identification numérique attribuée au REMICADE de Centocor à Janssen. Le 5 août 2011, Janssen a reçu un AC en réponse à sa PDN administrative et l'identification numérique a été transférée à Janssen.

[33] Avec le consentement du titulaire du brevet, The Kennedy Trust for Rheumatology Research, Janssen a déposé une liste de brevets afin d'inscrire le brevet canadien n° 2261630 (le brevet '630) au registre des brevets à l'égard du REMICADE.

[34] Le 4 décembre 2012, le brevet '630 a été délivré. Il a été inscrit au registre des brevets le 6 décembre 2012 à l'égard du REMICADE.

5) La PDN de Celltrion Healthcare Co. Ltd. pour l'INFLECTRA

[35] Le 14 novembre 2012, Celltrion Healthcare Co. Ltd. a déposé une PDN en vue d'obtenir l'autorisation de mettre sur le marché son produit biologique ultérieur INFLECTRA, qui contenait l'ingrédient médicinal infliximab en poudre pour solution en dose de 100 mg/fiole. Dans sa PDN, Celltrion cherchait à démontrer que l'INFLECTRA était semblable au REMICADE.

[36] La PDN de Celltrion désignait Hospira à titre de distributeur pour l'INFLECTRA (affidavit de Beryl

the Regulatory Affairs Director of Hospira, at paragraph 16).

[37] As at November 14, 2012, the filing date of Celltrion's NDS, no patent was listed on the Patent Register in respect of REMICADE. As a result, on January 15, 2014, the Minister issued a NOC to Celltrion in respect of INFLECTRA. The Minister assigned a drug identification number to INFLECTRA: 02419475.

[38] Hospira was entitled to sell INFLECTRA under this NOC (affidavit of Beryl Chan, at paragraph 16).

(6) Hospira's NDS for INFLECTRA

[39] On April 7, 2014 Hospira filed a NDS cross-referencing Celltrion's NDS seeking approval to market INFLECTRA.

[40] Hospira's NDS did not contain any scientific data. It included its certification that Hospira and Celltrion had entered into a licensing agreement with respect to INFLECTRA and that pursuant to this agreement Celltrion would no longer be selling the product. In the certification Hospira certified that, except the manufacturer's name, all aspects of its drug product were identical to the cross-referenced Celltrion drug product and that the product would be manufactured in the same location with identical specifications and procedures. As well, a letter of authorization was provided from Celltrion permitting the Minister to cross-reference its NDS when processing Hospira's NDS.

[41] The Biologics and Genetic Therapies Directorate of Health Canada concluded that because there were no changes to the previously approved drug product itself, there were no patents that Hospira was required to address (Exhibit I to the affidavit of Pino DiFranco, a patent officer-legal, employed by Health Canada).

[42] On June 4, 2014 the Minister issued a NOC to Hospira in respect of its NDS for INFLECTRA. The Minister assigned the same drug identification number to Hospira's INFLECTRA as had previously been assigned to Celltrion's INFLECTRA.

Chan, directrice de la réglementation chez Hospira, au paragraphe 16).

[37] Le 14 novembre 2012, date de dépôt de la PDN de Celltrion, aucun brevet n'était inscrit au registre des brevets à l'égard de REMICADE. Par conséquent, le 15 janvier 2014, le ministre a délivré un AC à Celltrion à l'égard de l'INFLECTRA. Le ministre a attribué l'identification numérique 02419475 à l'INFLECTRA.

[38] Hospira avait le droit de vendre l'INFLECTRA en vertu de cet AC (affidavit de Beryl Chan, au paragraphe 16).

6) La PDN d'Hospira pour l'INFLECTRA

[39] Le 7 avril 2014, Hospira a déposé une PDN renvoyant à la PDN de Celltrion en vue d'obtenir l'autorisation de commercialiser l'INFLECTRA.

[40] La PDN d'Hospira ne fait état d'aucune donnée scientifique. Elle incluait son attestation selon laquelle Hospira et Celltrion avaient conclu un contrat de licence à l'égard d'INFLECTRA et qu'aux termes de celui-ci, Celltrion ne vendrait plus le produit. Dans cette attestation, Hospira certifiait qu'à l'exception du nom du fabricant, tous les aspects de son médicament étaient identiques à ceux du médicament de Celltrion visé par le renvoi et que le produit serait fabriqué au même endroit et selon les mêmes spécifications et les mêmes méthodes. De plus, Celltrion a remis une lettre d'autorisation permettant au ministre de comparer sa propre PDN lorsqu'il traitera la PDN d'Hospira.

[41] La direction des produits biologiques et des thérapies génétiques de Santé Canada a conclu qu'en raison de l'absence de changement au médicament approuvé antérieurement, Hospira n'avait à traiter d'aucun brevet (pièce I jointe à l'affidavit de Pino DiFranco, agent de brevets des services juridiques de Santé Canada).

[42] Le 4 juin 2014, le ministre a délivré un AC à Hospira à l'égard de sa PDN pour l'INFLECTRA. Le ministre a attribué la même identification numérique à l'INFLECTRA d'Hospira que celle qui avait été attribuée auparavant à l'INFLECTRA de Celltrion.

III. The Decision of the Federal Court

[43] As mentioned above, the Federal Court found the standard of review of the Minister's decision to be correctness. It went on to find that the Minister's interpretation of the PMNOC Regulations was incorrect.

[44] Central to the reasoning of the Federal Court were its conclusions that:

- i. the prior jurisprudence had not satisfactorily settled the applicable standard of review (reasons, at paragraphs 70–72 and 105–108);
- ii. the reasonableness standard of review “is presumptively applicable whenever an administrative decision maker interprets its constituent statute or a statute or regulation that is closely connected with its function” unless certain limited exceptions apply (reasons, at paragraphs 67 and 109);
- iii. notwithstanding the broad language employed by the Supreme Court in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at paragraphs 59–62, to describe the deference owed to the Governor in Council when interpreting legislation closely related to its economic regulatory review function, this decision did not establish a fixed rule that the presumption of reasonableness may only be rebutted if the decision at issue falls into one of four categories. Those categories are constitutional questions, true jurisdictional questions, questions of competing jurisdiction between administrative tribunals and questions of general importance to the legal system as a whole which are outside of the decision maker's expertise (reasons, at paragraph 88);
- iv. the presumption of reasonableness may be rebutted if a contextual analysis demonstrates that Parliament did not intend the question to be left to the decision maker to determine because the

III. La décision de la Cour fédérale

[43] Comme je l'ai signalé ci-dessus, la Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle applicable à la décision du ministre est celle de la décision correcte. Elle a poursuivi que l'interprétation du ministre du Règlement AC était incorrecte.

[44] Les conclusions suivantes auxquelles est parvenue la Cour fédérale constituaient des éléments essentiels de ses motifs :

- i. la jurisprudence antérieure n'avait pas établi de façon satisfaisante la norme de contrôle à appliquer (motifs, aux paragraphes 70 à 72 et 105 à 108);
- ii. « on peut présumer que la norme de la raisonabilité s'applique chaque fois qu'un décideur administratif interprète sa loi constitutive ou une loi ou un règlement étroitement liés à son mandat », sauf en cas d'application de certaines exceptions limitées (motifs, aux paragraphes 67 et 109);
- iii. nonobstant le libellé général employé par la Cour suprême dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, aux paragraphes 59 à 62, pour décrire la retenue qui s'impose à l'endroit du gouverneur en conseil lorsqu'il interprète un texte qui est lié de près à sa fonction d'examen de la réglementation économique, cette décision n'a pas établi de règle fixe selon laquelle il n'est possible de réfuter la présomption du critère de la décision raisonnable que si la décision se range dans l'une de quatre catégories, soit une question de nature constitutionnelle, une véritable question de compétence, la détermination des limites de compétence entre deux tribunaux administratifs ou une question de droit d'importance générale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur (motifs, au paragraphe 88);
- iv. il est possible de réfuter la présomption selon laquelle le critère de la décision raisonnable s'applique en procédant à une analyse contextuelle si elle établit que la question en litige n'est pas de

- question falls more appropriately within the expertise of the reviewing court (reasons, at paragraph 104);
- celles que le législateur entendait laisser aux décideurs le soin de trancher parce qu'elles relèvent davantage de l'expertise d'une cour de révision (motifs, au paragraphe 104);
- v. having regard to the purpose of the decision maker, the nature of the question at issue and the expertise of the decision maker, the presumption of reasonableness was rebutted (reasons, at paragraphs 111–120);
- v. compte tenu de la raison d'être du décideur, de la nature de la question en cause et de l'expertise du décideur, la présomption de l'application du critère de la décision raisonnable a été réfutée (motifs, aux paragraphes 111 à 120);
- vi. more specifically, the Federal Court found that:
- vi. plus précisément, la Cour fédérale a jugé que :
- a. nothing in the PMNOC Regulations indicated that the Governor in Council intended the issue of whether an applicant has made a “submission for an NOC” that “directly or indirectly compares” its product to that of another innovator be left to the Minister or officials within Health Canada (reasons, at paragraph 113);
- a. rien dans le Règlement AC n'indiquait que le gouverneur en conseil avait envisagé que la détermination de la question de savoir si un requérant avait déposé une « présentation pour un avis de conformité » qui « directement ou indirectement, compare » son produit à celui de la société innovatrice soit laissée au soin de fonctionnaires de Santé Canada (motifs, au paragraphe 113);
- b. indeed, the regulatory and statutory context indicated that the issue is not to be left to Health Canada because the Minister enjoys no discretion as to whether to issue a NOC (reasons, at paragraph 114); and,
- b. en fait, le contexte réglementaire et légal dénotait que la question ne devait pas être laissée au soin de Santé Canada, car le ministre ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire de délivrer ou non un AC (motifs, au paragraphe 114);
- c. the Governor in Council left to the Court the ultimate determination of whether a NOC should issue under the PMNOC Regulations. The Court's role is inconsistent with application of the reasonableness standard to the Minister's decisions. Further, the case was similar to that in *Takeda Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2013 FCA 13, [2014] 3 F.C.R. 70, where the dissenting judge rebutted the presumptive application of the reasonableness standard on the basis that the question before the Minister was purely legal, the Minister had no experience in legal interpretation and nothing in the legislation suggested deference should be given to the Minister's decision (reasons, at paragraphs 116–118);
- c. le gouverneur en conseil a confié à la Cour la tâche de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement AC. Le rôle de la Cour ne concorde pas avec l'application de la norme de la décision raisonnable aux décisions du ministre. Par ailleurs, l'affaire était semblable à celle examinée dans l'arrêt *Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2013 CAF 13, [2014] 3 R.C.F. 70, dans lequel le juge dissident a réfuté l'application présumée de la norme de la décision raisonnable au motif que la question dont était saisi le ministre était purement juridique, que le ministre n'avait aucune expérience particulière en matière d'interprétation juridique et que rien dans la loi ne dénotait qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision du ministre (motifs, aux paragraphes 116 à 118);

- vii. the Federal Court then turned to the application of the correctness standard to the decision of the Minister, recognizing that the applicable statutory and regulatory provisions were to be interpreted in a purposive manner (reasons, at paragraphs 121 and 131);
- viii. the Federal Court rejected [at paragraph 133] the notion that the purpose of the PMNOC Regulations “is to allow the ‘early working’” of a patented drug by a generic drug manufacturer. These Regulations exist not only to allow early working but also to balance the interest in promoting early access to less expensive generic drugs with the interest of patentees in obtaining proper protection for their patented inventions. It is irrelevant to the objects of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations that Teva did not take advantage of the early working exception. Once “the purpose of the PMNOC Regulations is properly understood, it supports the conclusion that a company in the position of Teva must comply with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations” (reasons, at paragraphs 133–136);
- ix. the Federal Court rejected the argument that Teva’s administrative drug submission did not come within the scope of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. The Federal Court could not distinguish the decisions of this Court in *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)* (1998), 80 C.P.R. (3d) 74 (*Nu-Pharm 1*); and *Merck & Co., Inc. v. Canada (Attorney General)* (2000), 5 C.P.R. (4th) 138 (*Nu-Pharm 2*) (together the *Nu-Pharm* decisions). The Federal Court viewed these cases to indicate that “subsection 5(1) of the PMNOC Regulations exists to require all generic companies who obtain their rights through a licence to address an innovator company’s patent on the patent register created by the regulations, whether they make a direct or an indirect comparison to the innovator’s product.” Further, just as in the present cases, in the *Nu-Pharm* decisions the generic company had acquired the right to produce the drug in
- vii. la Cour fédérale a ensuite examiné l’application de la norme de la décision correcte à la décision du ministre, en reconnaissant qu’il était nécessaire d’interpréter les dispositions légales et réglementaires pertinentes sous un angle téléologique (motifs, aux paragraphes 121 et 131);
- viii. la Cour fédérale a rejeté [au paragraphe 133] l’affirmation selon laquelle le Règlement AC a « pour but de permettre aux fabricants de médicaments génériques de mettre au point de manière anticipée » des formulations génériques de médicaments brevetés. Ce règlement existe non seulement pour permettre la mise au point anticipée, mais également pour mettre en balance l’intérêt à promouvoir l’accès rapide à des médicaments génériques moins chers et l’intérêt des titulaires de brevets à obtenir une protection pour leurs inventions brevetées. Il est peu pertinent pour les objectifs du paragraphe 5(1) du Règlement AC que Teva n’ait pas cherché à tirer avantage de l’exception relative à la fabrication anticipée. Une fois « que l’on a bien saisi l’objet du Règlement sur les MBAC, il étaye la conclusion qu’une société se trouvant dans la situation de Teva se doit de se conformer au paragraphe 5(1) du Règlement » (motifs, aux paragraphes 133 à 136);
- ix. la Cour fédérale a rejeté la thèse selon laquelle la présentation administrative de drogue de Teva n’était pas visée par le paragraphe 5(1) du Règlement AC. La Cour fédérale n’a pu établir de distinction avec les décisions rendues par notre Cour dans les arrêts *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 1998 CanLII 7436 (*Nu-Pharm 1*), et *Merck & Co., Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2000 CanLII 15094 (*Nu-Pharm 2*) (collectivement, les arrêts *Nu-Pharm*). La Cour fédérale a considéré que ces arrêts indiquaient que « le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC a pour but d’exiger que tous les fabricants de médicaments génériques qui obtiennent leurs droits par la voie d’une licence traitent d’un brevet d’une société innovatrice inscrit dans le registre de brevets créé par le règlement, et ce, que ces fabricants fassent une comparaison directe ou indirecte avec le produit de la société innovatrice ».

question under a licence from another generic company and filed a submission that made a direct or indirect comparison to an innovator's drug (reasons, at paragraphs 137 and 141);

- x. the Federal Court rejected the submission that the situation before the Court was identical to that before the Court in *GlaxoSmithKline Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1302, 38 C.P.R. (4th) 27 (*Glaxo*) where the Federal Court held that the administrative new drug submissions filed in that case did not engage the PMNOC Regulations because such submissions were not “submissions” within the meaning of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. In the Federal Court's view, the decision was distinguishable because in *Glaxo* the generic company had complied with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations and had served a notice of allegation on the innovator company and the Judge's comments relied upon by the Attorney General were *obiter* (reasons, at paragraph 142); and,
- xi. finally, the Federal Court found that the cases interpreting the meaning of “submission” in the context of section 4 of the PMNOC Regulations for the purpose of listing a patent on the Patent Register are inapplicable to the issues in this case—the concerns about an innovator company extending its entitlements under the Regulations through administrative filings do not arise in this case (reasons, at paragraph 143).

IV. The Standard of Review to be Applied to the Decision of the Federal Court

[45] It is well settled, and not in contention on these appeals, that when reviewing a decision of the Federal Court made in the context of an application for judicial

En outre, comme en l'espèce, dans les arrêts *Nu-Pharm*, le fabricant de médicaments génériques avait acquis le droit de produire le médicament en question sous une licence d'un autre fabricant de médicaments génériques et il avait déposé une présentation qui faisait une comparaison directe ou indirecte avec une drogue innovante (motifs, aux paragraphes 137 et 141);

- x. la Cour fédérale a rejeté la thèse selon laquelle la situation en l'espèce était identique à celle qui avait été présentée à la Cour dans la décision *GlaxoSmithKline Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1302 (*Glaxo*), dans laquelle la Cour fédérale avait conclu que les présentations administratives de drogue nouvelle déposées dans cette affaire ne mettaient pas en cause le Règlement AC car il ne s'agissait pas de « présentations » au sens du paragraphe 5(1) du Règlement AC. Selon la Cour fédérale, il fallait établir une distinction avec cette décision car, dans *Glaxo*, le fabricant de médicaments génériques s'était conformé au paragraphe 5(1) du Règlement AC et avait signifié un avis d'allégation à la société innovatrice; les commentaires formulés par le juge sur lesquels s'était fondé le procureur général étaient par conséquent une remarque incidente (motifs, au paragraphe 142);
- xi. enfin, la Cour fédérale a estimé que les arrêts interprétant le sens du mot « présentation » dans le contexte de l'article 4 du Règlement AC pour les besoins de l'inscription d'un brevet au registre des brevets ne s'appliquaient pas aux questions qui sont en litige en l'espèce. Les préoccupations au sujet du fait qu'une société innovatrice étende ses droits en vertu du Règlement au moyen d'une présentation administrative ne se posent pas en l'espèce (motifs, au paragraphe 143).

IV. La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer à la décision de la Cour fédérale

[45] Il est bien établi, et il n'est pas contesté dans les présents appels, qu'au moment de réviser une décision rendue par la Cour fédérale lors d'une demande de

review, this Court is required to determine whether the Federal Court identified the appropriate standard of review and then properly applied the standard (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 45).

V. Did the Federal Court Err when it Identified the Appropriate Standard of Review to be Correctness?

[46] I agree with the Federal Court that the prior jurisprudence had not satisfactorily determined the standard of review to be applied to the decisions of the Minister. I reject the submissions of the respondents Pfizer, Janssen and The Kennedy Trust that decisions such as *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Biolyse*), at paragraph 36; and *AstraZeneca v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560 (*AstraZeneca*), at paragraph 25 selected the standard of review in a manner binding upon this Court and the Federal Court. As the Federal Court correctly noted [at paragraph 71], in *Agraira*, at paragraph 48, the Supreme Court instructed that the standard of review cannot be seen to be satisfactorily established “if the relevant precedents appear to be inconsistent with recent developments in the common law principles of judicial review.” In my view this is the case in the present appeals because both *Biolyse* and *AstraZeneca* were decided without regard to the presumption of reasonableness articulated in cases such as *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraph 39.

[47] I also agree with the Federal Court that the presumption of reasonableness may be rebutted when a contextual analysis reveals Parliament’s intent “not to protect the tribunal’s jurisdiction in relation to certain matters; the existence of concurrent and non-exclusive jurisdiction on a given point of law is an important factor in this regard” (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at paragraph 46, citing *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paragraphs 35, 36 and 38, 39; *McLean v.*

contrôle judiciaire, la Cour est tenue de déterminer si la Cour fédérale a employé la norme de contrôle appropriée et si elle l’a ensuite appliquée correctement (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 45).

V. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en employant la norme de la décision correcte comme norme de contrôle applicable?

[46] Je suis d’accord avec la Cour fédérale que la jurisprudence antérieure n’avait pas établi de manière satisfaisante la norme de contrôle à appliquer aux décisions du ministre. Je rejette les prétentions des intimées Pfizer, Janssen et The Kennedy Trust selon lesquelles les arrêts comme *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 (*Biolyse*), au paragraphe 36; et *AstraZeneca c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560 (*AstraZeneca*), au paragraphe 25, ont choisi une norme de contrôle qui lie notre Cour et la Cour fédérale. Comme la Cour fédérale l’a souligné [au paragraphe 71] à juste titre dans l’arrêt *Agraira*, au paragraphe 48, la Cour suprême a indiqué que la norme de contrôle ne peut être considérée comme établie de façon satisfaisante « si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l’évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire ». À mon avis, c’est le cas en l’espèce, car les arrêts *Biolyse* et *AstraZeneca* ont été rendus sans tenir compte de la présomption de l’application du critère de la décision raisonnable établie dans des arrêts comme *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, au paragraphe 39.

[47] Je suis également d’accord avec la Cour fédérale que la présomption de l’application du critère de la décision raisonnable peut être réfutée quand une analyse contextuelle révèle l’intention du législateur « de ne pas protéger la compétence du tribunal à l’égard de certaines questions; l’existence d’une compétence concurrente et non exclusive sur un même point de droit est un facteur important à considérer à cette fin » (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 46, qui cite *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la*

British Columbia (Securities Commission), 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at paragraph 22; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at paragraph 15).

[48] Where my analysis diverges from that of the Federal Court is that in my view a contextual analysis does not rebut the presumption of reasonableness.

[49] The Federal Court relied upon the following considerations to rebut the presumption of reasonableness:

- i. the Minister has no discretion whether to issue a NOC. The Minister may not issue a NOC until the criteria in section 7 of the PMNOC Regulations are met (reasons, at paragraph 114);
- ii. the Governor in Council left the ultimate decision of whether a NOC should issue under the PMNOC Regulations to the Court, because the Federal Court is required to adjudicate applications for prohibition. This role is inconsistent with reasonableness review (reasons, at paragraph 116); and,
- iii. the question was purely legal, and nothing in the PMNOC Regulations suggests that deference should be given to the Minister's interpretation of the Regulations (reasons, at paragraph 118).

[50] I begin my analysis by rejecting the respondents' submission that the argument for reasonableness review rests on the incorrect characterization of the PMNOC Regulations as the Minister's home statute. While I agree that these regulations are enacted pursuant to the *Patent Act* which falls under the Minister of Industry, not Health, this is too narrow a view of the prevailing jurisprudence. The presumption of reasonableness applies when an administrative decision maker is interpreting not just its home statute, but also when the

concurrency), 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, aux paragraphes 35, 36, 38 et 39; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, au paragraphe 22; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, au paragraphe 15).

[48] Là où mon analyse diverge de celle de la Cour fédérale, c'est qu'à mon avis, une analyse contextuelle ne réfute pas la présomption du critère de la décision raisonnable.

[49] La Cour fédérale a invoqué les arguments suivants pour réfuter la présomption de l'application du critère de la décision raisonnable :

- i. le ministre ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire de délivrer ou non un AC. Le ministre ne peut délivrer un AC que si l'on satisfait aux critères énoncés à l'article 7 du Règlement AC (motifs, au paragraphe 114);
- ii. le gouverneur en conseil a confié à la Cour la tâche de déterminer en fin de compte s'il y a lieu de délivrer un AC sous le régime du Règlement AC, car la Cour est tenue de se prononcer sur les demandes d'interdiction. Ce rôle ne concorde pas avec l'application de la norme de la décision raisonnable (motifs, au paragraphe 116);
- iii. la question était purement juridique et rien dans le Règlement AC ne dénote qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de l'interprétation du Règlement faite par le ministre (motifs, au paragraphe 118).

[50] Je commence mon analyse en rejetant la prétention des intimées selon laquelle la thèse à l'appui de l'application de la norme de la décision raisonnable repose sur une caractérisation erronée du Règlement AC comme loi constitutive du ministre. Bien que je sois d'accord que ce règlement a été adopté conformément à la *Loi sur les brevets*, qui relève du ministre de l'Industrie, et non de la Santé, il s'agit d'une conception trop étroite de la jurisprudence dominante. La présomption de la décision raisonnable s'applique lorsqu'un

decision maker is interpreting “statutes closely connected to its function” (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54). This applies equally to regulations such as the PMNOC Regulations that are closely connected to the function of the Minister of Health.

[51] Having concluded that it should be presumed that the decision of the Minister interpreting the PMNOC Regulations is reviewable on the standard of reasonableness, neither the fact that this raises a legal question nor the fact that the PMNOC Regulations do not suggest deference point away from the reasonableness standard.

[52] Since *Dunsmuir*, the Supreme Court has stated that the interpretation of unclear language in an administrative decision maker’s home statute (or regulation) is usually best left to the administrative decision maker (*McLean*, at paragraph 33). The proper inquiry is whether the PMNOC Regulations evidence Parliament’s intention that decisions of the Minister interpreting the Regulations be reviewed on a less deferential standard of review (*Tervita*, at paragraphs 38 and 39).

[53] I can find no indication of such intention in the PMNOC Regulations.

[54] I also disagree that the role of the Court in the PMNOC Regulations is inconsistent with reasonableness review, and disagree that this case is “somewhat similar to *Rogers Communications Inc.* [...] in which Justice Rothstein for the majority applied the correctness standard to the review of the Copyright Board’s interpretation of its constituent Act on the basis that the Board and the courts shared concurrent jurisdiction under the statute” (reasons, at paragraph 117).

[55] The Minister has exclusive jurisdiction to decide whether a drug submission filed by a second person makes a comparison with a Canadian reference product so as to require the second person to address a patent

décideur administratif interprète non seulement sa loi constitutive, mais également lorsque le décideur interprète « une loi étroitement liée à son mandat » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54). Ceci vaut également pour les règlements, comme le Règlement AC, qui sont étroitement liés au mandat du ministre de la Santé.

[51] Puisque j’ai conclu qu’il y avait lieu de présumer que la décision du ministre par laquelle il interprète le Règlement AC était susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, ni le fait que cela soulève une question de droit, ni le fait que le Règlement AC ne laisse pas entendre qu’il y ait lieu de faire preuve de retenue ne s’oppose à la norme de la décision raisonnable.

[52] Depuis l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a déclaré qu’il valait mieux laisser au décideur administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive, ou de son règlement (*McLean*, au paragraphe 33). La question à décider est de savoir si le Règlement AC témoigne de l’intention du législateur de ne pas imposer la retenue judiciaire lors du contrôle des décisions du ministre portant sur l’interprétation du Règlement (*Tervita*, aux paragraphes 38 et 39).

[53] Je n’ai décelé aucune indication d’une telle intention dans le Règlement AC.

[54] Je ne souscris pas non plus à l’idée que le rôle de la Cour défini dans le Règlement AC ne concorde pas avec la norme de la décision raisonnable, et je ne suis pas d’accord que la présente affaire est « semblable en quelque sorte à l’arrêt *Rogers Communications Inc.*, [...] où le juge Rothstein, s’exprimant au nom de la majorité, a appliqué la norme de la décision correcte au contrôle de l’interprétation, par la Commission du droit d’auteur, de sa loi constitutive au motif que cette dernière et les tribunaux judiciaires possédaient en vertu de la loi une compétence concurrente » (motifs, au paragraphe 117).

[55] Le ministre a la compétence exclusive de décider si une présentation de drogue déposée par une seconde personne établit une comparaison avec un produit de référence canadien, de sorte que la seconde personne

listed on the Patent Register. It is only if this question is answered by the Minister in the affirmative, a notice of allegation is served by the second person, and a prohibition application is commenced by the first person that the Minister is prohibited from issuing a NOC under paragraph 7(1)(e) of the Regulations (section 7 PMNOC Regulations).

[56] Aside from the Court's potential role on an application for judicial review of a ministerial decision made under section 5, the PMNOC Regulations provide a role for the Court as a first instance decision maker only under section 6: where a first person has initiated an application for prohibition it is for the Court to determine whether the allegations contained in a second person's notice of allegation are justified. On an application for prohibition, the Court does not consider whether section 5 ought to have been triggered in the first place. It follows that in a prohibition application there is no possibility of conflicting interpretations between the Minister and the Court with respect to whether section 5 was triggered.

[57] In my view, the question of whether a drug submission triggers section 5 of the PMNOC Regulations is a question of mixed fact and law. It is well settled that reasonableness is the standard of review to be applied to such questions (see, for example, *Tervita*, at paragraph 40).

[58] In *Dunsmuir*, at paragraphs 55 and 68, the Supreme Court recognized that where there is a discrete or special administrative regime in which the decision maker has special expertise, that decision maker is entitled to deference. In my view Health Canada, and through it the Minister, are required on a regular basis to interpret section 5 of the Regulations. For example, the Minister is required to determine whether to issue a NOC or to place a drug submission on patent hold. In *AstraZeneca*, the Supreme Court required the Minister to conduct a patent-specific analysis when applying subsection 5(1) because a "generic manufacturer is only required to address the cluster of patents listed against submissions

doive traiter d'un brevet inscrit au registre des brevets. Ce n'est que si le ministre répond par l'affirmative à cette question, que si la seconde personne signifie un avis d'allégation et que si la première personne dépose une demande d'interdiction qu'il est interdit au ministre de délivrer un AC en vertu de l'alinéa 7(1)e) du Règlement (article 7 du Règlement AC).

[56] Sauf pour le rôle éventuel de la Cour lors d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision ministérielle prise en vertu de l'article 5, le Règlement AC prévoit que la Cour ne joue le rôle de décideur de première instance qu'en vertu de l'article 6, c'est-à-dire que lorsqu'une première personne a déposé une demande d'interdiction, c'est à la Cour de décider si les allégations figurant dans l'avis d'allégation de la seconde personne sont fondées. La Cour saisie d'une demande d'interdiction n'examine pas si l'application de l'article 5 aurait dû, au départ, être déclenchée. Il s'ensuit que dans une demande d'interdiction, il est impossible que la question de savoir si l'application de l'article 5 a été déclenchée donne lieu à des interprétations divergentes entre le ministre et la Cour.

[57] À mon avis, la question de savoir si une présentation de drogue déclenche l'application de l'article 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit. Il est bien établi que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions (voir, par exemple, l'arrêt *Tervita*, au paragraphe 40).

[58] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, aux paragraphes 55 and 68, la Cour suprême a reconnu que lorsque l'on est en présence d'un régime administratif distinct ou particulier dans lequel le décideur possède une expertise spéciale, ce décideur a droit à la retenue. À mon avis, Santé Canada, et par son entremise le ministre, doivent régulièrement interpréter l'article 5 du Règlement. Par exemple, le ministre doit décider s'il délivre un AC ou s'il suspend la présentation de drogue pour des motifs relatifs au brevet. Dans l'arrêt *AstraZeneca*, la Cour suprême a exigé que le ministre effectue une analyse portant sur des brevets précis lorsqu'il applique le paragraphe 5(1), car « le fabricant de produits génériques

relevant to the NOC that gave rise to the comparator drug” (*AstraZeneca*, at paragraph 39).

[59] It follows from the nature of the question and the Minister’s expertise that the decisions at issue should be reviewed on the standard of reasonableness.

[60] I now turn to the second issue.

VI. Was it Unreasonable for the Minister to Conclude that Section 5 of the PMNOC Regulations was not Engaged by the Drug Submissions at Issue such that NOCs should Issue to Teva and Hospira?

[61] Because the Federal Court did not apply the appropriate standard of review it is necessary for this Court to apply the appropriate standard of review, reasonableness, to the decisions of the Minister. This said, it is helpful to review the conclusions that led the Federal Court to its determination that the decisions of the Minister were incorrect.

[62] The pertinent conclusions of the Federal Court on this point were as follows:

- i. the Federal Court rejected [at paragraph 133] the notion that the purpose of the PMNOC Regulations “is to allow the ‘early working’” of a patented drug by a generic drug manufacturer. These Regulations exist not only to allow early working but also to balance the interest in promoting early access to less expensive generic drugs with the interest of patentees in obtaining proper protection for their patented inventions. Therefore it was irrelevant to the objects of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations that Teva did not take advantage of the early working exception (reasons, at paragraphs 133–135);

n’a besoin de traiter que des brevets inscrits à l’égard des demandes visées par l’AC relatif à la drogue de comparaison » (*AstraZeneca*, au paragraphe 39).

[59] Il s’ensuit de la nature de la question et de l’expertise du ministre que les décisions en litige devraient être assujetties à la norme de la décision raisonnable.

[60] J’aborde maintenant la deuxième question en litige.

VI. Était-il déraisonnable pour le ministre de conclure que les présentations de drogue en cause ne donnaient pas lieu à l’application de l’article 5 du Règlement AC, de sorte que des AC devaient être délivrés à Teva et à Hospira?

[61] Étant donné que la Cour fédérale n’a pas appliqué la norme de contrôle appropriée, notre Cour doit appliquer celle qui convient, soit la norme de la décision raisonnable, aux décisions du ministre. Cela dit, il est utile d’examiner les conclusions qui ont amené la Cour fédérale à conclure que les décisions du ministre étaient erronées.

[62] Les conclusions pertinentes de la Cour fédérale sur ce point étaient les suivantes :

- i. la Cour fédérale a rejeté [au paragraphe 133] l’affirmation selon laquelle le Règlement AC a « pour but de permettre aux fabricants de médicaments génériques de mettre au point de manière anticipée des formulations génériques » de médicaments brevetés. Ce règlement existe non seulement pour permettre la mise au point anticipée, mais également pour mettre en balance l’intérêt à promouvoir l’accès rapide à des médicaments génériques moins chers et l’intérêt des titulaires de brevets à obtenir une protection pour leurs inventions brevetées. Ainsi, il est peu pertinent pour les objectifs du paragraphe 5(1) du Règlement AC que Teva n’ait pas cherché à tirer avantage de l’exception relative à la fabrication anticipée (motifs, aux paragraphes 133 à 135);

- ii. the Federal Court rejected the argument that Teva’s administrative drug submission did not come within the scope of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations. The Federal Court could not distinguish the *Nu-Pharm* decisions of this Court. These cases held that “subsection 5(1) of the PMNOC Regulations exists to require all generic companies who obtain their rights through a licence to address an innovator company’s patent on the patent register created by the Regulations, whether they make a direct or an indirect comparison to the innovator’s product.” Just as in the *Nu-Pharm* decisions, Teva “filed a submission that makes a direct or indirect comparison” to a first person’s drug (reasons, at paragraphs 137 and 141);
- iii. the Federal Court rejected the submission that the situation before the Court was identical to that before the Court in *Glaxo*, where the Federal Court held that the administrative new drug submissions filed in that case did not engage the PMNOC Regulations, because in *Glaxo* the generic company had complied with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations and had served a notice of allegation on the innovator company. Moreover, the comments relied upon by the Attorney General were *obiter* (reasons, at paragraph 142); and,
- iv. finally, the Federal Court found that the cases interpreting the meaning of “submission” in the context of section 4 of the PMNOC Regulations for the purpose of listing a patent on the Patent Register were inapplicable to the issues in this case—the concerns about an innovator company extending its entitlements under the Regulations through administrative filings did not arise in this case (reasons, at paragraphs 143).
- ii. la Cour fédérale a rejeté la thèse selon laquelle la présentation administrative de drogue de Teva n’était pas visée par le paragraphe 5(1) du Règlement AC. La Cour fédérale n’a pu établir de distinction avec les décisions rendues par notre Cour dans les arrêts *Nu-Pharm*. Ces arrêts indiquaient que « le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC a pour but d’exiger que tous les fabricants de médicaments génériques qui obtiennent leurs droits par la voie d’une licence traitent d’un brevet d’une société innovatrice inscrit dans le registre de brevets créé par le Règlement, et ce, que ces fabricants fassent une comparaison directe ou indirecte avec le produit de la société innovatrice ». Tout comme dans les arrêts *Nu-Pharm*, Teva avait déposé une présentation qui faisait une comparaison directe ou indirecte avec la drogue de la première personne (motifs, aux paragraphes 137 et 141);
- iii. la Cour fédérale a rejeté la thèse selon laquelle la situation en l’espèce était identique à celle qui avait été présentée à la Cour dans la décision *Glaxo*, dans laquelle la Cour fédérale avait conclu que les présentations administratives de drogue nouvelle déposées dans cette affaire ne mettaient pas en cause le Règlement AC car dans la décision *Glaxo*, le fabricant de médicaments génériques s’était conformé au paragraphe 5(1) du Règlement AC et avait signifié un avis d’allégation à la société innovatrice. De plus, les commentaires sur lesquels s’était fondé le procureur général étaient des remarques incidentes (motifs, au paragraphe 142);
- iv. enfin, la Cour fédérale a estimé que les arrêts interprétant le sens du mot « présentation » dans le contexte de l’article 4 du Règlement AC pour les besoins de l’inscription d’un brevet au registre des brevets ne s’appliquaient pas aux questions en litige en l’espèce. Les préoccupations au sujet du fait qu’une société innovatrice étende ses droits en vertu du Règlement au moyen d’une présentation administrative ne se posent pas en l’espèce (motifs, au paragraphe 143).

[63] I will deal with each point in turn.

[63] J’aborderai successivement chacun de ces points.

[64] First, I disagree that it is irrelevant for the purpose of subsection 5(1) of the PMNOC Regulations whether Teva or Hospira took advantage of the early working exception.

[65] In *Biolyse*, the Supreme Court considered the situation where Bristol-Myers Squibb had a number of patents related to new and useful formulations and methods of administration of the drug paclitaxel. Bristol-Myers Squibb did not have a patent on paclitaxel itself—a drug discovered by the National Cancer Institute of the United States and then put into the public domain. Bristol-Myers Squibb argued that, pursuant to what was then subsection 5(1.1) of the Regulations, a generic manufacturer was required to address its patents simply because its formulation contained paclitaxel and the offending Biolyse product was bioequivalent to Bristol-Myers Squibb’s product.

[66] At first instance, the Federal Court [Trial Division] had found that the Biolyse product had been properly characterized as an innovator drug [see: 2002 FCTD 1205]. Notwithstanding, the Federal Court found the Biolyse product to be captured by subsection 5(1.1) of the Regulations.

[67] Subsection 5(1.1) then in force provided:

5...

(1.1) Subject to subsection (1.2), where subsection (1) does not apply and where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent included on the register in respect of the other drug containing the medicine, where the drug has the same route of administration and a comparable strength and dosage form,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

[64] En premier lieu, je rejette l’idée qu’il est peu pertinent pour l’objectif du paragraphe 5(1) du Règlement AC que Teva ou Hospira aient cherché ou non à tirer avantage de l’exception relative aux travaux préalables.

[65] Dans l’arrêt *Biolyse*, la Cour suprême a examiné la situation où Bristol-Myers Squibb détenait plusieurs brevets portant sur des formulations et modes d’administration nouveaux et utiles du médicament paclitaxel. Bristol-Myers Squibb ne possédait pas de brevet sur le paclitaxel en soi — un médicament découvert par le National Cancer Institute des États-Unis, puis versé dans le domaine public. Bristol-Myers Squibb avait fait valoir qu’en application de ce qui était à l’époque le paragraphe 5(1.1) du Règlement, un fabricant de produits génériques devait traiter de ses brevets simplement parce que sa formulation contenait du paclitaxel et que le produit contrefaisant de Biolyse était bioéquivalent au produit de Bristol-Myers Squibb.

[66] En première instance, la Cour fédérale [Section de première instance] a conclu que le produit de Biolyse avait été considéré à juste titre comme une drogue nouvelle [voir : 2002 CFPI 1205]. Néanmoins, la Cour fédérale a jugé que le produit de Biolyse était visé par le paragraphe 5(1.1) du Règlement.

[67] Le paragraphe 5(1.1) alors en vigueur prescrivait :

5 [...]

(1.1) Sous réserve du paragraphe (1.2), lorsque le paragraphe (1) ne s’applique pas, la personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l’on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d’un avis de conformité à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise doit inclure dans la demande, à l’égard de chaque brevet inscrit au registre visant cette autre drogue contenant ce médicament, lorsque celle-ci présente la même voie d’administration et une forme posologique et une concentration comparables :

a) soit une déclaration portant qu’elle accepte que l’avis de conformité ne soit pas délivré avant l’expiration du brevet;

(b) allege that

- (i)** the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,
- (ii)** the patent has expired,
- (iii)** the patent is not valid, or
- (iv)** no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed. [Emphasis added.]

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

- (i)** la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fausse,
- (ii)** le brevet est expiré,
- (iii)** le brevet n'est pas valide,
- (iv)** aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[68] The majority of the Supreme Court [in *Biolysse*] made a number of key points when rejecting Bristol-Myers Squibb's submission:

[68] Les juges majoritaires de la Cour suprême [dans l'arrêt *Biolysse*] ont formulé certains points essentiels lorsqu'ils ont rejeté la thèse de Bristol-Myers Squibb :

- i. the scope of a regulation is constrained by its enabling legislation ([*Biolysse*] reasons, at paragraph 38). It followed that the Regulations had to be read in the light of subsection 55.2(4) of the Act;
 - ii. while the word "submission" provided the "gateway" into subsection 5(1.1), the term was not defined in the Regulations ([*Biolysse*] reasons, at paragraph 40);
 - iii. reading the Regulations in the light of subsection 55.2(4), it followed that the Regulations were directed to persons who made use of a "patented invention" ([*Biolysse*] reasons, at paragraph 52);
 - iv. not every use of a patented invention triggered the Regulations. Subsection 55.2(4) was directed to preventing infringement by persons who use "the patented invention" for the "early working" exception. This is all the Governor in Council is authorized to regulate ([*Biolysse*] reasons, at paragraph 53);
 - v. the fact paclitaxel was found in the *Biolysse* product did not mean that *Biolysse* "took advantage of"
- i. la portée du Règlement est restreinte par le texte législatif qui l'habilite (motifs [de l'arrêt *Biolysse*], au paragraphe 38). Il s'ensuit que le Règlement doit être interprété à la lumière du paragraphe 55.2(4) de la Loi;
 - ii. bien que le mot « demande » enclenche l'application du paragraphe 5(1.1), le terme n'est pas défini dans le Règlement (motifs [de l'arrêt *Biolysse*], au paragraphe 40);
 - iii. si on interprète le Règlement à la lumière du paragraphe 55.2(4), il s'ensuit que le Règlement s'applique aux personnes qui utilisent l'« invention brevetée » (motifs [de l'arrêt *Biolysse*], au paragraphe 52);
 - iv. ce ne sont pas toutes les utilisations de l'invention brevetée qui déclencheront l'application du Règlement. Le paragraphe 55.2(4) est destiné à prévenir la contrefaçon par les personnes qui utilisent l'« invention brevetée » en se prévalant de l'exception relative aux « travaux préalables ». Voilà tout ce que le gouverneur en conseil est autorisé à réglementer (motifs [de l'arrêt *Biolysse*], au paragraphe 53);
 - v. le fait que le paclitaxel se trouve dans le produit de *Biolysse* ne signifie pas que *Biolysse* « a tiré

Bristol-Myers Squibb’s inventions for the purpose of “early working” a generic copy in anticipation of the expiration of the Bristol-Myers Squibb patents ([*Biolysse*] reasons, at paragraph 54);

- vi. the interpretation of subsection 5(1.1) sought by Bristol-Myers Squibb went well beyond the provision’s purpose of preventing generic manufacturers from hiding their reliance on innovator drugs by putting forward as a reference drug another generic manufacturer’s product. “If the approval of the generic drug is related to the work of another drug manufacturer in respect of which a patent list has been filed (as in the *Nu-Pharm* type situations), it will be caught by s. 5(1.1)” ([*Biolysse*] reasons, at paragraph 65).

[69] On this last point, the Supreme Court’s reference to the “*Nu-Pharm* type situations” shows that when making this statement the Supreme Court had in its contemplation the situation where a second generic relies on the drug submission of a first generic who did not comply with subsection 5(1) of the Regulations. In *Nu-Pharm* the first generic neither served a notice of allegation nor was required to deal with subsection 5(1) because no patent was listed against its Canadian reference product.

[70] Subsequently, in *AstraZeneca* the Supreme Court made the following points of relevance to these appeals:

- i. the Court reiterated that the grant of the regulation-making power in subsection 55.2(4) of the Act is expressly limited to prevention of infringement by a generic manufacturer who takes advantage of the early working exception ([*AstraZeneca*] reasons, at paragraph 15);
- ii. for the purpose of considering a generic manufacturer’s obligations under subsection 5(1) of the PMNOC Regulations, the important aspect

avantage » des inventions de Bristol-Myers Squibb dans le but de procéder aux « travaux préalables » d’une copie générique en attendant l’expiration des brevets de Bristol-Myers Squibb (motifs [de l’arrêt *Biolysse*], au paragraphe 54);

- vi. l’interprétation que donne Bristol-Myers Squibb du paragraphe 5(1.1) pousse la disposition bien au-delà de son objet, qui est d’empêcher les fabricants de produits génériques de cacher qu’ils se fondent sur des drogues nouvelles en soumettant un autre produit générique à titre de médicament de référence. « Si l’approbation d’un produit générique est liée aux travaux d’une autre société pharmaceutique à l’égard de laquelle une liste de brevets a été soumise (comme dans les cas semblables à celui de *Nu-Pharm*), cette approbation sera visée par le par. 5(1.1) » (motifs [de l’arrêt *Biolysse*], au paragraphe 65).

[69] Sur ce dernier point, il ressort de la référence de la Cour suprême aux « cas semblables à celui de *Nu-Pharm* » qu’en faisant cette affirmation, la Cour suprême envisageait la situation où un second fabricant de produits génériques s’appuie sur la présentation d’un premier fabricant de produits génériques qui n’avait pas respecté le paragraphe 5(1) du Règlement. Dans l’arrêt *Nu-Pharm*, le premier fabricant de produits génériques n’avait pas signifié d’avis d’allégation et n’était pas tenu de composer avec le paragraphe 5(1), puisqu’aucun brevet n’était inscrit à l’égard de son produit de référence canadien.

[70] Par la suite, dans l’arrêt *AstraZeneca*, la Cour suprême a soulevé les points suivants, qui sont pertinents en l’espèce :

- i. la Cour a confirmé que le pouvoir réglementaire prévu au paragraphe 55.2(4) de la Loi se limite expressément à empêcher la contrefaçon par un fabricant de produits génériques qui tire parti de l’exception relative aux travaux préalables (motifs [de l’arrêt *AstraZeneca*], au paragraphe 15);
- ii. lors de l’examen des obligations du fabricant de produits génériques aux termes du paragraphe 5(1) du Règlement AC, l’aspect important de *Biolysse*

- of *Biolyse* was the emphasis it placed on the need to interpret the Regulations “with careful regard to the limited purposes” set out in subsection 55.2(4) of the Act (*AstraZeneca*) reasons, at paragraph 16);
- iii. if Apotex did not early work two after-listed patents because they were not incorporated into any product available to Apotex to copy, it was difficult to see why Apotex should be required to comply with the Regulations in respect of those patents (*AstraZeneca*) reasons, at paragraph 18);
- iv. a supplementary NDS may be submitted for either substantive or purely administrative reasons (*AstraZeneca*) reasons, at paragraph 19);
- v. the “whole obligation incurred by the generic manufacturer under the [PMNOC Regulations] is based on its ‘early working’ of patents embodied in ‘another drug for the purpose of demonstrating bio-equivalence’” (*AstraZeneca*) reasons, paragraph 37); and,
- vi. when a generic is erroneously required to comply with the Regulations, the balance struck by Parliament between making safe and effective drugs available to the public and preventing abuse of the early working exception is undermined (*AstraZeneca*) reasons, at paragraph 39).
- était l’insistance sur la nécessité d’interpréter le Règlement « en tenant soigneusement compte des fins limitées » précisées au paragraphe 55.2(4) de la Loi (motifs [de l’arrêt *AstraZeneca*], au paragraphe 16);
- iii. si Apotex n’avait pas effectué des travaux préalables relativement aux deux brevets inscrits ultérieurement au registre parce qu’ils n’étaient incorporés à aucun produit disponible qu’elle aurait pu copier, il était difficile de voir pourquoi Apotex devrait être assujettie au régime du Règlement à l’égard de ces brevets (motifs [de l’arrêt *AstraZeneca*], au paragraphe 18);
- iv. un supplément à une PDN peut être déposé soit pour des raisons fondamentales, soit pour des raisons de nature purement administrative (motifs [de l’arrêt *AstraZeneca*], au paragraphe 19);
- v. l’« ensemble de l’obligation que le Règlement AC impose au fabricant de produits génériques se fonde sur ses “travaux préalables” à l’égard des brevets qu’il incorpore à “une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence” » (motifs [de l’arrêt *AstraZeneca*], au paragraphe 37);
- vi. en obligeant à tort un fabricant de produits génériques à se conformer au Règlement, on compromet l’équilibre recherché par le législateur entre les objectifs de mettre à la disposition du public des drogues efficaces et non nocives et ceux de prévenir le recours abusif à l’exception à la contrefaçon qui concerne les travaux préalables (motifs [de l’arrêt *AstraZeneca*], au paragraphe 39).

[71] In sum, because Apotex did not make use of the patented inventions taught by the patents at issue Apotex did not fall within the mischief aimed at by the PMNOC Regulations (*AstraZeneca*, at paragraph 38).

[72] Subsequently, in reliance upon *AstraZeneca*, this Court has held that the Minister must attempt to determine whether a listed patent was early-worked before requiring a generic to address a listed patent (*Pharmascience Inc. v. Canada (Minister of Health)*,

[71] En bref, étant donné qu’Apotex n’avait pas utilisé les inventions brevetées décrites aux brevets en cause, elle n’avait pas contrevenu au Règlement AC (*AstraZeneca*, au paragraphe 38).

[72] Par la suite, s’appuyant sur l’arrêt *AstraZeneca*, notre Cour a conclu que le ministre devait essayer de décider si un brevet inscrit avait fait l’objet de travaux préalables avant d’obliger un fabricant de produits génériques à traiter d’un brevet inscrit (*Pharmascience Inc.*

2009 FCA 183, 76 C.P.R. (4th) 37, at paragraphs 25 and 26).

[73] Given the Supreme Court's observation in *AstraZeneca*, at paragraph 18, that unless Apotex had taken advantage of early working patents whose inventions were incorporated into Apotex' reference product it was difficult to see why Apotex should be subject to the Regulations, the question of whether Teva or Hospira early-worked the relevant patents was a relevant consideration.

[74] This is particularly pertinent to Hospira which cross-referenced its drug submission to that of Celltrion. As a matter of law, Celltrion could not have early-worked Janssen's patented invention for infliximab: Janssen's '630 patent was issued and listed after Celltrion filed its NDS. Nor did Hospira use Celltrion's INFLECTRA as a Canadian reference product in the usual fashion in order to demonstrate bioequivalence. Hospira's drug product was Celltrion's drug product.

[75] Next, I am not persuaded that the *Nu-Pharm* decisions cannot be distinguished from the cases before the Federal Court.

[76] In my view, the *Nu-Pharm* decisions must be read in the context of their unique factual circumstances. There, Apotex, the first generic, filed its drug submission before the PMNOC Regulations were enacted. Apotex therefore obtained its NOC without addressing the relevant patent. In the present case, GMP complied with the Regulations by serving a notice of allegation upon Pfizer. GMP's NOC issued only after Pfizer failed to challenge GMP's allegations of invalidity and non-infringement. Celltrion was not obliged to address any patent because none was listed against REMICADE. In *Nu-Pharm* this Court was not required to consider the position of a second generic which was licensed to sell a first generic's drug by a first generic who either complied with the Regulations or was not required to address any listed patent.

c. Canada (Ministre de la Santé), 2009 CAF 183, aux paragraphes 25 et 26).

[73] Au paragraphe 18 de l'arrêt *AstraZeneca*, la Cour suprême a affirmé qu'à moins qu'Apotex ait eu l'avantage d'effectuer des travaux préalables relativement à des brevets dont les inventions ont été incorporées dans le produit de référence d'Apotex, il était difficile de voir pourquoi Apotex devait être assujettie au Règlement. Ainsi, la question de savoir si Teva et Hospira avaient effectué des travaux préalables relativement aux brevets en cause était pertinente.

[74] Ceci est particulièrement pertinent pour Hospira, dont la présentation de drogue faisant un renvoi à celle de Celltrion. En droit, Celltrion n'aurait pu effectuer des travaux préalables relativement à l'invention brevetée de Janssen pour l'infliximab : le brevet '630 de Janssen avait été délivré et inscrit après que Celltrion eut déposé sa PDN. Hospira n'a pas non plus utilisé l'INFLECTRA de Celltrion comme produit de référence canadien de la manière habituelle en vue de démontrer la bioéquivalence. Le médicament d'Hospira était le médicament de Celltrion.

[75] Ensuite, je ne suis pas convaincue qu'il n'y a pas lieu d'établir de distinction entre les arrêts *Nu-Pharm* et les affaires dont était saisie la Cour fédérale.

[76] À mon avis, les arrêts *Nu-Pharm* doivent être lus en tenant compte de leur situation factuelle unique. Dans ces affaires, Apotex, le premier fabricant de produits génériques, avait déposé sa présentation de drogue avant l'adoption du Règlement AC. Apotex a ainsi obtenu son AC sans traiter du brevet pertinent. En l'espèce, GMP s'est conformée au Règlement en signifiant un avis d'allégation à Pfizer. L'AC a été délivré à GMP uniquement après que Pfizer eut omis de contester les allégations soulevées par GMP relativement à l'invalidité et à l'absence de contrefaçon. Celltrion n'avait pas l'obligation de traiter de brevet puisqu'aucun brevet n'était inscrit à l'égard du REMICADE. Dans les arrêts *Nu-Pharm*, notre Cour n'était pas tenue d'examiner la situation d'un deuxième fabricant de produits génériques qui avait été autorisé à vendre le médicament

[77] Moreover, I accept the submission that decisions that pre-date *Biolyse* and *AstraZeneca* must be read with care. Thus, in *Biolyse* the “*Nu-Pharm* type” situation was distinguished from that where a generic did not early-work the patented invention (*Biolyse* reasons, at paragraph 65). Further, any interpretation of the Regulations not limited to preventing infringement occurring as a result of the early working exception will exceed the scope of regulation-making authority conferred by subsection 55.2(4) of the Act.

[78] Next, I am not persuaded that the *Glaxo* decision is distinguishable on the basis articulated by the Federal Court. I reach this conclusion for the following reasons.

[79] First, I disagree with the Federal Court that in *Glaxo* “the generic company ... had complied with subsection 5(1) of the PMNOC Regulations and had served [a notice of allegation] on the innovator company in respect of whose product it had undertaken a comparison” ([*Glaxo*] reasons, at paragraph 142). Apotex, the generic, did not serve a notice of allegation on either 3M Canada (whose product Airomir Apotex cross-referenced in its drug submission) or GlaxoSmithKline (a patent holder that alleged Apotex’ product contained the same medicine as its product Ventolin). This is apparent from the fact that Apotex had entered into a licensing agreement with 3M which allowed Apotex to sell 3M’s product under its own name (*Glaxo* reasons, at paragraph 16) and from the fact the Federal Court found that the Minister had properly issued a NOC to Apotex without requiring it to serve a notice of allegation on GlaxoSmithKline (*Glaxo* reasons, at paragraph 72).

[80] Second, I disagree with the Federal Court that in *Glaxo* the Federal Court’s conclusion that the administrative NDS did not engage the PMNOC Regulations

d’un premier fabricant de produits génériques qui s’était conformé au Règlement ou qui n’avait pas à traiter d’un brevet inscrit.

[77] Par ailleurs, je retiens l’argument selon lequel les arrêts rendus avant *Biolyse* et *AstraZeneca* doivent être lus avec prudence. Ainsi, dans l’arrêt *Biolyse*, on a établi une distinction entre la situation semblable à celle de *Nu-Pharm* et celle où un fabricant de produits génériques n’avait pas réalisé des travaux préalables relativement à l’invention brevetée (motifs de l’arrêt *Biolyse*, au paragraphe 65). En outre, toute interprétation du Règlement ne se limitant pas à prévenir la contrefaçon pouvant résulter de l’exception relative aux travaux préalables dépasserait la portée du pouvoir réglementaire conféré par le paragraphe 55.2(4) de la Loi.

[78] Ensuite, je ne suis pas convaincue que la décision *Glaxo* est à distinguer pour les motifs exprimés par la Cour fédérale. J’en arrive à cette conclusion pour les motifs suivants.

[79] Premièrement, je ne suis pas d’accord avec la Cour fédérale que dans la décision *Glaxo*, « le fabricant de médicaments [...] s’était conformé au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MBAC et avait signifié un [avis d’allégation] à la société innovatrice qui avait créé le produit avec lequel [il] avait fait une comparaison » (motifs [de la décision *Glaxo*], au paragraphe 142). Apotex, le fabricant du produit générique, n’avait pas signifié d’avis d’allégation à 3M Canada (dont le produit Airomir avait fait l’objet d’un renvoi dans la présentation de drogue d’Apotex) ou à GlaxoSmithKline (un détenteur de brevet qui alléguait que le produit d’Apotex contenait le même médicament que son produit Ventolin). C’est ce qui ressort clairement du fait qu’Apotex avait conclu un contrat de licence avec la société 3M qui l’autorisait à vendre le produit de 3M sous son propre nom (motifs de la décision *Glaxo*, au paragraphe 16) et du fait que la Cour fédérale avait déterminé que le ministre avait eu raison de délivrer un AC à Apotex sans exiger qu’elle signifie un avis d’allégation à GlaxoSmithKline (motifs de la décision *Glaxo*, au paragraphe 72).

[80] Deuxièmement, je ne suis pas d’accord avec la Cour fédérale que dans la décision *Glaxo*, la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la PDN administrative

was *obiter*. As evidenced by paragraph 73 of the *Glaxo* reasons, the Federal Court’s reliance upon Apotex’ comparison with 3M’s product was only in the event it was wrong in its primary conclusion that the Regulations did not apply to the administrative NDS.

[81] The final reason given by the Federal Court for its conclusion that Teva had directly or indirectly compared its product to AROMASIN so that its drug submission fell within subsection 5(1) of the Regulations was that cases that had interpreted the meaning of “submission” in the context of section 4 of the Regulations were inapplicable because “the concerns about an innovator company’s extending its entitlements under the regulations through administrative filings do not arise in this case” ([*Glaxo*] reasons, at paragraph 143). Again, I respectfully disagree.

[82] Returning to the decision of the Supreme Court in *Biolysse*, the Supreme Court was required to interpret the word “submission” in the then current version of subsection 5(1.1) of the Regulations. To do so, the Court looked to subsection 4(1) of the Regulations, a provision the Court characterized to be a “reciprocal provision” to then subsection 5(1.1) (*Biolysse*, at paragraph 61). At paragraphs 57–61 Justice Binnie wrote:

The word “submission” is used in various places in the *NOC Regulations*. In particular, the text of s. 4(1) provides the template on which s. 5(1.1) is modelled. The relevant words in s. 4(1) are:

4. (1) A person who files or has filed a submission for, or has been issued, a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine

.... The Federal Court has consistently held that the word “submission” in s. 4(1) does not include all submissions. It does not include a *supplementary* NDS. (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 10 C.P.R. (4th) 318 (F.C.T.D.), at paras. 13, 19 and 21, *aff’d* (2002), 16 C.P.R. (4th) 425, 2002 FCA 32; *Ferring Inc. v. Canada (Attorney General)* (2003), 26 C.P.R. (4th) 155, 2003 FCA 274, at para. 18; *Toba Pharma Inc. v. Canada (Attorney General)* (2002), 21 C.P.R. (4th) 232, 2002 FCTD 927, at para. 34; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*

ne mettait pas en cause le Règlement AC était une remarque incidente. Comme en témoigne le paragraphe 73 des motifs de la décision *Glaxo*, la Cour fédérale ne se fondait sur la comparaison d’Apotex avec le produit de la société 3M que dans l’éventualité où elle faisait erreur dans sa conclusion première selon laquelle le Règlement ne s’appliquait pas à une PDN administrative.

[81] Le dernier motif exposé par la Cour fédérale à l’appui de sa conclusion selon laquelle Teva avait directement ou indirectement comparé son produit à l’AROMASIN, de sorte que sa présentation de drogue relevait du paragraphe 5(1) du Règlement, était que les décisions interprétant le sens du mot « présentation » à l’article 4 du Règlement ne s’appliquaient pas, car « les préoccupations au sujet du fait qu’une société innovatrice étende ses droits en vertu du Règlement au moyen d’une présentation administrative ne se posent pas en l’espèce » (motifs [de la décision *Glaxo*], au paragraphe 143). Encore là, je ne puis être d’accord.

[82] Dans l’arrêt *Biolysse*, la Cour suprême devait interpréter le mot « présentation » selon la version du paragraphe 5(1.1) du Règlement alors en vigueur. Pour ce faire, la Cour a examiné le paragraphe 4(1) du Règlement, une disposition que la Cour a qualifiée de « disposition réciproque » au paragraphe 5(1.1) de l’époque (arrêt *Biolysse*, au paragraphe 61). Aux paragraphes 57 à 61, le juge Binnie a écrit :

Le mot « demande » figure à divers endroits dans le *Règlement ADC*. En particulier, le libellé du par. 4(1) fournit un modèle dont est inspiré le par. 5(1.1). Les termes pertinents du par. 4(1) sont les suivants :

4. (1) La personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ou qui a obtenu un tel avis...

[...] La Cour fédérale a statué de façon constante que le mot « demande » au par. 4(1) ne s’entend pas de toutes les demandes. Il n’inclut pas un *supplément* à une PDN. (*Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 51 (QL) (1^{re} inst.), par. 13, 19 et 21, *conf. par* [2002] A.C.F. n° 96 (QL), 2002 CAF 32; *Ferring Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2003] A.C.F. n° 982 (QL), 2003 CAF 274, par. 18; *Toba Pharma Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2002] A.C.F. n° 1208 (QL), 2002 CFPI 927, par. 34; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la*

(2004), 36 C.P.R. (4th) 58, 2004 FC 736, at paras. 39-40).

Applying a purposive interpretation, the Federal Court in these cases held that to read “submission” in s. 4(1) to include all NDSs would allow innovator companies to sidestep the time limits applicable to patent lists by the simple expedient of submitting a supplementary New Drug Submission (SNDS) making corporate or technical changes to their filing (*Bristol-Myers*, at para. 19). Such a result would not be consistent with the scheme of the *NOC Regulations* as a whole. In my view, this purposive approach is correct.

The parallel words in s. 5(1.1) are:

5. (1.1) ... where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine

The text of s. 5(1.1) closely tracks the language of s. 4(1). It is a reciprocal provision in the sense that s. 4(1) sets up the patent list that the person subject to s. 5(1.1) must circumnavigate. Section 5(1.1) should therefore receive a similarly purposive interpretation. The word “submission” should also be construed so as to fulfill the purposes laid out in s. 55.2(4) of the *Patent Act*.

[83] In my view, on the basis of this analysis the Federal Court erred in law by failing to apply the jurisprudence which interpreted “submission” as used in subsection 4(1) of the Regulations when interpreting “submission” in subsection 5(1) of the Regulations.

[84] Having rejected the arguments advanced by the Federal Court it remains to be considered whether the Minister reasonably decided that the drug submissions filed by Teva and Hospira did not trigger the notice requirement found in subsection 5(1) of the Regulations.

[85] To begin, I agree with the Federal Court that there is more than one reasonable interpretation of subsection 5(1) of the Regulations (reasons, at paragraph 56).

Santé), [2004] A.C.F. n° 883 (QL), 2004 CF 736, par. 39-40.)

Dans ces affaires, après avoir appliqué une interprétation téléologique, la Cour fédérale a conclu qu’une interprétation du mot « demande » au par. 4(1) qui inclurait toutes les PDN permettrait à des sociétés innovatrices de passer outre aux délais applicables aux listes de brevets par le simple expédient qu’est la présentation d’un supplément à une PDN en vue d’apporter des modifications relatives à la société ou des modifications techniques à leur présentation (*Bristol-Myers*, par. 19). Pareil résultat serait contraire à l’économie générale du *Règlement ADC*. À mon avis, cette approche téléologique est la bonne.

Les termes correspondants au par. 5(1.1) sont les suivants :

5 (1.1) ... la personne qui dépose ou a déposé une demande d’avis de conformité pour une drogue contenant un médicament ...

Le libellé du par. 5(1.1) reproduit fidèlement celui du par. 4(1). Il s’agit d’une disposition réciproque dans le sens où le par. 4(1) crée la liste de brevets que doit contourner la personne soumise au par. 5(1.1). Le paragraphe 5(1.1) devrait donc recevoir une interprétation téléologique semblable. L’interprétation du mot « demande » devrait également permettre d’atteindre les objectifs visés par le par. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

[83] À mon avis, vu cette analyse, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en n’appliquant pas la jurisprudence qui a interprété le mot « demande » qui apparaissait au paragraphe 4(1) du Règlement lorsqu’elle a interprété le mot « présentation » qui apparaît maintenant au paragraphe 5(1) du Règlement.

[84] Après avoir rejeté les arguments avancés par la Cour fédérale, je dois trancher la question de savoir si le ministre a décidé de façon raisonnable que les présentations de drogue déposées par Teva et Hospira n’entraînaient pas l’exigence en matière d’avis prévue au paragraphe 5(1) du Règlement.

[85] Pour commencer, je suis d’accord avec la Cour fédérale qu’il y a plus d’une interprétation raisonnable du paragraphe 5(1) du Règlement (motifs, au paragraphe 56).

[86] I accept the submission that the purposive interpretation of the word “submission” articulated in *Biolyse* requires consideration of each submission in issue in order to determine whether it is a submission that triggers sections 4 or 5 of the Regulations.

[87] Thus, in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FCA 140, [2006] 1 F.C.R. 141, this Court found that some drug submissions are excluded from the scope of section 4 of the Regulations. Examples of such submissions were those made because of a change in the brand-name of a drug, or a change in the name of the manufacturer of the drug, or a change in the manufacturing site. Justice Sharlow wrote at paragraph 25 that:

....A change in the name of a drug or a drug manufacturer, or a change of manufacturing site, cannot possibly be relevant to any potential claim for infringement of a patent for a medicine found in the drug. There is no justification for permitting patent holders to use such a change to enhance the advantage they obtain under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*. Thus, a supplemental new drug submission is outside the scope of section 4 if it is filed to reflect a change in the name of a drug or a drug manufacturer, or a change of manufacturing site.

[88] Later, in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 FCA 335, [2007] 3 F.C.R. 102, this Court concluded that a supplement to a NDS made only to reflect changes in the name of the drug manufacturer could not support an application to list a patent. This was because [at paragraphs 37 and 38]:

There is a debate between the parties as to the proper characterization of the April 30, 1998 submission. Counsel for Roche characterizes it as a new drug submission and not a supplement to a new drug submission, because it was filed to obtain a notice of compliance that would permit Roche for the first time to market Bondronat. Counsel for the Minister argues that the April 30, 1998 submission is what it purports to be, an “administrative” submission or, in other words, a supplement to the new drug submission originally filed by Boehringer Canada, reflecting a change in the name of

[86] Je retiens l’argument selon lequel l’interprétation téléologique du mot « demande » exposée dans l’arrêt *Biolyse* appelle un examen de chaque présentation en cause afin de déterminer si elle constitue une présentation déclenchant l’application des articles 4 et 5 du Règlement.

[87] Ainsi, dans l’arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 140, [2006] 1 R.C.F. 141, notre Cour a jugé que certaines présentations de drogue échappent à l’application de l’article 4 du Règlement, par exemple les présentations déposées à cause d’un changement de la marque nominative du médicament ou du nom du fabricant du médicament, ou à cause d’un changement des installations de fabrication. La juge Sharlow a écrit au paragraphe 25 que :

[...] Le changement de la marque nominative d’une drogue, du nom du fabricant d’une drogue ou des installations de fabrication ne peut avoir d’influence sur une action potentielle en contrefaçon de brevet concernant un médicament contenu dans la drogue. Rien ne justifie que l’on permette aux titulaires de brevet d’utiliser une telle modification pour renforcer les avantages qu’ils obtiennent en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*. Donc, un supplément à la présentation de drogue nouvelle ne tombe pas sous le coup de l’application de l’article 4 s’il est déposé afin d’indiquer le changement de la marque nominative d’une drogue, le changement du nom du fabricant ou le changement des installations de fabrication.

[88] Plus tard, dans l’arrêt *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CAF 335, [2007] 3 R.C.F. 102, notre Cour a conclu qu’un supplément à une PDN déposé uniquement pour indiquer un changement du nom du fabricant du médicament ne justifiait pas une demande d’inscription de brevet. Cette conclusion tenait au fait que [aux paragraphes 37 et 38] :

Le différend entre les parties porte sur la caractérisation de la présentation du 30 avril 1998. D’après l’avocat de Roche, il s’agit d’une présentation de drogue nouvelle et non d’un supplément à la présentation de drogue nouvelle, vu que la présentation avait été déposée dans le but d’obtenir un avis de conformité autorisant Roche à commercialiser le Bondronat pour la première fois. L’avocat du ministre soutient que la présentation du 30 avril 1998 est bien ce qu’elle prétend être, à savoir une présentation « administrative » ou, en d’autres termes, un supplément à la présentation de drogue nouvelle

the corporation that would market Bondronat. The Minister treated the April 30, 1998, submission as a supplement within the scope of section C.08.003 of the *Food and Drug Regulations*, but not a supplement that engaged the Minister's obligation to assess the safety or effectiveness of the drug.

I can find no fault with the Minister's characterization of the April 30, 1998 submission. On that date there was an existing notice of compliance for Bondronat that had been issued to Boehringer Canada. The April 30, 1998 submission reflected a proposed change in the name of the entity that would be marketing Bondronat, which would require that the labels be changed to identify Roche rather than Boehringer Canada as the source of the drug (see paragraph C.08.003(2)(g) of the *Food and Drug Regulations*).

[89] Consistent with this jurisprudence, when characterizing a drug submission the focus should be upon the drug product itself. The question should be whether the changes reflected in the drug submission give rise to a new or different basis for asserting that a particular product is infringing.

[90] In the case of Teva, GMP possessed a NOC that entitled it to sell MED-EXEMESTANE tablets. GMP then licensed Teva to sell its tablets. This required Teva to obtain its own NOC. Teva did not submit any data in support of its application. Instead, it certified that its drug product was identical to GMP's drug except for the name of the manufacturer and the product. It also certified that its drug product would be manufactured in the same location as GMP's drug product, with identical specifications and procedures. No evidence supports the submission that Teva "early worked" Pfizer's patented invention.

[91] In this circumstance, I cannot conclude that the Minister's interpretation of subsection 5(1) of the Regulations was unreasonable. Teva sought approval to market a product identical to that which GMP was

initialement déposée par Boehringer Canada pour indiquer un changement dans le nom de la société qui commercialiserait le Bondronat. Le ministre a considéré la présentation du 30 avril 1998 comme un supplément au sens de l'article C.08.003 du *Règlement sur les aliments et drogues*, mais pas comme un supplément déclenchant son obligation d'évaluer l'innocuité ou l'efficacité de la drogue.

La caractérisation de la présentation du 30 avril 1998 faite par le ministre est, selon moi, irréprochable. À cette date existait déjà un avis de conformité à l'égard du Bondronat qui avait été délivré à Boehringer Canada. La présentation du 30 avril 1998 signalait le changement de nom projeté de l'entité qui allait commercialiser le Bondronat, ce qui nécessitait un changement dans l'étiquetage pour identifier Roche comme étant la source de la drogue plutôt que Boehringer Canada (voir l'alinéa C.08.003(2)g) du *Règlement sur les aliments et drogues*).

[89] Conformément à cette jurisprudence, l'accent devrait être mis sur le médicament lui-même lors de la caractérisation d'une présentation de drogue. La question devrait être celle de savoir si les changements indiqués dans la présentation de drogue donnent lieu à un argument nouveau ou différent permettant de prétendre qu'un produit particulier est une contrefaçon.

[90] Dans le cas de Teva, GMP détenait un AC qui l'autorisait à vendre des comprimés de MED-EXEMESTANE. La société GMP a ensuite accordé une licence à Teva pour vendre ses comprimés. Cela obligeait Teva à obtenir son propre AC. Teva n'a présenté aucune donnée à l'appui de sa demande. Elle a plutôt attesté que son médicament était identique à la drogue de la société GMP, à l'exception du nom du fabricant et du nom du produit. Elle a également attesté que ce médicament serait fabriqué au même endroit que le médicament de GMP et selon les mêmes spécifications et les mêmes méthodes. Aucun élément de preuve n'étaye l'argument selon lequel Teva a effectué des travaux préalables relativement à l'invention brevetée de Pfizer.

[91] Dans ces circonstances, je ne peux conclure que l'interprétation du ministre du paragraphe 5(1) du Règlement était déraisonnable. Teva sollicitait l'autorisation de mettre sur le marché un produit identique à

already entitled to market – in this circumstance it was not unreasonable for the Minister to decline to confer on Pfizer the robust advantages conferred on an innovator by the Regulations. Pfizer elected not to challenge GMP’s notice of allegation. To require Teva to serve a new notice of allegation on Pfizer for the identical product would, in effect, allow Pfizer to challenge Teva’s later notice of allegation on the basis of Pfizer’s assessment of competitive considerations; considerations unrelated to the nature of Teva’s drug product. Importantly, it must be remembered that the issuance of a NOC to Teva does not provide any defence to an action for patent infringement brought by Pfizer. Pfizer may sue if Teva’s product infringes Pfizer’s patent.

[92] This conclusion is, in my view, consistent with the decision of the Federal Court in *Glaxo* where, in my view, the Court’s conclusion that Apotex’ drug submission did not trigger the requirement to address listed patents was founded on the evidence that Apotex certified that all aspects of its submission were identical to 3M’s submission in respect of Airomir “[...] except for a change in the manufacturer/sponsor’s name and/or product name and that the product will be manufactured in the same location with identical specifications and procedures” (*Glaxo* reasons, at paragraph 20 [emphasis in original omitted]).

[93] This conclusion is also consistent with how supplementary drug submissions are treated under subsection 5(2) of the PMNOC Regulations. Under this provision, a supplement to a drug submission triggers the requirement to address listed patents only when there is a change in formulation, a change in dosage form, or a change in the use of the medical ingredient. Changes of an administrative nature do not trigger the need to address listed patents.

[94] For the same reasons, I find that the Minister of Health’s decision to issue a NOC to Hospira was reasonable.

celui que GMP était déjà autorisée à commercialiser. Dans ces circonstances, il n’était pas déraisonnable que le ministre refuse de conférer à Pfizer les solides avantages que le Règlement accorde à un innovateur. Pfizer a choisi de ne pas contester l’avis d’allégation de la société GMP. Exiger que Teva signifie un nouvel avis d’allégation à Pfizer pour un produit identique aurait pour effet d’autoriser Pfizer à contester l’avis d’allégation ultérieur de Teva selon son évaluation de la concurrence, soit un élément étranger à la nature du médicament de Teva. Il est important de rappeler que la délivrance d’un AC à Teva ne peut servir de moyen de défense à une action en contrefaçon engagée par Pfizer. Pfizer peut intenter une action en justice si le produit de Teva contrefait son brevet.

[92] Cette conclusion est, selon moi, conforme à la décision de la Cour fédérale dans *Glaxo* où, à mon avis, la conclusion de la Cour selon laquelle la présentation de drogue d’Apotex n’avait pas entraîné la nécessité de traiter des brevets inscrits au registre était fondée sur la preuve qu’Apotex avait certifié que tous les aspects de sa présentation étaient identiques à ceux de la présentation de 3M à l’égard d’Airomir, « [...] sauf en ce qui concerne un changement dans le nom du fabricant ou du promoteur et/ou dans le nom du produit, et que le produit sera fabriqué au même endroit et selon les mêmes spécifications et les mêmes procédés » (motifs de la décision *Glaxo*, au paragraphe 20 [soulignement dans l’original omis]).

[93] Cette conclusion est également conforme au traitement des suppléments aux présentations de drogue en vertu du paragraphe 5(2) du Règlement AC. En vertu de cette disposition, un supplément à une présentation de drogue entraîne la nécessité de traiter des brevets inscrits au registre seulement en cas d’une modification de la formulation, d’une modification de la forme posologique ou d’une modification de l’utilisation de l’ingrédient médicinal. Une modification de nature administrative n’entraîne pas la nécessité de traiter des brevets inscrits.

[94] Pour les mêmes motifs, je conclus que la décision du ministre de la Santé de délivrer un AC à Hospira était raisonnable.

[95] Celltrion possessed a NOC that permitted it to sell INFLECTRA in Canada and Celltrion's NDS named Hospira as a distributor for INFLECTRA. Hospira then filed a NDS cross-referencing Celltrion's NDS in which it sought approval to market INFLECTRA. Its NDS did not contain any scientific data. Rather, it included Hospira's certification that pursuant to the licensing agreement it had been agreed that Celltrion would no longer sell INFLECTRA and its additional certification that, except for the name of the manufacturer, all aspects of its drug product were identical to Celltrion's product and its product would be manufactured in the same location with identical specifications and procedures to that of Celltrion's drug.

[96] Again, any potential infringement of the '630 patent by Hospira may be addressed in infringement proceedings.

VII. Conclusion

[97] For these reasons, I would allow the appeals and set aside the judgments of the Federal Court.

[98] Pronouncing the judgments the Federal Court should have made, I would order that the application for judicial review of the decision of the Minister of Health brought by Pfizer in the Federal Court in Court docket T-1703-13 be dismissed, and Pfizer should pay one set of costs to Teva and one set of costs to the Attorney General and the Minister of Health both in this Court and in the Federal Court. I would further order that the application for judicial review of the decision of the Minister of Health brought by Janssen and The Kennedy Trust in the Federal Court in Court docket T-1516-14 be dismissed and Janssen and The Kennedy Trust should pay one set of costs to Hospira and one set of costs to the Attorney General and the Minister of Health both in this Court and in the Federal Court.

WEBB J.A. I agree.

RENNIE J.A.: I agree.

[95] Celltrion détenait un AC qui l'autorisait à vendre l'INFLECTRA au Canada et la PDN de Celltrion nommait Hospira à titre de distributeur pour l'INFLECTRA. Hospira a ensuite déposé une PDN faisant renvoi à la PDN de Celltrion dans laquelle elle sollicitait l'autorisation de mettre l'INFLECTRA sur le marché. Sa PDN ne comprenait aucune donnée scientifique. Hospira y attestait plutôt que, conformément au contrat de licence, il était convenu que Celltrion ne vendrait plus l'INFLECTRA et elle attestait par ailleurs que, sauf en ce qui concerne le nom du fabricant, tous les aspects de son médicament étaient identiques au produit de Celltrion et que son produit serait fabriqué au même endroit et selon les mêmes spécifications et les mêmes méthodes que celles du médicament de Celltrion.

[96] Encore une fois, toute contrefaçon du brevet '630 par Hospira peut faire l'objet d'une action en contrefaçon.

VII. Conclusion

[97] Pour ces motifs, j'accueillerais les appels et j'annulerais les décisions de la Cour fédérale.

[98] Prononçant les jugements que la Cour fédérale aurait dû rendre, j'ordonnerais que la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé introduite par Pfizer à la Cour fédérale dans le dossier T-1703-13 soit rejetée, et que Pfizer paie un mémoire de dépens à Teva et un mémoire de dépens au procureur général et au ministre de la Santé, tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale. J'ordonnerais en outre que la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre de la Santé introduite par Janssen et The Kennedy Trust à la Cour fédérale dans le dossier T-1516-14 soit rejetée, et que Janssen et The Kennedy Trust paient un mémoire de dépens à Hospira et un mémoire de dépens au procureur général et au ministre de la Santé, tant devant notre Cour que devant la Cour fédérale.

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

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

2016 FCA 257 A-534-15	2016 CAF 257 A-534-15
Attorney General of Canada (<i>Appellant</i>)	Le procureur général du Canada (<i>appelant</i>)
v.	c.
Bri-Chem Supply Ltd. (<i>Respondent</i>)	Bri-Chem Supply Ltd. (<i>intimée</i>)
A-535-15	A-535-15
Attorney General of Canada (<i>Appellant</i>)	Le procureur général du Canada (<i>appelant</i>)
v.	c.
Ever Green Ecological Services Inc. (<i>Respondent</i>)	Ever Green Ecological Services Inc. (<i>intimée</i>)
A-536-15	A-536-15
Attorney General of Canada (<i>Appellant</i>)	Le procureur général du Canada (<i>appelant</i>)
v.	c.
Southern Pacific Resource Corp. (<i>Respondent</i>)	Southern Pacific Resource Corp. (<i>intimée</i>)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BRI-CHEM SUPPLY LTD.

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. BRI-CHEM SUPPLY LTD.

Federal Court of Appeal, Trudel, Stratas and Scott JJ.A.—Ottawa, October 19 and 21, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Trudel, Stratas et Scott, J.C.A.—Ottawa, 19 et 21 octobre 2016.

Customs and Excise — Customs Act — Consolidated appeals from three Canadian International Trade Tribunal decisions upholding importers' ability to correct certain customs declarations to obtain more favourable tariff treatment, rejecting submissions of Canada Border Services Agency (CBSA) that administers tariff regime — Decisions turning on Tribunal's interpretation of Customs Act, particularly ss. 32.2, 74 — Tribunal adopting interpretations, reasoning in earlier decision in Frito-Lay Canada, Inc. v. President of the Canada Border Services Agency — In present case, Tribunal finding CBSA committing abuse of process by failing to apply Frito-Lay — Goods qualifying under North American Free Trade Agreement (NAFTA) imported into Canada from United States duty-free using most-favoured nation (MFN) tariff treatment — Importers declaring certain tariff classifications for goods — Later, importers filing correction to tariff classifications — Tribunal seeing nothing wrong with what importers doing — Whether Tribunal's decision reasonable; whether administrators such as CBSA can decline to follow tribunal decisions;

Douanes et Accise — Loi sur les douanes — Appels réunis interjetés à l'encontre de trois décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur qui a confirmé que les importateurs ont la faculté de corriger certaines déclarations en douane en vue d'obtenir un traitement tarifaire plus favorable et a rejeté les prétentions de l'agence qui administre le régime tarifaire, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) — Les décisions du Tribunal découlaient de son interprétation de la Loi sur les douanes, notamment de ses art. 32.2 et 74 — Le Tribunal a adopté les interprétations et le raisonnement énoncés dans sa décision dans l'affaire Frito-Lay Canada, Inc. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada — En l'espèce, le Tribunal a conclu que l'ASFC avait commis un abus de procédure en ne suivant pas les enseignements de la décision dans l'affaire Frito-Lay — Des marchandises visées par l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) ont été importées au Canada en provenance des États-Unis en franchise de douane en raison du traitement tarifaire de la nation la plus favorisée (NPF)

whether Tribunal's finding that CBSA committing abuse of process reasonable — Outcome of Tribunal in Frito-Lay reasonable — Appellant interpreting Act, s. 32.2 concerning re-evaluation of tariff treatment narrowly but Tribunal disagreeing therewith — Tribunal reaching acceptable interpretation of s. 32.2 consistent with wording thereof — Tribunal's decision also consistent with NAFTA, Arts. 501–503 — Therefore, Tribunal's decision reasonable — Regarding administrators' ability to decline to follow tribunal decisions, while later tribunal panels not bound by decisions of earlier tribunal panels, later panels should not depart from decisions of earlier panels unless good reason existing — Administrator whose actions regulated by tribunal, such as CBSA, must follow tribunal decisions — However, two exceptions to principle identified, discussed — In present case, no grounds for interfering with Tribunal's finding that CBSA relitigation of Frito-Lay abuse of process — While no evidence herein of malice or ill-will, finding of abuse of process not requiring malice, knowledge, ill-will — Fact Tribunal's decision in Frito-Lay appealed to Court but appeal discontinued also relevant — CBSA choosing to fight Frito-Lay by resisting it at administrative level rather than fighting in Court — In conclusion, Tribunal's finding thereon sustained — Appeals dismissed.

These were consolidated appeals from three Canadian International Trade Tribunal decisions upholding the ability of importers to correct certain customs declarations in order to obtain more favourable tariff treatment and rejecting the submissions of the Canada Border Services Agency (CBSA) that administers the tariff regime. The Tribunal's decisions turned on the Tribunal's interpretation of the *Customs Act*, particularly sections 32.2 and 74. The Tribunal adopted the interpretations and reasoning in its earlier decision in *Frito-Lay Canada, Inc. v. President of the Canada Border Services Agency*. In this case, the Tribunal found that the CBSA committed an abuse of process by failing to apply its earlier decision in *Frito-Lay* when administering the Act and by relitigating *Frito-Lay* before the Tribunal.

— Les importateurs ont indiqué un classement tarifaire pour ces marchandises dans leur déclaration — Plus tard, les importateurs ont effectué une correction à leur déclaration — Le Tribunal estimait qu'il n'y avait rien de mal dans les actes des importateurs — Il s'agissait de savoir si la décision du Tribunal était raisonnable, si des administrateurs comme l'ASFC peuvent refuser de suivre les décisions du Tribunal et si la conclusion du Tribunal quant à l'existence d'un abus de procédure de la part de l'ASFC était raisonnable — La décision rendue par le Tribunal dans la décision Frito-Lay était raisonnable — L'appellant a interprété l'art. 32.2 de la Loi concernant la réévaluation du traitement tarifaire de manière stricte, mais le Tribunal n'était pas de cet avis — Le Tribunal est arrivé à une interprétation acceptable de l'art. 32.2 qui s'harmonise avec son libellé — La décision du Tribunal était également conforme aux art. 501 à 503 de l'ALENA — Par conséquent, la décision du Tribunal était raisonnable — En ce qui a trait à la capacité des administrateurs de refuser de suivre les décisions du Tribunal, s'il est vrai qu'une formation du tribunal n'est pas liée par les décisions de formations antérieures, il est également vrai que cette formation ne devrait pas s'écarter sans raison des décisions antérieures — L'administrateur dont les actes sont régis par un tribunal, comme l'ASFC, doit tenir compte des décisions de ce tribunal — Cependant, deux exceptions à ce principe général ont été établies et ont fait l'objet de discussion — En l'espèce, il n'y avait aucun motif justifiant une modification quelconque de la conclusion du tribunal selon laquelle la réouverture de la décision Frito-Lay constituait un abus de procédure — Bien que rien ne prouve qu'il y ait eu malveillance ou mauvaise volonté en l'espèce, il n'est pas nécessaire de démontrer la malveillance, la connaissance ou la mauvaise volonté — Il était également pertinent de noter que la décision Frito-Lay avait été portée en appel à la Cour, avant le désistement — Plutôt que d'appeler de la décision Frito-Lay devant la Cour, l'ASFC a opté pour la résistance administrative — Pour conclure, la conclusion du Tribunal était étayée par la preuve au dossier — Appels rejetés.

Il s'agissait d'appels réunis interjetés à l'encontre de trois décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur qui a confirmé que les importateurs ont la faculté de corriger certaines déclarations en douane en vue d'obtenir un traitement tarifaire plus favorable et a rejeté les prétentions de l'agence qui administre le régime tarifaire, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC). Les décisions du Tribunal découlaient de son interprétation de la *Loi sur les douanes*, notamment de ses articles 32.2 et 74. Le Tribunal a adopté les interprétations et le raisonnement énoncés dans sa décision dans l'affaire *Frito-Lay Canada, Inc. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada*. Dans cette cause, le Tribunal a conclu que l'ASFC avait commis un abus de procédure en ne suivant pas les enseignements de la décision dans l'affaire *Frito-Lay* dans son application de la loi et en cherchant à rouvrir cette affaire devant lui.

In all three cases, goods qualifying under the *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) were imported into Canada from the United States duty-free using the most-favoured nation (MFN) tariff treatment. The importers declared certain tariff classifications for the goods. Later, as a result of CBSA audits, the importers discovered that the tariff classifications they had chosen for the goods were incorrect and thereafter filed a correction to the tariff classifications. They also notified CBSA of a change to the tariff treatment whereby the goods went from a duty-free tariff classification with MFN tariff treatment to a duty-free classification with NAFTA treatment. The importers relied on section 32.2 of the Act to do this whereby they corrected within 90 days the tariff classification on the declarations and also changed the tariff treatment from MFN to NAFTA. The CBSA objected to this and the matter fell before the Tribunal. Before the Tribunal, the CBSA focused on the importers' choice of MFN tariff treatment and told the Tribunal that MFN treatment was not incorrect and that the choice of MFN treatment could not be changed. However, the Tribunal saw nothing wrong with what the importers had done and also believed that the CBSA was following a wrong methodology. Furthermore, the Tribunal expressed concern that the CBSA had relitigated *Frito-Lay* without justification and stressed the need for its decisions to be respected in order to further stability and predictability.

The issues were whether the Tribunal's decision was reasonable; whether administrators can decline to follow tribunal decisions; and whether the Tribunal's finding that the CBSA had committed an abuse of process was reasonable.

Held, the appeals should be dismissed.

The outcome of the Tribunal in *Frito-Lay* was reasonable. Whether or not a correction to tariff classification under section 32.2 of the Act allows for a concurrent re-evaluation of tariff treatment was a matter of statutory interpretation. In this Court and before the Tribunal, the appellant interpreted section 32.2 narrowly arguing that a correction to tariff classification cannot lead to a subsequent correction of tariff treatment. The Tribunal disagreed noting that tariff classification cannot be decoupled from tariff treatment and this interpretation was reasonable. The Tribunal reached an acceptable interpretation of section 32.2 consistent with its wording. Given that an importer will choose tariff treatment based on tariff classification, a correction of one necessitates the re-evaluation of the other. The Tribunal's decision was also consistent with Articles 501–503 of NAFTA. Therefore, the Tribunal's decision was reasonable.

Dans les trois affaires, des marchandises visées par l'*Accord de libre-échange nord-américain* (ALENA) ont été importées au Canada en provenance des États-Unis en franchise de douane en raison du traitement tarifaire de la nation la plus favorisée (NPF). Les importateurs ont indiqué un classement tarifaire pour ces marchandises dans leur déclaration. Par suite de vérifications par l'ASFC, les importateurs ont constaté l'inexactitude des classements tarifaires de leurs marchandises, et ils ont effectué une correction à leur déclaration. Ils ont aussi avisé l'ASFC du changement au traitement tarifaire; les marchandises sont donc passées d'un classement tarifaire exempt de droits de douane par application du tarif de la NPF à un classement exempt de droits de douane en raison du traitement découlant de l'ALENA. Les importateurs ont invoqué l'article 32.2 de la Loi, en vertu duquel ils ont effectué une correction à leurs déclarations du classement tarifaire dans les 90 jours et ont également corrigé le traitement tarifaire, substituant celui de l'ALENA à celui de la NPF. L'ASFC s'est opposée à ces corrections, et le Tribunal a été saisi de l'affaire. Au cours de l'audience, l'ASFC a surtout invoqué le choix par les importateurs du traitement tarifaire de la NPF, faisant valoir que ce traitement n'était pas un traitement tarifaire inexact et que le choix du traitement de la NPF ne pouvait pas être modifié. Cependant, le Tribunal estimait qu'il n'y avait rien de mal dans les actes des importateurs et croyait également que l'analyse par l'ASFC était erronée. De plus, selon le Tribunal, l'ASFC avait rouvert l'affaire *Frito-Lay* sans fondement, ce qu'il estimait préoccupant et a souligné la nécessité pour la stabilité et la prévisibilité que ses décisions soient respectées.

Il s'agissait de savoir si la décision du Tribunal était raisonnable, si des administrateurs peuvent refuser de suivre les décisions du Tribunal et si la conclusion du Tribunal quant à l'existence d'un abus de procédure de la part de l'ASFC était raisonnable.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

La décision rendue par le Tribunal dans la décision *Frito-Lay* était raisonnable. La question de savoir si on peut, au moment de corriger le classement tarifaire en application de l'article 32.2 de la Loi, réévaluer le traitement tarifaire en était une d'interprétation législative. Devant la Cour et devant le Tribunal, l'appelant a interprété l'article 32.2 de manière stricte en prétendant qu'une correction du classement tarifaire ne peut entraîner de correction du traitement tarifaire. Ce n'était pas l'avis du Tribunal, selon qui le classement tarifaire ne peut être dissocié du traitement tarifaire et cette interprétation était raisonnable. Le Tribunal est arrivé à une interprétation acceptable de l'article 32.2 qui s'harmonise avec son libellé. Étant donné qu'un importateur choisit le traitement tarifaire en fonction du classement tarifaire, il va de soi que la correction de l'un entraînera la réévaluation de l'autre. De plus, la décision du Tribunal était conforme aux

Regarding the Tribunal's abuse of process finding that the CBSA failed to apply the Tribunal's earlier decision in *Frito-Lay* when administering the Act and improperly relitigated *Frito-Lay* before the Tribunal, a number of principles that bore upon the problem in this matter were discussed. While later tribunal panels are not bound by the decisions of earlier tribunal panels, later panels should not depart from the decisions of earlier panels unless there is good reason. An administrator whose actions are regulated by a tribunal, such as the CBSA, must follow tribunal decisions. Certainty, predictability and finality matter here too as does the principle of pre-eminence. However, there are two exceptions to this principle. The uncontroversial exception is that, as long as an administrator is acting *bona fide* and in accordance with its legislative mandate, an administrator can assert—where principled and warranted—that an earlier tribunal decision on its facts does not apply in a matter that has different facts. The more controversial exception involves cases where an administrator feels it can and must act in a certain way but an earlier tribunal decision that it cannot distinguish stands in its way and the administrator has a well-founded, *bona fide* concern that the earlier decision is flawed and should not be followed. An administrator can act or take a position against an earlier tribunal decision only if it is satisfied it is acting *bona fide* in accordance with the terms and purposes of its legislative mandate and only if a particular threshold has been crossed. In an administrative regime such as the one in this case, that threshold is that the administrator must be able to identify and articulate with good reasons one or more specific elements in the tribunal's earlier decision that, in the administrator's *bona fide* and informed view, is likely wrong. The flaw must have significance based on all of the circumstances known to the administrator. This is something far removed from an administrator putting essentially the same facts, the same law and the same arguments to a tribunal on the off-chance it might decide differently.

There were no grounds for interfering with the Tribunal's finding that the CBSA relitigation of *Frito-Lay* in this case was an abuse of process. After the release of *Frito-Lay* and following the discontinuance of the appeal therefrom, the CBSA took administrative positions contrary to it without explanation, justification or action of the sort required. When appearing before the Tribunal, the CBSA did not focus on particular passages in *Frito-Lay* that it felt were wrong and simply reargued the issues decided in *Frito-Lay* on virtually identical facts and law without identifying any flaws, let alone serious flaws, in the particular reasoning in *Frito-Lay*.

articles 501 à 503 de l'ALENA. Par conséquent, la décision du Tribunal était raisonnable.

En ce qui a trait à la décision du Tribunal concernant l'abus de procédure selon laquelle l'ASFC n'avait pas suivi les principes établis dans la décision *Frito-Lay* dans son application de la Loi et avait indûment rouvert cette décision devant le Tribunal, d'autres principes qui ont joué en l'espèce ont été discutés. Bien qu'une formation du tribunal ne soit pas liée par les décisions de formations antérieures, cette formation ne devrait pas s'écarter sans raison des décisions antérieures. L'administrateur dont les actes sont régis par un tribunal, comme l'ASFC, doit tenir compte des décisions de ce tribunal. La certitude, la prévisibilité et l'irrévocabilité importent dans ce cas aussi. Il en va de même du principe de la prééminence du tribunal. Cependant, ce principe admet quelques exceptions. On ne remet pas en question qu'un administrateur, qui agit de bonne foi et conformément au mandat que lui confère la loi, puisse faire valoir, dans le cas où sa thèse est fondée sur des principes et est justifiée, que la décision antérieure rendue par un tribunal ne s'applique pas à une affaire dont les faits diffèrent. Or, il existe des situations plus obscures, soit celles où l'administrateur estime qu'il peut et doit agir d'une certaine façon, mais en est empêché par une décision antérieure du tribunal administratif; c'est le cas d'un administrateur qui a des réserves, véritables et fondées, sur la justesse de la décision antérieure et estime qu'il faut rompre avec celle-ci. Un administrateur peut s'écarter d'une décision antérieure d'un tribunal ou s'inscrire en faux contre celle-ci seulement s'il est convaincu d'agir de bonne foi conformément aux termes et à l'objet de son mandat légal et que certaines conditions sont réunies. Dans un régime administratif comme celui dont il est question en l'espèce, de telles conditions veulent qu'un administrateur soit en mesure de circonscrire, en s'appuyant sur des raisons valables, un ou plusieurs éléments précis de la décision du tribunal qui sont probablement viciés, de son avis éclairé et de bonne foi. Il faut que le vice invoqué importe compte tenu de toutes les circonstances dont l'administrateur a connaissance. Ce n'est donc pas du tout la situation d'un administrateur qui présente essentiellement les mêmes faits, la même règle de droit et les mêmes arguments au tribunal dans l'espoir que celui-ci rende une décision différente.

Il n'y avait aucun motif justifiant une modification quelconque de la conclusion du Tribunal que la réouverture de la décision *Frito-Lay* en l'espèce constituait un abus de procédure. Depuis la décision *Frito-Lay* et l'arrêt des procédures d'appel, l'ASFC a pris des décisions administratives contraires à la décision, sans les explications, justifications ou mesures attendues en pareilles circonstances. Lors de sa comparution devant le Tribunal, l'ASFC ne s'est pas attardée aux passages erronés selon elle de la décision *Frito-Lay*, se limitant à soulever de nouveau les questions tranchées par la décision *Frito-Lay* même si les faits et le cadre juridique de

While there was no evidence in this case of malice or ill-will, a finding of abuse of process does not require malice, knowledge or ill-will. The fact that the Tribunal's decision in *Frito-Lay* was appealed to this Court but the appeal was discontinued was also relevant. Rather than fighting *Frito-Lay* in this Court, the CBSA chose to fight it by resisting it at the administrative level. The discontinuance of *Frito-Lay* placed a higher tactical burden upon the CBSA in this case to demonstrate its good faith and to offer good reasons to the Tribunal both as to why *Frito-Lay* should not be followed and why the appeal from *Frito-Lay* was discontinued. The CBSA did not discharge this tactical burden. In conclusion, given the evidence in the record viewed in light of the principles that were discussed and given the deference that had to be showed to fact-suffused decisions, the Tribunal's finding was sustained.

l'espèce y sont quasi identiques, ne relevant pas de lacunes, encore moins de graves lacunes, dans le raisonnement de la décision *Frito-Lay*. Bien que rien ne prouve qu'il y ait eu malveillance ou mauvaise volonté en l'espèce, il n'est pas nécessaire de démontrer la malveillance, la connaissance ou la mauvaise volonté. Il était également pertinent de noter que la décision *Frito-Lay* avait été portée en appel à la Cour, avant le désistement. Plutôt que d'appeler de la décision *Frito-Lay* devant la Cour, l'ASFC a opté pour la résistance administrative. Le désistement dans l'appel interjeté de la décision *Frito-Lay* a alourdi le fardeau tactique qui pesait sur l'ASFC en l'espèce, car elle devait démontrer sa bonne foi et d'une part présenter au Tribunal des motifs valables de rompre avec la décision *Frito-Lay* et d'autre part expliquer son désistement dans cet appel. L'ASFC ne s'est pas acquittée de ce fardeau. En conclusion, compte tenu de la preuve au dossier, à la lumière des principes qui ont été discutés et compte tenu de la déférence que commandent les conclusions factuelles, la conclusion du Tribunal a été confirmée.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, ss. 32.2, 35.1, 70, 74.
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, s. 24.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s.18.3.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 2 “appeals”, “applications”, 400.
Proof of Origin of Imported Goods Regulations, SOR/98-52.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Arts. 501, 502(1)(c), 502(3), 503.

CASES CITED

APPLIED:

Frito-Lay Canada, Inc. v. President of the Canada Border Services Agency, 2012 CanLII 87829 (C.I.T.T.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80.

REFERRED TO:

C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency), 2011 FCA 137, [2012] 4 F.C.R. 572; *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.3.
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, art. 32.2, 35.1, 70, 74.
Règlement sur la justification de l'origine des marchandises importées, DORS/98-52.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 2 « appel », « demande », 400.
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36, art. 24.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 501, 502(1)(c), 502(3), 503.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Frito-Lay Canada, Inc. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada, 2012 CanLII 87829 (T.C.C.E.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80.

DÉCISIONS CITÉES :

C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers), 2011 CAF 137, [2012] 4 R.C.F. 572; *Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des*

Agency), 2004 FCA 153; *Canada (Minister of National Revenue) v. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719, 240 N.R. 381 (F.C.A.); *IWA v. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, (1990), 68 D.L.R. (4th) 524; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, (1992), 90 D.L.R. (4th) 609; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, (1993), 105 D.L.R. (4th) 385; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120; *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268.

APPEALS from three Canadian International Trade Tribunal decisions ([2015] C.I.T.T. No. 116 (QL); [2015] C.I.T.T. No. 117 (QL); [2015] C.I.T.T. No. 118 (QL)) upholding the ability of importers to correct certain customs declarations in order to obtain more favourable tariff treatment decisions. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Andrew Gibbs for appellant.
Peter E. Kirby and *Aïda Mezouar* for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

STRATAS J.A.:

A. Introduction

[1] In three decisions dated October 16, 2015, the Canadian International Trade Tribunal [Tribunal] upheld the ability of importers to correct certain customs

douanes et du revenu), 2004 CAF 153; *Canada (Ministre du Revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.); *SITBA c. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268.

APPELS interjetés à l'encontre de trois décisions rendues par le Tribunal canadien du commerce extérieur ([2015] T.C.C.E. n° 116 (QL); [2015] T.C.C.E. n° 117 (QL); [2015] T.C.C.E. n° 118 (QL)) qui a confirmé que les importateurs ont la faculté de corriger certaines déclarations en douane en vue d'obtenir un traitement tarifaire plus favorable. Appels rejetés.

ONT COMPARU

Andrew Gibbs pour l'appellant.
Peter E. Kirby et *Aïda Mezouar* pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Fasken Martineau DuMoulin, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour les intimés.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

A. Introduction

[1] Par trois décisions rendues le 16 octobre 2015, le Tribunal canadien du commerce extérieur [le Tribunal] a confirmé que les importateurs ont la faculté de corriger

declarations in order to obtain more favourable tariff treatment: *Bri-Chem Supply Ltd. v. Canada (Border Services Agency President)*, [2015] C.I.T.T. No. 116 (QL) (file AP-2014-017); *Ever Green Ecological Services Inc. v. Canada (Border Services Agency President)*, [2015] C.I.T.T. No. 117 (QL) (file AP-2014-027) and *Southern Pacific Resource Corp. v. Canada (Border Services Agency President)*, [2015] C.I.T.T. No. 118 (QL) (file AP-2014-028). In the course of doing this, the Tribunal rejected the submissions of the agency that administers the tariff regime, the Canada Border Services Agency or CBSA.

[2] The Tribunal's decisions turned upon the Canadian International Trade Tribunal's interpretation of the *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1 [the Act], particularly sections 32.2 and 74. On this, the Tribunal adopted the interpretations and reasoning in its earlier decision in *Frito-Lay Canada, Inc. v. President of the Canada Border Services Agency*, 2012 CanLII 87829 (file AP-2010-002). In the course of its reasons, the Tribunal found that the CBSA committed an abuse of process by failing to apply its earlier decision in *Frito-Lay* when administering the Act and by relitigating *Frito-Lay* before the Tribunal.

[3] The Tribunal's reasons for decision are set out in *Bri-Chem*; it adopted these reasons in *Ever Green* and *Southern Pacific*.

[4] The Attorney General of Canada appeals all three decisions and the appeals have been consolidated. The Attorney General also challenges the Tribunal's finding that the CBSA committed an abuse of process. These are the Court's reasons in the consolidated appeals. A copy of these reasons shall be placed in each court file.

[5] I conclude that the Tribunal's decisions, including its ruling on abuse of process, are reasonable. I do not fully agree with the principles the Tribunal applied in making the abuse of process ruling. Nevertheless, the ruling is sustainable on this record. Therefore, I would dismiss the appeals with costs.

certaines déclarations en douane en vue d'obtenir un traitement tarifaire plus favorable (*Bri-Chem Supply Ltd. c. Canada (Agence des services frontaliers Président)*, [2015] T.C.C.E. n° 116 (QL) (dossier AP-2014-017); *Ever Green Ecological Services Inc. v. Canada (Agence des services frontaliers Président)*, [2015] T.C.C.E. n° 117 (QL) (dossier AP-2014-027) et *Southern Pacific Resource Corp. c. Canada (Agence des services frontaliers Président)*, [2015] T.C.C.E. n° 118 (QL) (dossier AP-2014-028)). Ce faisant, le Tribunal a rejeté les prétentions de l'agence qui administre le régime tarifaire, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC).

[2] Les décisions du Tribunal découlaient de son interprétation de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1 [la Loi], notamment de ses articles 32.2 et 74. À cet égard, le Tribunal a adopté les interprétations et le raisonnement énoncés dans sa décision dans l'affaire *Frito-Lay Canada, Inc. c. Président de l'Agence des services frontalier du Canada*, 2012 CanLII 87829 (dossier AP-2010-002). Le Tribunal a conclu que l'ASFC avait commis un abus de procédure en ne suivant pas les enseignements de la décision dans l'affaire *Frito-Lay* dans son application de la loi et en cherchant à rouvrir cette affaire devant lui.

[3] Les motifs de décision du Tribunal sont énoncés dans la décision *Bri-Chem*; il les a adoptés dans les décisions *Ever Green* et *South Pacific*.

[4] Le procureur général du Canada fait appel de ces trois décisions, et les appels ont été réunis. Le procureur général conteste également la conclusion du Tribunal selon laquelle l'ASFC aurait commis un abus de procédure. Les présents motifs portent sur les trois appels. Une copie des motifs sera versée dans chaque dossier.

[5] Je conclus que les décisions du Tribunal, notamment celle sur l'abus de procédure, sont raisonnables. Je ne souscris pas tout à fait aux principes que le Tribunal a appliqués pour rendre sa décision quant à l'abus de procédure. Il n'en reste pas moins que la décision est défendable au vu du dossier. C'est pourquoi je rejeterais les appels avec dépens.

B. The basic facts

[6] In these three cases, goods qualifying under the *North American Free Trade Agreement* [Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) were imported into Canada from the United States duty-free using the Most-Favoured-Nation (MFN) tariff treatment. The importers declared certain tariff classifications for the goods.

[7] Later, as a result of CBSA audits, the importers discovered that the tariff classifications they had chosen for the goods were incorrect. After discovering their error, they filed a correction to the tariff classifications. They went further and notified CBSA of a change to the tariff treatment: the goods went from a duty-free tariff classification with MFN tariff treatment to a duty-free classification with NAFTA treatment. If the tariff treatment did not change from MFN to NAFTA, the goods would have been subject to duty.

[8] In doing this, the importers relied upon section 32.2 of the *Customs Act*. In particular, subsection 32.2(2) provides that “an importer ... of goods ... shall, within ninety days after the importer...has reason to believe that ... [the] declaration of tariff classification ... is incorrect, ... make a correction to the declaration”. The importers did just that: within 90 days, they corrected the tariff classifications on the declarations. They also changed the tariff treatment from MFN to NAFTA.

[9] The CBSA objected to what the importers had done. The matter fell before the Tribunal. Before the Tribunal, the CBSA focused on the importers’ choice of MFN tariff treatment and told the Tribunal [at paragraph 17] that MFN treatment is “not an incorrect tariff treatment”; after all, the goods could indeed be subject to

B. Les faits connus

[6] Dans les trois affaires, des marchandises visées par l’*Accord de libre-échange nord-américain* [entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (ALENA) ont été importées au Canada en provenance des États-Unis en franchise de douane en raison du traitement tarifaire de la nation la plus favorisée (NPF). Les importateurs ont indiqué un classement tarifaire pour ces marchandises dans leur déclaration.

[7] Par suite de vérifications par l’ASFC, les importateurs ont constaté l’inexactitude des classements tarifaires de leurs marchandises. Ayant constaté leur erreur, ils ont effectué une correction à leur déclaration. Ils ont aussi avisé l’ASFC du changement au traitement tarifaire; les marchandises sont donc passées d’un classement tarifaire exempt de droits de douane par application du tarif de la NPF à un classement exempt de droits de douane en raison du traitement découlant de l’ALENA. Si le traitement tarifaire découlant de l’ALENA n’avait pas été substitué au traitement de la NPF, les marchandises auraient été assujetties à des droits de douane.

[8] Ce faisant, les importateurs ont invoqué l’article 32.2 de la *Loi sur les douanes*. En particulier, le paragraphe 32.2(2) prévoit que « l’importateur [...] de marchandises [...] ayant des motifs de croire que [...] la déclaration du classement tarifaire [...] est inexacte est tenu [...], dans les quatre-vingt-dix jours suivant sa constatation, d’effectuer une correction à la déclaration ». C’est exactement ce qu’ont fait les importateurs, soit effectuer une correction à leurs déclarations du classement tarifaire. Ils ont également corrigé le traitement tarifaire, substituant celui de l’ALENA à celui de la NPF.

[9] L’ASFC s’est opposée à ces corrections, et le Tribunal a été saisi de l’affaire. Au cours de l’audience, l’ASFC a surtout invoqué le choix par les importateurs du traitement tarifaire de la NPF, faisant valoir [au paragraphe 17] que ce traitement « n’est pas un traitement tarifaire inexact »; après tout, les marchandises

MFN treatment. Thus, the choice of MFN treatment could not be changed.

[10] In its reasons for decision in *Bri-Chem*, the Tribunal saw nothing wrong with what the importers had done (at paragraph 18):

Importantly, Bri-Chem did not correct the “origin” of the goods; they were always stated as being of U.S. origin. When Bri-Chem corrected the tariff classification, the accompanying choice of the UST/NAFTA tariff treatment that was always available to its goods of U.S. origin simply maintained the *status quo ante* of the previously claimed zero rate of duty and was, therefore, revenue-neutral.

Further, in the Tribunal’s view, the CBSA was following a wrong methodology: the CBSA was focusing on “a purported ‘correction’ to *tariff treatment*, whereas the proper analytical starting point is that the only ‘correction’ that took place was to *tariff classification*” (emphasis in original) (at paragraph 17).

[11] The CBSA also took the position that importers are not entitled to claim the benefits of NAFTA more than one year after importation. The CBSA argued that the one-year limitation for applications for refunds under section 74 of the *Customs Act* applied to non-revenue corrections under section 32.2 of the Act. The Tribunal rejected this as follows (at paragraphs 22 and 23):

Further, the CBSA’s position continues to be predicated on a misunderstanding of the two regimes of the *Act* (section 32.2 for Corrections and section 74 for Refunds). What Parliament intended through section 32.2 was to ensure that erroneous declarations of origin, tariff classification and/or value for duty be corrected and that any duties owed be paid, *but only when duties are owing*.

Meanwhile, subsection 74(1) applies to “... a person *who paid* duties on any imported goods ...” which is clearly not the case here. Section 74 does not allow the CBSA to operate schemes which would ensnare importers into duties on goods that are legitimately entitled to

pouvaient bien être assujetties au traitement tarifaire de la NPF. Il s’ensuivait que le choix de ce traitement tarifaire ne pouvait être corrigé.

[10] Dans les motifs rendus dans l’affaire *Bri-Chem*, le Tribunal estimait qu’il n’y avait rien de mal dans les actes des importateurs (au paragraphe 18) :

Chose plus importante encore, Bri-Chem n’a pas corrigé l’« origine » des marchandises en question, lesquelles ont toujours été déclarées comme des marchandises originaires des États-Unis. Lorsque Bri-Chem a corrigé le classement tarifaire, le choix du traitement tarifaire TEU/ALENA qui allait de pair avec le classement, et auquel les marchandises originaires des États-Unis de Bri-Chem étaient toujours admissibles, maintenait simplement le taux de droit de zéro préalablement réclamé, sans incidence sur les recettes.

En outre, de l’avis du Tribunal, l’analyse par l’ASFC était erronée, car elle était fondée sur « une supposée “correction” apportée au *traitement tarifaire*, alors que le point de départ approprié de l’analyse est que la seule “correction” apportée visait le *classement tarifaire* » (italiques dans l’original) (au paragraphe 17).

[11] L’ASFC a également soutenu que les importateurs n’avaient pas le droit de bénéficier des avantages de l’ALENA plus d’un an après l’importation en question. Selon elle, le délai d’un an applicable aux demandes de remboursement fondées sur l’article 74 de la *Loi sur les douanes* s’applique également aux corrections sans incidence sur les recettes effectuées en application de l’article 32.2 de la Loi. Le Tribunal a rejeté cet argument en ces termes (aux paragraphes 22 et 23) :

De plus, la position de l’ASFC repose encore sur une mauvaise compréhension des deux articles de la *Loi* (l’article 32.2 pour les corrections et l’article 74 pour les remboursements). Par l’application de l’article 32.2, le législateur voulait que les déclarations erronées concernant l’origine, le classement tarifaire et/ou la valeur en douane soient corrigées et que tous les droits exigibles soient versés, *mais seulement lorsque les droits sont réellement dus*.

Parallèlement, le paragraphe 74(1) s’applique au « [...] demandeur *qui a payé des droits* sur des marchandises importées [...] », ce qui n’est manifestement pas le cas en l’espèce. L’article 74 ne permet pas à l’ASFC d’exploiter des stratagèmes qui prennent les importateurs au piège,

enter Canada duty-free; that is tantamount to taxation in the absence of legislation. [Emphasis in original; footnotes omitted.]

[12] The Tribunal stressed that its earlier decision in *Frito-Lay* decided all of these issues. It adopted all of its conclusions and reasoning in *Frito-Lay*.

[13] The Tribunal expressed concern that the CBSA had relitigated *Frito-Lay* without justification. Indeed, the CBSA had “knowingly frustrated importers from the applicability of *Frito-Lay* to either similar or even identical situations of fact” (at paragraph 24) and had “embark[ed] on what appears to have been a policy of outright disregard for *Frito-Lay*” (at paragraph 25). In support of its comments, the Tribunal stressed the need for its decisions to be respected in order to further stability and predictability (at paragraph 37):

.... respectful and responsible application of Tribunal precedent is important for stability and predictability in the importing community. Importers should not be subjected to costly and unfair litigation of cases for matters that have already been dealt with through proper legal authority.

[14] The Attorney General appeals to this Court from the Tribunal’s decisions.

C. Standard of review

[15] In this Court, the parties submit that we are to review the Canadian International Trade Tribunal’s decisions on the basis of reasonableness. I agree. The Tribunal is entitled to a margin of appreciation because it has “particular familiarity” with the *Customs Act* provisions it interpreted and the provisions are “closely connected to its function”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54; see also *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2011 FCA 137, [2012] 4 F.C.R. 572, at paragraphs 19–22.

les obligeant à verser des droits sur des marchandises pouvant légitimement entrer au Canada en franchise de droits; cette situation équivaudrait à imposer les contribuables en l’absence de législation. [Italiques dans l’original; notes en bas de page omise.]

[12] Le Tribunal a souligné que sa décision dans l’affaire *Frito-Lay* avait réglé toutes ces questions. Il a repris les conclusions et l’analyse énoncées dans cette dernière.

[13] Selon le Tribunal, l’ASFC avait rouvert l’affaire *Frito-Lay* sans fondement, ce qu’il estimait préoccupant. En fait, l’ASFC avait « sciemment privé certains importateurs de l’application de la décision *Frito-Lay* à des situations de fait semblables, voire identiques » (au paragraphe 24) et aurait adopté « ce qui semble être une politique de mépris ouvert à l’endroit de la décision *Frito-Lay* » (au paragraphe 25). Pour appuyer ses commentaires, le Tribunal a souligné la nécessité pour la stabilité et la prévisibilité que ses décisions soient respectées (au paragraphe 37) :

[...] L’application [...] respectueuse et responsable des précédents du Tribunal est importante pour la stabilité et la prévisibilité au sein de la communauté des importateurs. Les importateurs ne devraient pas être visés par des litiges coûteux et injustes portant sur des questions qui ont déjà été résolues par l’autorité investie du pouvoir approprié.

[14] Le procureur général interjette appel devant notre Cour des décisions du Tribunal.

C. Norme de contrôle

[15] Devant la Cour, les parties font valoir que la norme de la décision raisonnable s’applique au contrôle des décisions du Tribunal canadien du commerce extérieur. Je souscris à cette position. Il est loisible au Tribunal d’opter pour l’une ou l’autre des conclusions raisonnables parce que celui-ci a une « connaissance approfondie » des dispositions de la *Loi sur les douanes* qu’il a interprétées et que ces dispositions sont « étroitement liée[s] à son mandat » (voir *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54; voir également *C.B. Powell Limited*

[16] The Supreme Court of Canada recently adopted reasonableness as the standard of review of Tribunal interpretations of the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36. It noted that the Tribunal “has specific expertise in interpreting ‘the very complex customs tariff and the international and national rules for its interpretation’” and the questions of legislative interpretation involved in the case were “of ‘a very technical nature’ which the [Tribunal] will often be better equipped than a reviewing court to answer”: *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at paragraph 17, citing *Star Choice Television Network Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, 2004 FCA 153, at paragraph 7 and *Canada (Minister of National Revenue) v. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719, 240 N.R. 381 (F.C.A.), at paragraph 5.

[17] The words of the Supreme Court in *Igloo* apply equally here. The *Customs Tariff* at issue in *Igloo* and the *Customs Act* at issue here are different statutes. But they are related. Further the particular issues of statutory interpretation concerning the provisions at issue here are similar to those in *Igloo* in nature and technical complexity.

D. Reviewing the Tribunal’s decision for reasonableness

[18] In these consolidated appeals, we need not delve into any of the subtleties in the law governing the meaning of “reasonableness” and how much deference the Tribunal is owed: even if the standard of review were correctness, I would agree with the Canadian International Trade Tribunal’s interpretation of the relevant provisions substantially for the reasons it gave.

[19] As mentioned above, the Tribunal adopted its earlier decision in *Frito-Lay* in the three decisions now under appeal. The outcome of the Tribunal in *Frito-Lay*

c. Canada (Agence des services frontaliers), 2011 CAF 137, [2012] 4 R.C.F. 572, aux paragraphes 19 à 22).

[16] La Cour suprême du Canada a récemment affirmé que la norme de la décision raisonnable s’appliquait aux interprétations par le Tribunal du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36. Elle a fait remarquer que le Tribunal « jouit d’une expertise spécialisée dans “l’interprétation du tarif douanier, lequel est fort complexe, ainsi que les principes internationaux et nationaux qui en régissent l’interprétation” », et que les questions relatives à l’interprétation législative que soulève l’instance sont « “très technique[s]”. Le TCCE est souvent mieux outillé qu’une cour de révision pour les trancher » (*Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80, au paragraphe 17, citant *Réseau de télévision Star Choice Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2004 CAF 153, au paragraphe 7 et *Canada (Ministre du revenu national) c. Schrader Automotive Inc.*, 1999 CanLII 7719 (C.A.F.), au paragraphe 5).

[17] Les propos tenus par la Cour suprême dans l’arrêt *Igloo* peuvent se transposer à l’espèce. Le *Tarif des douanes* — dont il était question dans l’arrêt *Igloo* — et la *Loi sur les douanes* — sur laquelle porte la présente espèce —, bien qu’ils constituent des textes législatifs distincts, sont connexes. De plus, les questions d’interprétation des dispositions en litige sont semblables à celles analysées dans l’arrêt *Igloo* du fait de leur nature et de leur complexité technique.

D. La décision du Tribunal était-elle raisonnable?

[18] Dans les présents appels, point n’est besoin de s’attarder à la définition en droit de ce qui constitue une « décision raisonnable » ni à la retenue que commandent les décisions du Tribunal, car, même si la norme de la décision correcte s’appliquait, je souscrirais à l’interprétation par ce dernier des dispositions pertinentes ainsi qu’à ses motifs, en grande partie.

[19] Comme je le dis, le Tribunal a repris la solution qu’il avait énoncée dans la décision *Frito-Lay* et l’a appliquée aux trois décisions faisant l’objet du présent

is reasonable; indeed, I agree with that outcome and the reasoning offered in support of it. That reasoning is consistent with the reasons of this Court in *C.B. Powell*, above.

[20] Before us, the Attorney General submits, as it did before the Tribunal in this case and as in *Frito-Lay*, that a declaration of MFN tariff treatment is not wrong and, thus, does not fall for correction within the context of a section 32.2 revenue-neutral correction to tariff classification and tariff treatment.

[21] The respondents point out that if that is true, then a practical, real-world problem arises, one that the Tribunal—possessing real-world knowledge and expertise—appreciated and took into account when interpreting section 32.2. An importer that does not claim NAFTA treatment at the time of importation and that does not seek a refund of duties under section 74 of the *Customs Act* finds itself in a dilemma. In order to claim NAFTA treatment, the importer must have a valid certificate of origin at the time of making the declaration. But often the importer is waiting to receive the certificate of origin from the exporter or manufacturer. As a result, the importer has no choice but to claim MFN treatment. Under the Attorney General’s interpretation, the importer would never be able to change the tariff treatment even after receiving a valid certificate of origin from the manufacturer or exporter.

[22] The respondents note that the CBSA recognized the unacceptability of this problem and came up with an “administrative” solution where it would treat non-revenue claims for NAFTA tariff treatment as applications for refunds under section 74. But, as the Tribunal correctly noted, this was contrary to the wording of section 74. In its view, this was a “spurious theory” adopted by the CBSA to avoid the application of *Frito-Lay*.

appel. La décision rendue par le Tribunal dans la décision *Frito-Lay* est raisonnable; je suis d’accord avec le dispositif et les motifs l’étayant. Ce raisonnement s’inscrit dans le droit fil de la décision de notre Cour dans l’arrêt *C.B. Powell*.

[20] Le procureur général prétend, comme il l’a fait devant le Tribunal en l’espèce et dans l’affaire *Frito-Lay*, que la déclaration quant au traitement tarifaire de la NPF n’est pas erronée et ne saurait être assimilée à une déclaration inexacte tombant sous le coup de l’article 32.2, qui vise les corrections au classement tarifaire et au traitement tarifaire sans incidence sur les recettes.

[21] Selon les intimées, si cette affirmation était vraie, il en résulterait un problème pratique et concret. Le Tribunal, qui possède une connaissance et une expertise concrètes en la matière, a reconnu ce problème et en a tenu compte lors de l’interprétation de l’article 32.2. L’importateur qui ne demande pas le traitement de l’ALENA au moment de l’importation et qui ne demande pas, en vertu de l’article 74 de la *Loi sur les douanes*, le remboursement des droits payés se trouve devant un dilemme. Au moment d’effectuer sa déclaration, l’importateur doit détenir un certificat d’origine valide pour demander le traitement de l’ALENA, mais il arrive souvent qu’il doive en attendre la transmission par l’exportateur ou le fabricant. Il doit donc dans ce cas se résoudre à demander le traitement de la NPF. Selon l’interprétation du procureur général, l’importateur ne pourra jamais être en mesure de modifier le traitement tarifaire, même après avoir reçu de l’exportateur ou du fabricant un certificat d’origine valide.

[22] Les intimées mentionnent que l’ASFC a reconnu que ce problème était inacceptable et a trouvé une solution « administrative » : assimiler les demandes de traitement tarifaire de l’ALENA sans incidence sur les recettes à des demandes de remboursement fondées sur l’article 74. Cependant, comme le Tribunal l’a souligné à raison, cette solution est contraire au libellé de l’article 74. De l’avis du Tribunal, il s’agissait d’une « théorie fallacieuse » que l’ASFC avait adoptée pour éviter de suivre la décision *Frito-Lay*.

[23] Whether or not a correction to tariff classification under section 32.2 allows for a concurrent re-evaluation of tariff treatment is a matter of statutory interpretation. In this Court and before the Tribunal, the Attorney General interpreted section 32.2 narrowly, arguing that a correction to tariff classification cannot lead to a subsequent correction of tariff treatment.

[24] The Tribunal disagreed, noting that tariff classification cannot be decoupled from tariff treatment.

[25] In my view, this interpretation is reasonable. The Tribunal—equipped to appreciate how the technical provisions of the *Customs Act* address the real-world problems of trade—reached an acceptable interpretation of section 32.2 consistent with its wording. Given that an importer will choose tariff treatment based on tariff classification, a correction of one necessitates the re-evaluation of the other.

[26] The Attorney General submits that sections 35.1 and 74 of the *Customs Act*, section 24 of the *Customs Tariff* and the *Proof of Origin of Imported Goods Regulations*, SOR/98-52 support its position.

[27] Again, I disagree. Section 35.1 of the *Customs Act* does not limit when an importer may claim NAFTA tariff treatment, but rather sets out how an importer may prove the origin of goods. Section 74 of the *Customs Act* does not provide any general limitation on claims for NAFTA tariff treatment. Finally, section 24 of the *Customs Tariff* and the *Proof of Origin of Imported Goods Regulations* do not set out rules limiting when claims for NAFTA tariff treatment may be made.

[28] Indeed this submission was soundly and correctly rejected by the Tribunal in *Frito-Lay* (at paragraph 64):

[23] La question de savoir si on peut, au moment de corriger le classement tarifaire en application de l'article 32.2, réévaluer le traitement tarifaire en est une d'interprétation législative. Devant la Cour et devant le Tribunal, le procureur général a interprété l'article 32.2 de manière stricte en prétendant qu'une correction du classement tarifaire ne peut entraîner de correction du traitement tarifaire.

[24] Ce n'était pas l'avis du Tribunal, selon qui le classement tarifaire ne peut être dissocié du traitement tarifaire.

[25] À mon avis, cette interprétation est raisonnable. Le Tribunal, qui est outillé pour saisir la dynamique des dispositions techniques de la *Loi sur les douanes* et leur incidence sur des problèmes concrets du commerce, est arrivé à une interprétation acceptable de l'article 32.2 qui s'harmonise avec son libellé. Étant donné qu'un importateur choisit le traitement tarifaire en fonction du classement tarifaire, il va de soi que la correction de l'un entraînera la réévaluation de l'autre.

[26] Le procureur général prétend que les articles 35.1 et 74 de la *Loi sur les douanes*, l'article 24 du *Tarif des douanes* et le *Règlement sur la justification de l'origine des marchandises importées*, DORS/98-52, étayent sa position.

[27] Je ne partage pas son avis à cet égard non plus. L'article 35.1 de la *Loi sur les douanes* ne limite pas le délai dans lequel l'importateur peut demander le traitement tarifaire de l'ALENA, mais prévoit les modalités de justification de l'origine des marchandises. L'article 74 de la *Loi sur les douanes* ne prévoit aucune restriction générale applicable aux demandes de traitement tarifaire de l'ALENA. Enfin, l'article 24 du *Tarif des douanes* et le *Règlement sur la justification de l'origine des marchandises importées* n'imposent aucune règle aux importateurs les obligeant à demander le traitement tarifaire de l'ALENA dans un certain délai.

[28] De fait, cet argument a été rejeté à bon droit par le Tribunal dans la décision *Frito-Lay* (au paragraphe 64) :

... that position is not founded in law ... section 74 of the *Act* is applicable *only* in the case of a *refund* application. Accordingly, because none of the transactions involve a request for a refund, section 74 is wholly inapplicable to this matter. Rather, according to subsection 32.2(4), the *obligation* to make the corrections provided for under subsection 32.2(2) exists for a four-year period after initial accounting.... [Emphasis in original.]

[29] The Tribunal's decision is also consistent with Articles 501–503 of NAFTA. On this, the Attorney General pointed us to certain United States cases. These interpret certain domestic provisions designed to implement NAFTA. The Attorney General submitted that these interpretations differ from the interpretations adopted by the Tribunal. That may be so, but the interpretations of domestic provisions by United States courts do not suggest that the Tribunal, interpreting differently-worded legislation, has adopted an unreasonable interpretation of that legislation.

[30] Before us, the Attorney General invoked NAFTA Article 501, paragraph 502(3) and subparagraph 502(1)(c) in support of the proposition that an importer may claim the benefits of NAFTA on only three occasions: at the time of accounting, when applying for a refund and at the request of a customs officer. I disagree.

[31] Article 501 states that a NAFTA certificate of origin “shall be accepted by [a NAFTA Party’s] customs administration for four years after the date the [c]ertificate was signed.” It does not state that a NAFTA claim must be made at the time of accounting. Paragraph 502(3) permits a claim for a refund of duties to be made within one year of the date of importation. It does not impose a one-year limit on claims for NAFTA when no refund is sought. And subparagraph 502(1)(c) simply requires an importer who has made a NAFTA claim to produce a certificate of origin at the request of the administration, nothing more.

[...] cette position n'est pas fondée en droit [...] l'article 74 de la *Loi* s'applique *seulement* dans le cas d'une demande de *remboursement*. Dans ce cas, puisqu'aucune des transactions ne comporte de demande de remboursement, l'article 74 ne s'applique tout simplement pas en l'espèce. Il y a plutôt, aux termes du paragraphe 32.2(4), *obligation* d'effectuer les corrections prévues au paragraphe 32.2(2) pour une période de quatre ans après leur déclaration en détail initiale [...] [Italiques dans l'original.]

[29] De plus, la décision du Tribunal est conforme aux articles 501 à 503 de l'ALENA. À ce sujet, le procureur général a invoqué la jurisprudence américaine portant sur l'interprétation de dispositions de mise en œuvre de l'ALENA. Le procureur général fait valoir que ces interprétations diffèrent de celles du Tribunal. C'est possible, mais les conclusions de tribunaux américains à propos de dispositions américaines ne sauraient donner à entendre que le Tribunal, au vu d'un texte législatif au libellé différent, a opté pour une interprétation déraisonnable de ce dernier.

[30] Devant la Cour, le procureur général invoque l'article 501, le paragraphe 502(3) et l'alinéa 502(1)(c) de l'ALENA au soutien de son argument selon lequel l'importateur ne peut demander le traitement préférentiel de l'ALENA qu'à trois occasions, soit au moment de la déclaration, au moment d'une demande de remboursement ou à la demande d'un agent. Je ne suis pas de cet avis.

[31] L'article 501 dispose qu'un certificat d'origine est « accepté par [l']administration douanière [de la partie à l'ALENA] pendant quatre années à compter de la date de signature du certificat ». Il ne précise pas que la demande de traitement préférentiel de l'ALENA doit être effectuée au moment de la déclaration. Le paragraphe 502(3) autorise la demande de remboursement de droits payés qui est présentée dans l'année suivant l'importation de produits. Il n'impose pas un délai d'un an applicable aux demandes de traitement préférentiel de l'ALENA qui ne visent pas un remboursement. Quant à l'alinéa 502(1)(c), il exige tout simplement que l'importateur qui a effectué une demande de traitement préférentiel de l'ALENA fournisse le certificat d'origine sur demande de l'administration douanière.

[32] For the foregoing reasons, the Tribunal decisions are reasonable.

E. The abuse of process issue: can administrators decline to follow tribunal decisions?

[33] As mentioned above, the Canadian International Trade Tribunal found that the CBSA had committed an abuse of process: it failed to apply the Tribunal's earlier decision in *Frito-Lay* when administering the *Customs Act* and it improperly relitigated *Frito-Lay* before the Tribunal.

[34] In the course of its reasons, the Tribunal noted that the Attorney General, arguably acting on the CBSA's behalf, had appealed *Frito-Lay* to this Court but had discontinued the appeal. In its view, that should have been the end of the matter. Thereafter, the CBSA should have applied *Frito-Lay* when administering the Act. It should have applied *Frito-Lay* when considering the respondent importers' requests for correction in these three cases.

[35] In this Court, the Attorney General challenges the Tribunal's finding of abuse of process. The Attorney General submits that it is inconsistent with the legal principle that one panel of an administrative tribunal does not bind later panels. Based on this principle, it says that the CBSA was free to relitigate *Frito-Lay* in another case before a later panel of the Tribunal.

[36] The respondents disagree. They submit that the Tribunal was quite right in finding that the CBSA had committed an abuse of process. Echoing the reasons of the Tribunal, the respondents submit that an administrator like the CBSA is bound by and must always follow the jurisprudence of a tribunal that adjudicates its cases. The CBSA was wrong in failing to apply the Tribunal's decision in *Frito-Lay* and committed an abuse of process in relitigating it before the Tribunal.

[37] In my view, more principles than those identified by the parties bear upon this problem. And the principles

[32] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que les décisions du Tribunal sont raisonnables.

E. Abus de procédure : les administrateurs peuvent-ils refuser de suivre les décisions du Tribunal?

[33] Comme je l'ai mentionné, le Tribunal canadien du commerce extérieur a conclu que l'ASFC avait commis un abus de procédure : elle n'avait pas suivi les principes établis dans la décision *Frito-Lay* dans son application de la *Loi sur les douanes* et avait indûment rouvert cette décision devant le Tribunal.

[34] Dans ses motifs, le Tribunal a fait remarquer que le procureur général, agissant probablement sur instruction de l'ASFC, avait interjeté appel de la décision *Frito-Lay* devant la Cour, mais s'était désisté par la suite. Selon le Tribunal, l'affaire aurait dû en rester là. Dès lors, l'ASFC aurait dû tenir compte de la décision *Frito-Lay* dans l'application de la Loi, et lorsqu'elle a examiné les demandes de correction des importateurs, en l'espèce les intimées, dans les trois affaires.

[35] Devant la Cour, le procureur général conteste la conclusion du Tribunal quant à l'abus de procédure. Le procureur général prétend que la décision n'est pas conforme au principe selon lequel la décision émanant d'une formation d'un tribunal administratif ne lie pas les autres formations de ce dernier. Suivant ce principe, il était loisible à l'ASFC de rouvrir la décision *Frito-Lay* à l'occasion d'une affaire ultérieure devant une formation différente du Tribunal.

[36] Les intimées ne sont pas de cet avis. Selon elles, le Tribunal avait parfaitement raison de conclure que l'ASFC avait commis un abus de procédure. Reprenant les motifs du Tribunal, les intimées soutiennent qu'un administrateur comme l'ASFC doit tenir compte de la jurisprudence issue du tribunal administratif qui est chargé de trancher en cas de litiges. L'ASFC a eu tort de ne pas suivre les enseignements de la décision *Frito-Lay* et a commis un abus de procédure en demandant au Tribunal de se prononcer à nouveau sur la question.

[37] À mon avis, d'autres principes que les parties n'ont pas invoqués jouent en l'espèce. En outre, les

are more nuanced than the parties and the Tribunal suggest. Despite this, in response to questioning from the Court, counsel largely agreed on the principles, their nature and their operation.

[38] It will be necessary to discuss the principles at a level of generality. In this discussion, I shall describe an adjudicative tribunal like the Canadian International Trade Tribunal as a “tribunal” and an administrator like the CBSA as an “administrator”.

[39] Tribunals and administrators are both public bodies established by legislation. Both wield public power and both must obey all relevant legislation, often the same legislation. They are independent from each other. But they are in a hierarchical relationship. Tribunals pass judgment on the acts of administrators.

[40] The starting point for tribunals is that while they should try to follow their earlier decisions, they are not bound by them: *IWA v. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, at pages 327, 328 and 333; *Tremblay v. Quebec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 S.C.R. 952, at page 974; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pages 798 and 799. Further, within limits, it is possible for one tribunal panel to disagree with another and still act reasonably: *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770.

[41] However, that is only the starting point. Other principles come to bear. To name one, a tribunal is constrained by any rulings and guidance given by courts that govern the facts and issues in the case: *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120 at paragraphs 18 and 19.

[42] Another principle is that, in a case like this, Parliament—with a view to furthering efficient and sound management over an area of administration—has

principles en jeu sont plus nuancés que ne le suggèrent les parties et le Tribunal. Pourtant, de par leurs réponses aux questions de la Cour, les avocats ont en grande partie convenu des principes, de leur nature et de leur application.

[38] L’analyse de ces principes doit se faire sur le plan général. Ainsi, j’utiliserai le terme « tribunal » pour désigner un tribunal administratif comme le Tribunal canadien du commerce extérieur, et le terme « administrateur » pour désigner un organisme comme l’ASFC.

[39] Tant les tribunaux que les administrateurs représentent des organes publics constitués par des lois. Les deux sont dotés de pouvoirs publics et sont assujettis à toutes les lois pertinentes, souvent aux mêmes lois. Ils sont indépendants l’un de l’autre, mais leurs rapports sont hiérarchiques. Les tribunaux se prononcent sur les actes des administrateurs.

[40] À l’égard des tribunaux, le point de départ de l’analyse est le suivant : s’ils doivent s’efforcer de suivre leurs décisions précédentes, ils ne sont pas liés par celles-ci (*SITBA c. Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, aux pages 327, 328 et 333; *Tremblay c. Québec (Commission des affaires sociales)*, [1992] 1 R.C.S. 952, à la page 974 et *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, aux pages 798 et 799). De plus, à l’intérieur de certaines limites, une formation d’un tribunal pourrait ne pas souscrire à la décision d’une autre formation et arriver tout de même à une décision raisonnable (*Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770).

[41] Cela dit, ce n’est que le point de départ. D’autres principes interviennent, notamment celui selon lequel les décisions et les directives d’un tribunal judiciaire qui statue sur les faits et les questions d’une affaire sont contraignantes pour le tribunal administratif (*Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, aux paragraphes 18 et 19).

[42] Un autre principe qui intervient est celui selon lequel, dans un cas comme en l’espèce, le législateur — en vue de favoriser la bonne gestion efficace d’une

passed a law empowering a tribunal to decide certain issues efficiently and once and for all. Certainty, predictability and finality matter. Allowing tribunal panels to disagree with each other without any limitation tears against the need for a good measure of certainty, predictability and finality.

[43] In some contexts, certainty, predictability and finality arguably matter even more. Here, for example, we are dealing with commercial importation and international trade, an area where the CBSA, customs brokers and others are deluged every day by millions of goods seeking quick, efficient and predictable entry to our domestic market: see the Tribunal decision, at paragraph 37, quoted in paragraph 13, above.

[44] Therefore, while it is true that later tribunal panels are not bound by the decisions of earlier tribunal panels, it is equally true that later panels should not depart from the decisions of earlier panels unless there is good reason.

[45] A number of principles govern administrators. An administrator whose actions are regulated by a tribunal—like the CBSA whose decisions are regulated by the Canadian International Trade Tribunal—must follow tribunal decisions. Certainty, predictability and finality matter here as well. So does the principle of tribunal pre-eminence: tribunals bind those who are subject to their jurisdiction, including administrators, subject to any later orders by reviewing courts.

[46] But this general principle admits at least of two exceptions, one uncontroversial, another more controversial.

[47] It is uncontroversial that as long as an administrator is acting *bona fide* and in accordance with its legislative mandate, an administrator can assert—where principled and warranted—that an earlier tribunal decision on its facts does not apply in a matter that has different facts. In other words, in pursuit of its legislative mandate, an administrator can sometimes distinguish

matière administrative — a adopté une loi qui confère à un tribunal le pouvoir de trancher certaines questions de manière efficace une fois pour toutes. La certitude, la prévisibilité et l'irrévocabilité comptent. Permettre à des formations d'un même tribunal de rendre des décisions contradictoires, sans restriction, va à l'encontre de la certitude, de la prévisibilité et de l'irrévocabilité.

[43] Dans certains contextes, on peut soutenir que ces trois notions importent encore davantage. En l'espèce, par exemple, il est question d'importation de marchandises et de commerce international, un secteur où chaque jour l'ASFC, les courtiers en douane et autres acteurs doivent traiter l'entrée de millions de marchandises dans notre marché de façon rapide, efficace et prévisible (voir la décision du Tribunal, au paragraphe 37, citée dans les présents motifs, au paragraphe 13).

[44] Par conséquent, s'il est vrai qu'une formation du tribunal n'est pas liée par les décisions de formations antérieures, il est également vrai que cette formation ne devrait pas s'écarter sans raison des décisions antérieures.

[45] Les administrateurs sont régis par un certain nombre de principes. L'administrateur dont les actes sont régis par un tribunal — comme l'ASFC, dont les décisions sont contrôlées par le Tribunal canadien du commerce extérieur — doit tenir compte des décisions de ce tribunal. La certitude, la prévisibilité et l'irrévocabilité importent dans ce cas aussi. Il en va de même du principe de la prééminence du tribunal : la décision d'un tribunal lie ceux qui relèvent de sa juridiction, notamment les administrateurs, à moins qu'un tribunal judiciaire ne se prononce ultérieurement.

[46] Ce principe général admet toutefois au moins deux exceptions, dont l'une ne fait pas l'unanimité.

[47] On ne remet pas en question qu'un administrateur, qui agit de bonne foi et conformément au mandat que lui confère la loi, puisse faire valoir, dans le cas où sa thèse est fondée sur des principes et est justifiée, que la décision antérieure rendue par un tribunal ne s'applique pas à une affaire dont les faits diffèrent. En d'autres mots, l'administrateur peut à l'occasion, dans

an earlier tribunal decision on its facts and act accordingly.

[48] More controversial, however, are cases where an administrator feels it can and must act in a certain way but an earlier tribunal decision that it cannot distinguish stands in its way. And the administrator has a well-founded, *bona fide* concern that the earlier decision is flawed and should not be followed.

[49] In certain circumstances described below, the administrator should be allowed to act upon its view of the matter and, when challenged, should be allowed to raise with the tribunal the flaw it sees. For one thing, the administrator might be right: the earlier tribunal decision might be flawed and in bad need of correction. Unless the administrator is allowed to raise the issue, the tribunal will never be able to consider the matter, nor will a reviewing court receive it. As a result, a serious error might persist, possibly perpetually. To the extent possible, this sort of immunization from correction should be avoided: *Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.); *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at paragraph 313 (dissenting, but not on this point).

[50] In my view, an administrator can act or take a position against an earlier tribunal decision only if it is satisfied it is acting *bona fide* in accordance with the terms and purposes of its legislative mandate and only if a particular threshold has been crossed. This threshold should be shaped by two sets of clashing principles discussed above: the principles of certainty, predictability, finality and tribunal pre-eminence on the one hand, and, on the other, ensuring that potentially meritorious challenges of arguably wrong decisions can go forward.

[51] What is the threshold? In an administrative regime like the one before us, the administrator must be able to identify and articulate with good reasons one or more specific elements in the tribunal's earlier decision that, in the administrator's *bona fide* and informed view,

l'exécution de son mandat légal, s'écarter d'une décision antérieure du tribunal sur le fondement des faits et opter pour une autre démarche.

[48] Or, il existe des situations plus obscures, soit celles où l'administrateur estime qu'il peut et doit agir d'une certaine façon, mais en est empêché par une décision antérieure du tribunal administratif. C'est le cas d'un administrateur qui a des réserves, véritables et fondées, sur la justesse de la décision antérieure et estime qu'il faut rompre avec celle-ci.

[49] Dans les circonstances décrites plus loin, l'administrateur devrait être autorisé à agir selon son point de vue et, en cas de contestation, à soulever devant ce tribunal le problème qu'il conçoit. Tout d'abord, l'administrateur pourrait avoir raison : il se peut que la décision antérieure du tribunal soit erronée et nécessite une rectification. Si l'administrateur est privé de la possibilité de soulever la question, le tribunal ne pourra en être saisi, ni une cour siégeant en révision. Une erreur importante risque alors de se perpétuer. Dans la mesure du possible, il faut éviter pareil empêchement au contrôle (voir *Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, au paragraphe 313 (dissidence sur un autre point)).

[50] Je suis d'avis qu'un administrateur puisse s'écarter d'une décision antérieure d'un tribunal ou s'inscrire en faux contre celle-ci seulement s'il est convaincu d'agir de bonne foi conformément aux termes et à l'objet de son mandat légal et que certaines conditions sont réunies. Ainsi, il faut une opposition entre deux ensembles de principes mentionnés précédemment : assurer, d'une part, la certitude, la prévisibilité et l'irrévocabilité ainsi que la prééminence du tribunal et d'autre part, la possibilité d'appeler de décisions jugées erronées.

[51] Comment savoir si ces conditions sont réunies? Dans un régime administratif comme celui dont il est question, l'administrateur doit être en mesure de circonscrire, en s'appuyant sur des raisons valables, un ou plusieurs éléments précis de la décision du tribunal qui

is likely wrong. The flaw must have significance based on all of the circumstances known to the administrator, including the probable impact of the flaw on future cases and the prejudice that will be caused to the administrator's mandate, the parties it regulates, or both.

[52] This is something far removed from an administrator putting essentially the same facts, the same law and the same arguments to a tribunal on the off-chance it might decide differently. Tribunal proceedings are not a game of roulette where a player, having lost, can just hope for better luck and try again.

[53] When the administrator tries to persuade the tribunal that its earlier decision should no longer be followed, the administrator must address at least the matters discussed above, offering submissions that are not simply a rerun. They must go further than just a modest modifying or small supplementing of the earlier submissions. The tribunal may then decide whether its earlier decision remains good law after considering the evidence before it, the terms and purposes of the legislation, and any other legal standards that properly bear on its decision.

[54] When the administrator decides that an earlier tribunal decision can and should be challenged, the administrator, and later the tribunal, might wish to expedite matters so that the matter may be clarified as soon as possible.

[55] I note that there may be other ways of resolving this sort of issue. For example, an administrator and affected parties in a case pending before the tribunal can request the tribunal to state a question of law, jurisdiction, practice or procedure to the Court: *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, section 18.3. In some circumstances—especially where the question does not call for any particular administrative appreciation—a tribunal might well grant the request in order to advance the objectives of efficiency and certainty. As well, in the end, an administrator, dissatisfied by a tribunal ruling, can always try to get it reversed by asking for a legislative amendment.

sont probablement viciés, de son avis éclairé et de bonne foi. Il faut que le vice invoqué importe compte tenu de toutes les circonstances dont l'administrateur a connaissance, y compris l'incidence probable sur les affaires ultérieures et le préjudice qui en découlera pour le mandat de l'administrateur, les administrés ou les deux.

[52] Ce n'est donc pas du tout la situation d'un administrateur qui présente essentiellement les mêmes faits, la même règle de droit et les mêmes arguments au tribunal dans l'espoir que celui-ci rende une décision différente. Les instances administratives ne sauraient être assimilées à un jeu de hasard qui permettrait au perdant de tenter à nouveau sa chance.

[53] Lorsqu'il tente de persuader le tribunal qu'il faut rompre avec une décision précédente, l'administrateur doit aborder à tout le moins les questions mentionnées précédemment et faire valoir des arguments nouveaux. Une légère modification ou un ajout mineur ne suffira pas. Le tribunal pourra alors décider si sa décision antérieure est toujours valide après avoir examiné les éléments de preuve présentés, l'esprit et la lettre de la législation et les autres normes juridiques applicables.

[54] Lorsqu'il décide qu'une décision rendue peut et doit être contestée, l'administrateur — et le tribunal par la suite — pourrait vouloir accélérer le règlement de cette question pour éclaircir la question le plus tôt possible.

[55] Il peut y avoir d'autres façons de résoudre ce type de problème. Par exemple, un administrateur et les parties à une instance devant le tribunal peuvent demander au tribunal de renvoyer une question de droit, de compétence, de pratique ou de procédure à la Cour (*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, article 18.3). Dans certaines circonstances, surtout lorsque la question n'exige pas une compréhension particulière du régime administratif, le tribunal est susceptible d'accueillir la requête pour favoriser l'efficacité et la certitude. En outre, l'administrateur insatisfait d'une décision rendue par un tribunal peut toujours tenter de faire infirmer celle-ci en demandant une modification à la loi.

[56] I also note that other particular forms of recourse may be available under specific legislative regimes. For example, under section 70 of the *Customs Act*, the President of the CBSA can refer directly to the Canadian International Trade Tribunal for decision “any questions relating to the origin, tariff classification or value for duty of any goods or class of goods”.

F. The Tribunal’s finding that the CBSA had committed an abuse of process

[57] As mentioned above, the Canadian International Trade Tribunal found that the CBSA’s relitigation of *Frito-Lay* in this case was an abuse of process. Based on the discussion above and bearing in mind the deference we must show to factually-suffused findings made by the Tribunal, there are no grounds for interfering with that finding.

[58] After the release of *Frito-Lay* and following the discontinuance of the appeal from it, the CBSA took administrative positions contrary to it without explanation, justification or action of the sort required: see Tribunal decision, at paragraph 24 and see paragraphs 50–56, above. Later, when appearing before the Canadian International Trade Tribunal, the CBSA did not focus on particular passages in *Frito-Lay* that it felt were wrong. By and large, the CBSA simply reargued the issues decided in *Frito-Lay* on virtually identical facts and law, without identifying any flaws, let alone serious flaws, in the particular reasoning in *Frito-Lay*. In fact, in its written submissions to the Tribunal, the CBSA mentioned *Frito-Lay* not as a leading point, but more or less as an after-thought: see Appeal Book, at pages 572–599. The written submissions and oral argument before the Tribunal in these cases do not show arguments much different from those the Tribunal rejected in *Frito-Lay*; in these cases, the Tribunal had evidence before it that could lead it to the conclusion that, at best, it was receiving only a modest modification or small supplementing of arguments it had received in *Frito-Lay*: see the transcript in the *Southern Pacific* case, at pages 193 and 194; Appeal Book, at pages 1137 and 1138. It is true that on this record, there is no evidence

[56] Il est aussi possible d’exercer des recours particuliers prévus par le régime légal en question. Par exemple, l’article 70 de la *Loi sur les douanes* prévoit que le président de l’ASFC peut consulter le Tribunal canadien du commerce extérieur directement « sur toute question se rapportant à l’origine, au classement tarifaire ou à la valeur en douane de toute marchandise ou catégorie de marchandises ».

F. La conclusion du Tribunal quant à l’existence d’un abus de procédure

[57] Comme il est mentionné précédemment, le Tribunal canadien du commerce extérieur a conclu que rouvrir la décision *Frito-Lay* en l’espèce constituait un abus de procédure. Vu l’analyse qui précède et la déférence que commandent les conclusions du Tribunal fondées sur une multitude de faits, je ne vois aucun motif justifiant une modification quelconque de cette conclusion.

[58] Depuis la décision *Frito-Lay* et l’arrêt des procédures d’appel, l’ASFC a pris des décisions administratives contraires à la décision, sans les explications, justifications ou mesures attendues en pareilles circonstances (motifs du Tribunal, au paragraphe 24 et présents motifs, aux paragraphes 50 à 56). Par la suite, lors de sa comparution devant le Tribunal canadien du commerce extérieur, l’ASFC ne s’est pas attardée aux passages erronés selon elle de la décision *Frito-Lay*. Dans l’ensemble, l’ASFC s’est limitée à soulever de nouveau les questions tranchées par la décision *Frito-Lay* même si les faits et le cadre juridique de l’espèce y sont quasi identiques. Elle n’a pas relevé de lacunes, encore moins de graves lacunes, dans le raisonnement de la décision *Frito-Lay*. En fait, dans sa plaidoirie écrite, l’ASFC cite la décision *Frito-Lay* non pas comme point de départ, mais plutôt comme une arrière-pensée (dossier d’appel, aux pages 572 à 599). Les observations écrites et la plaidoirie orale dans les trois affaires ne soulèvent pas des arguments très différents de ceux que le Tribunal avait rejetés dans la décision *Frito-Lay*; dans les trois cas, la preuve permettait au Tribunal de conclure qu’il s’agissait tout au plus d’une modification ou d’un ajout mineurs aux arguments déjà invoqués dans l’affaire *Frito-Lay* (transcription de la décision *Southern Pacific*,

of malice or ill-will. And it is also true that when an administrator may act contrary to tribunal decisions and may relitigate points before a tribunal was somewhat uncertain. But a finding of abuse of process does not require malice, knowledge or ill-will.

[59] Also relevant is the fact that the Tribunal's decision in *Frito-Lay* was appealed to this Court but the appeal was discontinued for whatever reason. Rather than fighting *Frito-Lay* in this Court, the CBSA chose to fight it by resisting it at the administrative level: Tribunal decision, at paragraph 24.

[60] Discontinuances can have consequences. While they are not dismissals, they are still meant to terminate earlier proceedings. Later attempts by the discontinuing party or its proxies to relitigate the issues can face obstacles. As well, in public law cases, other considerations may affect the ability to relitigate. See *Philipos v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 79, [2016] 4 F.C.R. 268, at paragraphs 17–23.

[61] The discontinuance of *Frito-Lay* placed a higher tactical burden upon the CBSA in this case to demonstrate its good faith and to offer good reasons to the Tribunal both as to why *Frito-Lay* should not be followed and why the appeal from *Frito-Lay* was discontinued. The CBSA did not discharge this tactical burden.

[62] Overall, the evidence in the record, viewed in light of the principles set out above and bearing in mind the deference we must show to fact-suffused decisions, sustains the Tribunal's finding.

G. Proposed disposition

[63] For the foregoing reasons, I would dismiss the appeals.

aux pages 193 et 194 et dossier d'appel, aux pages 1137 et 1138). Certes, au vu du dossier, rien ne prouve qu'il y ait eu malveillance ou mauvaise volonté. Et il est également vrai qu'il n'est pas évident de savoir dans quelles situations un administrateur peut ne pas se conformer à la jurisprudence du tribunal et rouvrir des questions déjà tranchées. Cela dit, il n'est pas nécessaire de démontrer la malveillance, la connaissance ou la mauvaise volonté.

[59] Il est également pertinent de noter que la décision *Frito-Lay* avait été portée en appel à la Cour, avant le désistement, intervenu pour une raison inconnue. Plutôt que d'appeler de la décision *Frito-Lay* devant la Cour, l'ASFC a opté pour la résistance administrative (motifs du Tribunal, au paragraphe 24).

[60] Le désistement n'est pas sans conséquence. Si le désistement ne revient pas au même que le rejet de l'instance, il a toutefois pour but de mettre fin à l'instance. La partie qui se désiste — ou ses mandataires — et tente de rouvrir les questions en litige risque de se buter à des obstacles. De plus, en droit public, la possibilité de rouvrir une affaire peut dépendre d'autres facteurs. Voir la décision *Philipos c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 79, [2016] 4 R.C.F. 268, aux paragraphes 17 à 23.

[61] Le désistement dans l'appel interjeté de la décision *Frito-Lay* a alourdi le fardeau tactique qui pèse sur l'ASFC en l'espèce, car elle doit démontrer sa bonne foi et d'une part présenter au Tribunal des motifs valables de rompre avec la décision *Frito-Lay* et d'autre part expliquer son désistement dans cet appel. L'ASFC ne s'est pas acquittée de ce fardeau.

[62] Dans l'ensemble, la preuve au dossier, à la lumière des principes énoncés précédemment et compte tenu de la déférence que commandent les conclusions factuelles, étaye la conclusion du Tribunal.

G. Dispositif proposé

[63] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter les appels.

[64] The respondent importers seek their costs of the appeals on a solicitor and client basis. In support of this, they invoke the CBSA's conduct at the administrative level below. However, under rule 400 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, the focus is on the "proceedings" in this Court, not matters in the administrative levels below. Under rule 2, both "appeals" and "applications" are "proceedings".

[65] The respondents fairly conceded that there was nothing in the conduct of these appeals that would justify an award of solicitor and client costs. In my view, there is nothing to remove these appeals from the usual disposition that costs shall follow the event. Therefore, I would grant the respondents their costs of the appeals. Since the appeals were consolidated, I would grant one set of costs.

[66] The panel wishes to thank counsel for their excellent submissions.

TRUDEL J.A.: I agree.

SCOTT J.A.: I agree.

[64] Les importateurs, intimés en l'espèce, réclament les dépens sur une base procureur-client. Ils font valoir les actes de l'ASFC au cours de l'instruction devant le tribunal administratif. Cependant, à la règle 400 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, il est question de l'« instance » devant la Cour et non pas de celle devant le tribunal administratif. La règle 2 définit l'« appel » et la « demande » comme une « instance ».

[65] Les intimées ont reconnu à juste titre que rien dans l'instruction de ces appels ne justifie l'octroi de dépens avocat-client. À mon avis, rien ne justifie que l'on s'éloigne de l'ordonnance habituelle selon laquelle les dépens suivent l'issue de la cause. Par conséquent, je suis d'avis d'accorder aux intimées les dépens pour ces appels. Comme les appels ont été réunis, je suis d'avis d'accorder un seul mémoire de frais.

[66] L'ensemble des juges tient à souligner l'excellente qualité des arguments présentés.

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

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

A-330-15
2016 FCA 267

A-330-15
2016 CAF 267

Apotex Inc. (*Appellant*)

Apotex Inc. (*appelante*)

v.

c.

**Eli Lilly Canada Inc. and ICOS Corporation and
The Minister of Health** (*Respondents*)

**Eli Lilly Canada Inc. et ICOS Corporation et le
ministre de la Santé** (*intimés*)

INDEXED AS: APOTEX INC. v. ELI LILLY CANADA INC.

RÉPERTORIÉ : APOTEX INC. c. ELI LILLY CANADA INC.

Federal Court of Appeal, Pelletier, Boivin and Rennie
J.J.A.—Toronto, May 5; Ottawa, November 4, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Boivin et Rennie,
J.C.A.—Toronto, 5 mai; Ottawa, 4 novembre 2016.

Patents — Appeal from Federal Court decision allowing respondent Eli Lilly Canada Inc.'s application for order of prohibition to prevent Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to appellant — Appellant applying for NOC to market its generic version of tadalafil — Contending that respondent's Canadian Patent No. 2226784 ('784 patent) invalid — Alleging '784 patent claiming nothing new or inventive relative to Canadian Patent No. 2181377 ('377 patent) claims — Federal Court having benefit of reasons in Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc. (Mylan F.C.), wherein respondent faced identical challenge from other generic — Respondent's application for prohibition order allowed in Mylan F.C. — Appeal from that decision dismissed (Mylan F.C.A.); Court rejecting double patenting arguments — Critical issue in Mylan F.C., decision under appeal, date at which claims of the two patents were to be compared — Appellant arguing that Federal Court should depart from Mylan F.C. because in that case Federal Court erred in not selecting publication date of '784 patent as the comparison date, as taught by Supreme Court in Whirlpool Corp. v. Camco Inc. (Whirlpool) — Federal Court rejecting that argument, finding Supreme Court in Whirlpool not deciding as of which date courts should decide obviousness double patenting — Appellant arguing that Mylan F.C.A. should not be followed — Whether Whirlpool deciding that date for comparison of claims of patents in double patenting case is publication date of later of two patents — Mylan F.C.A. not wrongly decided, no reason to depart from it — Supreme Court in Whirlpool already settled on construction of patent at issue — Improbable that Supreme Court would settle significant point in law of double patenting by implication, without addressing it directly — Whirlpool not deciding that date at which patents claims at issue in double patenting case to be compared is date of publication of later patent — This question remaining open — Finally, as to Federal Court's finding that '784 patent sufficient to teach person skilled in the art how to make invention claimed, Court in no position to second-guess Federal Court's assessment of expert evidence — Appeal dismissed.

Brevets — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande d'ordonnance de l'intimée Eli Lilly Canada Inc. interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante — L'appelante a fait une demande afin d'obtenir un AC pour commercialiser sa version générique du tadalafil — L'appelante a prétendu que le brevet canadien n° 2226784 (le brevet '784) était invalide — L'appelante a fait valoir que le brevet '784 ne revendiquait aucune nouveauté ou innovation par rapport aux revendications du brevet canadien n° 2181377 (le brevet '377) — La Cour fédérale qui a entendu la demande a pu profiter des motifs rendus dans la décision Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc. (Mylan C.F.), dans laquelle l'intimée faisait l'objet d'une contestation identique de la part d'un autre fabricant de médicaments génériques — La demande d'ordonnance d'interdiction de l'intimée a été accueillie dans la décision Mylan C.F. — L'appel interjeté à l'encontre de cette décision a été rejeté (Mylan C.A.F.); la Cour a rejeté les observations relatives au double brevet — La principale question dans la décision Mylan C.F. était de déterminer la date à laquelle les revendications des deux brevets devaient être comparées — L'appelante a soutenu que la Cour fédérale devrait s'écarter de la décision rendue dans Mylan C.F., car la Cour fédérale avait commis une erreur dans cette affaire en ne choisissant pas la date de publication du brevet '784 comme date de comparaison, comme l'avait enseigné la décision de la Cour suprême dans l'arrêt Whirlpool Corp. c. Camco Inc. (Whirlpool) — La Cour fédérale a rejeté cet argument, concluant que la Cour suprême dans l'arrêt Whirlpool n'a pas établi la date devant être choisie pour statuer sur une question de double brevet relatif à une évidence — L'appelante a fait valoir que la décision Mylan C.A.F. ne devrait pas être suivie — Il s'agissait de déterminer si l'arrêt Whirlpool a conclu que la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets dans une affaire de double brevet doit être la date de publication du plus récent des deux brevets — La décision dans l'arrêt Mylan C.A.F. n'est pas erronée et rien ne justifie que notre Cour s'en

écarte — La Cour suprême dans l'arrêt Whirlpool a déjà établi l'interprétation du brevet faisant l'objet du litige — Il est peu probable que la Cour suprême ait tranché un important point du droit relatif au double brevet par simple implication, sans l'étudier directement — L'arrêt Whirlpool n'a pas déterminé que la date à utiliser pour comparer les revendications de deux brevets en cause dans une affaire de double brevet est la date de publication du brevet le plus récent — La question reste donc entière — Enfin, en ce qui a trait à la conclusion de la Cour fédérale que la divulgation du brevet '784 était suffisante pour qu'une personne versée dans l'art puisse fabriquer l'invention revendiquée, la Cour n'est pas en mesure de mettre en doute l'évaluation faite par la Cour fédérale de la preuve des experts — Appel rejeté.

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the respondent Eli Lilly Canada Inc.'s application for an order of prohibition to prevent the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to the appellant.

The appeal arose as a result of the appellant's application for a NOC pursuant to the terms of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, which would enable it to market its generic version of tadalafil, a PDE V inhibitor used in the treatment of erectile dysfunction. The appellant contended that the respondent's Canadian Patent No. 2226784 ('784 patent), which claims a monopoly on the use of tadalafil to treat erectile dysfunction, was invalid on various grounds. In particular, the appellant alleged that the relevant claims of the '784 patent claimed nothing new or inventive relative to the claims of Canadian Patent No. 2181377 ('377 patent), which claimed a number of compounds including tadalafil.

While these proceedings were underway, the respondent faced an identical challenge from another generic, Mylan Pharmaceuticals ULC, which also alleged that the '784 was invalid by reason of double patenting. In that matter, *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc. (Mylan F.C.)*, the respondent's application for an order of prohibition was allowed. The Federal Court Judge hearing the appellant's application in the present matter had the benefit of the reasons in *Mylan F.C.* in deciding the double patenting argument. *Mylan F.C.* was appealed, and the Court rejected Mylan's arguments as to double patenting (*Mylan F.C.A.*).

The critical issue in both *Mylan F.C.* and the decision under appeal was the date at which the claims of the two patents were to be compared: the priority date, the filing date, or the publication date. Given that the Federal Court had assessed double patenting as of the priority date of the '377 patent in *Mylan F.C.*, the respondent argued that the Federal Court should follow that decision and assess double patenting as of

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande d'ordonnance de l'intimée Eli Lilly Canada Inc. interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à l'appelante.

Le présent appel a fait suite à la demande présentée par l'appelante en vue d'obtenir un AC conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, qui lui permettrait de commercialiser sa version générique du tadalafil, un inhibiteur de la PDE V utilisé pour le traitement de la dysfonction érectile. L'appelante a fait valoir que le brevet canadien n° 2226784 (le brevet '784) de l'intimée, qui revendique un monopole relativement à l'utilisation du tadalafil pour le traitement de la dysfonction érectile, était invalide pour divers motifs. L'appelante alléguait notamment que les revendications pertinentes du brevet '784 ne revendiquaient aucune nouveauté ou innovation par rapport aux revendications du brevet canadien n° 2181377 (le brevet '377), qui portaient sur un certain nombre de composés, dont le tadalafil.

Pendant que cette procédure était en cours, l'intimée a fait l'objet d'une contestation identique de la part d'un autre fabricant de médicaments génériques, Mylan Pharmaceuticals ULC, qui alléguait aussi l'invalidité du brevet '784 pour cause de double brevet. Dans cette affaire, *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc. (Mylan C.F.)*, la demande d'interdiction de l'intimée a été accueillie. Le juge de la Cour fédérale qui a entendu la demande de l'appelante a donc pu profiter des motifs rendus dans la décision *Mylan C.F.* pour statuer sur l'argument relatif au double brevet. *Mylan C.F.* a été porté en appel, et la Cour a rejeté les observations de Mylan relatives au double brevet (*Mylan C.A.F.*).

La principale question dans *Mylan C.F.* et la décision faisant l'objet de l'appel était de déterminer la date à laquelle les revendications des deux brevets devaient être comparées : la date de priorité, la date de dépôt ou la date de publication du brevet. Comme la Cour fédérale avait évalué la question du double brevet en tenant compte de la date de priorité du brevet '377 dans la décision *Mylan C.F.*, l'intimée a fait valoir

the same date. The appellant argued that the Federal Court should depart from *Mylan* F.C. because in that case the Federal Court erred in not selecting the publication date of the '784 patent as the comparison date, as taught by the Supreme Court decision in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc. (Whirlpool)*. The Federal Court rejected that argument. It found, *inter alia*, that while the Supreme Court in *Whirlpool* ruled that the date for construction of the claims of a patent is its publication date, it did not decide as of which date courts should decide obviousness double patenting. The Federal Court also held that the decision in *Whirlpool* turned on a question of the sufficiency of the evidence on the issue of obviousness and that any comments in *Whirlpool* dealing with the publication date in the context of the double patenting analysis were *obiter dicta* and thus not binding on lower courts.

In the present appeal, the appellant argued that *Mylan* F.C.A. should not be followed on the ground that the Court in *Mylan* F.C.A. did not follow the Supreme Court's decision in *Whirlpool*.

At issue was whether *Whirlpool* decided that the date for comparison of the claims of the patents in a double patenting case is the publication date of the later of the two patents.

Held, the appeal should be dismissed.

Mylan F.C.A. was not wrongly decided and there was no reason to depart from it. In *Whirlpool*, the Supreme Court had already settled on the construction of the patent at issue. References to another year, i.e. 1981, occurred in the context of the ability of the parties' experts to comment on whether a change in the patent was obvious. It is improbable that the Supreme Court would settle a significant point in the law of double patenting by implication and without addressing it directly. The care taken to justify the publication date of a patent as the date at which it is to be construed suggests that if the Supreme Court intended to decide the issue of the comparison date of the claims of the patents in an obviousness double patenting suit, it would do so explicitly. The issue of the comparison date in double patenting cases had not arisen previously in the Supreme Court case law or in the works of the text book writers. It would be surprising if the Supreme Court purported to deal with a novel question by implication. *Whirlpool* has not decided that the date at which the claims of the two patents at issue in a double patenting case are to be compared is the date of publication of the later patent. This remains an open question. The analysis in the earlier cases, in

que la Cour fédérale devrait suivre cette décision et évaluer la question du double brevet à la même date. L'appelante a soutenu que la Cour fédérale devrait s'écarter de la décision rendue dans *Mylan* C.F., car la Cour fédérale avait commis une erreur dans cette affaire en ne choisissant pas la date de publication du brevet '784 comme date de comparaison, comme l'avait enseigné la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc. (Whirlpool)*. La Cour fédérale a rejeté cet argument. La Cour fédérale a conclu, entre autres, que, bien que la Cour suprême ait établi dans l'arrêt *Whirlpool* que la date pertinente aux fins de l'interprétation des revendications d'un brevet était celle de la publication du brevet, elle n'a pas établi la date devant être choisie pour statuer sur une question de double brevet relatif à une évidence. De plus, la Cour fédérale a également conclu que la décision dans l'arrêt *Whirlpool* reposait sur le caractère suffisant des éléments de preuve concernant la question de l'évidence et que tout commentaire dans l'arrêt *Whirlpool* concernant la date de publication dans le contexte de l'évaluation du double brevet n'était qu'une simple remarque incidente qui ne liait pas les tribunaux d'instance inférieure.

Dans le présent appel, l'appelante a fait valoir que *Mylan* C.A.F. ne devrait pas être suivie au motif que la décision de la Cour dans l'arrêt *Mylan* C.A.F. était contraire à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Whirlpool*.

Il s'agissait de déterminer si l'arrêt *Whirlpool* a conclu que la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets dans une affaire de double brevet doit être la date de publication du plus récent des deux brevets.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La décision dans l'arrêt *Mylan* C.A.F. n'est pas erronée et rien ne justifie que notre Cour s'en écarte. Dans l'arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême a déjà établi l'interprétation du brevet faisant l'objet du litige. Les références à une autre année, c.-à-d., 1981, visaient la question de savoir si les experts des parties pouvaient se prononcer sur la question de savoir si un changement dans le brevet constituait un changement évident. Il est peu probable que la Cour suprême ait tranché un important point du droit relatif au double brevet par simple implication, sans l'étudier directement. Le soin qui a été pris pour justifier l'utilisation de la date de publication d'un brevet comme date d'interprétation laisse croire que si la Cour suprême avait voulu trancher la question de la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets dans une affaire de double brevet relatif à une évidence, elle l'aurait fait explicitement. La question de la date de comparaison à utiliser dans des affaires de double brevet n'avait pas été examinée dans la jurisprudence de la Cour suprême ni dans la doctrine. Il serait donc pour le moins étonnant que la Cour suprême ait voulu trancher implicitement une question nouvelle. L'arrêt *Whirlpool* n'a pas déterminé que la date à utiliser pour

Mylan F.C.A., and in the case herein was driven by the fact that the parties chose to frame the issue in terms of the date for comparison of the claims of the patents in issue. Having conducted the analysis on the basis chosen by the parties, the Court should not be taken as having decided that this framework for analysis is the correct one. The fact that this issue has not arisen in this form in the past may be an indication that there are other ways to approach it.

Finally, in finding that the disclosure of the '784 patent was sufficient to teach a person skilled in the art how to make the invention claimed, the Federal Court relied on the same authorities as the appellant did in setting the test for sufficiency. The difference in their positions consisted in applying that test to the facts of the case. This turned on the Federal Court's preference for the evidence of the respondent's expert as opposed to that of the appellant's expert. The Court was in no position to second-guess the Federal Court's assessment of the expert evidence.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Patent Act, R.S.C. 1970, c. P-4.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28.1, 28.3.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES CITED

FOLLOWED:

Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc., 2016 FCA 119, [2017] 2 F.C.R. 280, affg 2015 FC 17, 129 C.P.R. (4th) 103.

CONSIDERED:

Whirlpool Corp. v. Camco Inc., 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, (1989), 60 D.L.R. (4th) 223; *Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625.

REFERRED TO:

Canada v. Craig, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*,

comparer les revendications de deux brevets en cause dans une affaire de double brevet est la date de publication du brevet le plus récent. La question reste donc entière. L'analyse dans les décisions antérieures, dans l'arrêt *Mylan C.A.F.* et en l'espèce a été dictée par le fait que les parties ont choisi de formuler les questions en litige en soulevant la question de la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets en cause. Même si nous avons fait l'analyse selon le cadre défini par les parties, il ne faudrait pas en déduire que nous avons décidé que ce cadre d'analyse était le bon. Le fait que cette question n'avait encore jamais été soulevée sous cette forme pourrait être une indication qu'il pourrait y avoir d'autres façons de l'examiner.

Enfin, en concluant que la divulgation du brevet '784 était suffisante pour qu'une personne versée dans l'art puisse fabriquer l'invention revendiquée, la Cour fédérale s'est fondée sur la même jurisprudence que l'appelante pour déterminer le critère relatif au caractère suffisant. La différence entre leurs positions résidait dans l'application de ce critère aux faits de l'affaire. Cela, à son tour, découle du fait que la Cour fédérale a privilégié la preuve de l'expert de l'intimée plutôt que celle de l'expert de l'appelante. La Cour n'est pas en mesure de mettre en doute l'évaluation faite par la Cour fédérale de la preuve des experts.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28.1, 28.3.
Loi sur les brevets, S.R.C. 1970, ch. P-4.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc., 2016 CAF 119, [2017] 2 R.C.F. 280, confirmant 2015 CF 17.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Whirlpool Corp. c. Camco Inc., 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623; *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada c. Craig, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*,

[1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265.

APPEAL from a decision of the Federal Court (2015 FC 875, 132 C.P.R. (4th) 319) allowing the respondent Eli Lilly Canada Inc.'s application for an order of prohibition to prevent the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the appellant. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Andrew Brodtkin, Sandon Shogilev and Jordan D. Scopa for appellant.
Jamie Mills and Chantal Saunders for respondents Eli Lilly Canada Inc. and ICOS Corporation.
 No one appearing for respondent Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for appellant.
Bordner Ladner Gervais LLP, Ottawa, for respondents Eli Lilly Canada Inc. and ICOS Corporation.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] PELLETIER J.A.: It is not often that a panel of this Court is asked to rule that another panel's decision, issued days before, was wrongly decided. But that is what we were asked to do in this appeal. We were asked to depart from the recent judgment of this Court in *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 FCA 119, [2017] 2 F.C.R. 280 (*Mylan F.C.A.*), on the ground that it did not follow the Supreme Court's decision in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*), a case which the appellant Apotex Inc. (Apotex) says decided the major issue in this appeal and in *Mylan F.C.A.* This is the fourth time the Federal Courts have been called upon to rule on whether Canadian Patent No. 2226784 (the '784 patent), which claims the use of tadalafil in the treatment

[1964] R.C.S. 49; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 875) qui a accueilli la demande d'ordonnance de l'intimée Eli Lilly Canada Inc. interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Andrew Brodtkin, Sandon Shogilev et Jordan D. Scopa pour l'appelante.
Jamie Mills et Chantal Saunders pour les intimées Eli Lilly Canada Inc. et ICOS Corporation.
 Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante.
Borden Ladner Gervais, s.e.n.c.r.l., s.r.l., Ottawa, pour les intimées Eli Lilly Canada Inc. et ICOS Corporation.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé le ministre de la Santé.

Voici la version française des motifs de jugement rendu par

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Il est rare qu'on demande à une formation de la Cour de conclure qu'une décision rendue par une autre formation, à peine quelques jours auparavant, était erronée. Cependant, c'est justement ce que l'on nous demande dans le présent appel. Il nous a été demandé de nous écarter du jugement rendu récemment par la Cour dans l'arrêt *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 CAF 119, [2017] 2 R.C.F. 280 (*Mylan C.A.F.*), au motif que ce jugement était contraire à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*), un arrêt qui, selon l'appelante Apotex Inc. (Apotex), a tranché la principale question en litige en l'espèce et dans l'arrêt *Mylan C.A.F.* Il s'agit de la

of erectile dysfunction, contains “patentably distinct” claims relative to an earlier patent covering tadalafil itself, Canadian Patent No. 2181377 (the '377 patent). In the other three cases, the Federal Courts have referred to *Whirlpool* but, for various reasons, found that it did not assist them in answering the question which the parties had put before them.

[2] It is incontrovertible that every panel of this Court speaks for the Court and that no panel of the Court sits in appeal of other panels. That said, the jurisprudence recognizes the right of the Court to overrule its prior jurisprudence in very narrow circumstances: *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149 (*Miller*). Apotex argues that the *Miller* criteria are met in this case because *Mylan F.C.A.* did not follow *Whirlpool*. Given this argument, it is incumbent on us to review *Whirlpool* to see if Apotex is right. Having done so, I agree that *Whirlpool* does not settle the question of the time at which to compare the claims of the two patents in issue in an obviousness-type double patenting case.

[3] Apotex makes a further argument in support of its appeal. It argues that the Federal Court erred in finding that the disclosure in the '784 patent was sufficient to teach the person skilled in the art how to make the invention claimed, in particular the hydrate of the claimed compound. In my view, this argument is without merit.

[4] I would therefore dismiss the appeal with costs.

I. BACKGROUND

[5] This appeal arises as a result of Apotex’s application for a notice of compliance (NOC) pursuant to the terms of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, which would enable it to

quatrième fois que les Cours fédérales ont été appelées à déterminer si le brevet canadien n° 2226784 (le brevet '784), qui revendique l’utilisation du tadalafil pour le traitement de la dysfonction érectile, contient des revendications suffisamment différentes de celles visées par le brevet antérieur portant sur le tadalafil lui-même, à savoir le brevet canadien n° 2181377 (le brevet '377), pour pouvoir être brevetables. Dans les trois autres instances, les Cours fédérales ont invoqué l’arrêt *Whirlpool*, mais ont conclu, pour des motifs variés, que cet arrêt ne les aidait pas à statuer sur la question dont elles avaient été saisies.

[2] Il est indéniable que chaque formation de la Cour parle au nom de la Cour et qu’aucune formation de la Cour ne siège en appel des autres formations. Cela étant dit, la jurisprudence reconnaît à la Cour le droit d’écarter sa jurisprudence dans des circonstances très restreintes : *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370 (*Miller*). Apotex fait valoir que les critères de l’arrêt *Miller* sont satisfaits en l’espèce, car la décision rendue dans l’arrêt *Whirlpool* n’a pas été suivie dans l’arrêt *Mylan C.A.F.* Vu cette affirmation, nous avons dû examiner l’arrêt *Whirlpool* pour déterminer si Apotex avait raison. Ayant fait cet examen, je reconnais que l’arrêt *Whirlpool* ne règle pas la question de la date à utiliser pour comparer les revendications des deux brevets en cause dans une instance portant sur le double brevet relatif à une évidence.

[3] Apotex invoque un autre argument à l’appui de son appel. Apotex soutient que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la divulgation du brevet '784 était suffisante pour qu’une personne versée dans l’art puisse fabriquer l’invention revendiquée, et plus précisément l’hydrate du composé revendiqué. Je suis d’avis que cet argument est sans fondement.

[4] Par conséquent, je rejetterais l’appel avec dépens.

I. LE CONTEXTE

[5] Le présent appel fait suite à la demande présentée par Apotex en vue d’obtenir un avis de conformité (AC) conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, pour

market its generic version of tadalafil. In its notice of allegation, Apotex contended that the '784 patent, which claims a monopoly on the use of tadalafil to treat erectile dysfunction, was invalid on various grounds. In particular, Apotex alleged that the relevant claims of the '784 patent claimed nothing new or inventive relative to the claims of the '377 patent, which claimed a number of compounds including tadalafil, for use as a medicine in humans. In doing so, Apotex was relying on the judge-made doctrine of double patenting. In response to Apotex's notice of allegation, Eli Lilly Canada Inc. (Eli Lilly), the holder of the rights under the '784 patent, brought an application for an order of prohibition to prevent the Minister of Health from issuing an NOC to Apotex.

[6] While these proceedings were underway, Eli Lilly faced an identical challenge from another generic, Mylan Pharmaceuticals ULC, which also alleged that the '784 was invalid by reason of double patenting. Eli Lilly's application to the Federal Court for an order of prohibition in that matter was heard in October 2014; judgment and reasons in favour of Eli Lilly, reported as 2015 FC 17, 129 C.P.R. (4th) 103 (*Mylan F.C.*), were issued in January 2015.

[7] Eli Lilly's application for prohibition in the Apotex matter was heard in May 2015 so that the Federal Court Judge hearing that application had the benefit of the reasons in *Mylan F.C.* in deciding the double patenting argument. The Federal Court's reasons and judgment allowing Eli Lilly's application for an order of prohibition issued on July 20, 2015 and were reported as [*Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*], 2015 FC 875, 132 C.P.R. (4th) 319 (*Apotex F.C.*).

[8] *Mylan F.C.* was appealed to this Court and, on April 20, 2016, *Mylan F.C.A.* issued. This Court rejected Mylan's arguments as to double patenting. The argument turned on the date at which the comparison between the claims of the '377 and '784 patents should be made. This Court decided that the contest was between the priority dates of the two patents and, that on the facts, the choice of date did not matter as the result was the same in both cases: see *Mylan F.C.A.*, at paragraph 52. A few days

commercialiser sa version générique du tadalafil. Dans son avis d'allégation, Apotex a fait valoir que le brevet '784, qui revendique un monopole relativement à l'utilisation du tadalafil pour le traitement de la dysfonction érectile, était invalide pour divers motifs. Apotex alléguait notamment que les revendications pertinentes du brevet '784 ne revendiquaient aucune nouveauté ou innovation par rapport aux revendications du brevet '377, qui portaient sur un certain nombre de composés, dont le tadalafil, pour usage comme médicaments chez les humains. Ce faisant, Apotex s'est fondée sur la règle jurisprudentielle du double brevet. En réponse à l'avis d'allégation d'Apotex, Eli Lilly Canada Inc. (Eli Lilly), titulaire des droits en vertu du brevet '784, a présenté une demande d'ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex.

[6] Pendant que cette procédure était en cours, Eli Lilly a fait l'objet d'une contestation identique de la part d'un autre fabricant de médicaments génériques, Mylan Pharmaceuticals ULC, qui alléguait aussi l'invalidité du brevet '784 pour cause de double brevet. La demande d'ordonnance d'interdiction présentée par Eli Lilly dans cette dernière affaire a été instruite en octobre 2014; le jugement en faveur d'Eli Lilly et les motifs (2015 CF 17 (*Mylan C.F.*)) ont été rendus en janvier 2015.

[7] Quant à l'affaire opposant Eli Lilly et Apotex, elle a été instruite en mai 2015; le juge de la Cour fédérale qui a entendu la demande a donc pu profiter des motifs rendus dans la décision *Mylan C.F.* pour statuer sur l'argument relatif au double brevet. Le jugement et les motifs de la Cour fédérale accueillant la demande d'interdiction d'Eli Lilly ont été rendus le 20 juillet 2015 [*Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*] (2015 CF 875 (*Apotex C.F.*)).

[8] Mylan a interjeté appel de la décision *Mylan C.F.* à notre Cour, et la décision *Mylan C.A.F.* a été rendue le 20 avril 2016. Notre Cour a rejeté les observations de Mylan relatives au double brevet. Ces observations portaient sur la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets '377 et '784. La Cour a tranché qu'il fallait tenir compte de la date de priorité des deux brevets et que, en fait, le choix de la date importait peu, puisque le résultat était le même dans les deux cas : voir

later, on May 5, 2016, this appeal from *Apotex* F.C. was heard. In the normal course, given that the double patenting issue is identical in both cases, this Court would have simply followed *Mylan* F.C.A. and rejected Apotex's double patenting argument on the basis that it had already decided this issue. Undeterred by this prospect, Apotex argued that *Mylan* F.C.A. should not be followed for the reasons set out above.

[9] As noted earlier, Apotex framed its argument in terms of *Miller* where this Court identified the circumstances in which it would overrule its prior decisions. At paragraph 10 of *Miller*, this Court held that it would not overturn a prior decision unless it was “manifestly wrong, in the sense that the Court overlooked a relevant statutory provision, or a case that ought to have been followed”. If the case that ought to have been followed is a decision of the Supreme Court, the doctrine of *stare decisis* would require us to follow the Supreme Court quite apart from any *dicta* in *Miller*: see *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at paragraphs 18–22.

II. THE EARLIER CASES

[10] Before reviewing the decisions in *Mylan* F.C. and *Apotex* F.C. (the earlier cases) which are the backdrop to this appeal, a few words about the science underlying the '377 and '784 patents are in order.

[11] Tadalafil is a member of a class of compounds known as PDE V inhibitors that interfere with an intercellular process that inhibits smooth muscle relaxation. The effect is thus to prolong smooth muscle relaxation. Smooth muscles are controlled by the autonomic nervous system, which means that they are not susceptible to voluntary control. Smooth muscles are found in various places including the heart, as well as other specialized tissue such as bronchial and vascular tissue. Smooth muscle relaxation can be useful in the treatment of conditions in which disordered smooth muscle contraction interferes with the normal functioning of human

Mylan C.A.F., au paragraphe 52. Quelques jours plus tard, le 5 mai 2016, l'appel de la décision *Apotex* C.F. a été entendu. En temps normal, la Cour aurait simplement suivi le jugement rendu dans l'arrêt *Mylan* C.A.F. et rejeté l'observation relative au double brevet d'Apotex au motif qu'elle avait déjà tranché la question, car la question du double brevet était identique dans les deux affaires. Sans se laisser dissuader, Apotex a fait valoir que la décision *Mylan* C.A.F. ne devrait pas être suivie, pour les motifs déjà indiqués.

[9] Comme nous l'avons mentionné précédemment, Apotex a invoqué l'arrêt *Miller*, qui énonce les circonstances dans lesquelles la Cour écartera ses décisions antérieures. Au paragraphe 10 de l'arrêt *Miller*, notre Cour a conclu qu'elle n'écartera pas une décision antérieure à moins qu'elle ne soit « manifestement erronée, du fait que la Cour n'aurait pas tenu compte de la législation applicable ou d'un précédent qui aurait dû être respecté ». Si la décision qui aurait dû être suivie en est une de la Cour suprême du Canada, alors la règle du *stare decisis* exigerait que nous suivions cette décision de la Cour suprême, même sans tenir compte de l'arrêt *Miller* : voir *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, aux paragraphes 18 à 22.

II. LES DÉCISIONS ANTÉRIEURES

[10] Avant d'examiner les décisions *Mylan* C.F. et *Apotex* C.F. (les décisions antérieures), lesquelles servent de toile de fond au présent appel, il y a lieu de revoir brièvement les fondements scientifiques des brevets '377 et '784.

[11] Le tadalafil fait partie d'une classe de composés désignés inhibiteurs de la PDE V, lesquels entravent un processus intercellulaire qui inhibe le relâchement des muscles lisses. Ces composés ont donc pour effet de prolonger le relâchement des muscles lisses. Les muscles lisses sont dirigés par le système nerveux autonome, ce qui signifie qu'ils ne sont pas soumis au contrôle volontaire. Les muscles lisses se trouvent à différents endroits du corps, notamment le cœur, ainsi qu'à d'autres tissus spécialisés tels que les tissus bronchiques et vasculaires. Le relâchement des muscles lisses peut être utile dans le traitement d'affections où la contraction désordonnée

physiological systems. The '377 patent claims a number of compounds including tadalafil “for use in the treatment of stable, unstable and variant angina, hypertension, pulmonary hypertension, chronic obstructive pulmonary disease, congestive heart failure, renal failure, atherosclerosis, conditions of reduced blood vessel patency, peripheral vascular disease, vascular disorders, inflammatory diseases, stroke, bronchitis, chronic asthma, allergic asthma, allergic rhinitis, glaucoma or diseases characterised by disorders of gut motility”.

[12] The tissue responsible for an erection in the human male is smooth muscle tissue. While it has long been known that an erection occurs when the penis becomes engorged with blood, it has taken some time to understand that this engorgement is the result of the relaxation of smooth muscles in structures in the penis known as *corposa cavernosa*. This understanding came to light in the period between the priority date of the '377 patent and the publication date of the '784 patent, which are the bookends for the discussion of the comparison date of the two patents.

[13] Turning now to the relevant issue in the earlier cases, it is undisputed that double patenting involves a comparison of the claims of the patents in issue, and not of the disclosure: *Whirlpool*, at paragraph 63. However, before the claims can be compared, they must be construed. Construction is done from the point of view the person skilled in the art, using the general knowledge common to such skilled persons at the material date. In the earlier cases, the critical issue was the date at which the claims of the two patents were to be compared, an issue whose relevance was a function of the evolution of the common general knowledge between the earliest and the latest candidates for the comparison date.

[14] There are three dates that recur in the discussion that follows. The first is the priority date which is the

des muscles lisses nuit au fonctionnement normal des systèmes physiologiques humains. Le brevet '377 revendique un certain nombre de composés, dont le tadalafil [TRADUCTION] « dans le traitement de l’angine stable ou instable ou de l’angine de Prinzmetal, de l’hypertension, de l’hypertension pulmonaire, de la maladie pulmonaire obstructive chronique, de l’insuffisance cardiaque, de l’insuffisance rénale, de l’athérosclérose, des affections liées à une diminution de la perméabilité des vaisseaux sanguins, de la maladie vasculaire périphérique, d’affections vasculaires, de maladies inflammatoires, de l’accident vasculaire cérébral, de la bronchite, de l’asthme chronique, de l’asthme allergique, de la rhinite allergique, du glaucome ou des maladies caractérisées par des troubles de la motilité intestinale ».

[12] Chez l’homme, les tissus responsables de l’érection sont des muscles lisses. Bien que l’on sache depuis longtemps qu’il y a érection lorsque le pénis devient engorgé de sang, il a fallu un certain temps avant de comprendre que cet engorgement était dû au relâchement des muscles lisses dans les structures du pénis appelées corps caverneux. Ces connaissances ont été mises en lumière durant la période comprise entre la date de priorité du brevet '377 et la date de publication du brevet '784, qui délimitent la période qui comprend la date de la comparaison des deux brevets.

[13] Si l’on revient maintenant à la question soulevée dans les décisions antérieures, il est clair que l’examen du double brevet exige une comparaison des revendications des brevets en cause plutôt que des divulgations : *Whirlpool*, au paragraphe 63. Cependant, avant de pouvoir comparer les revendications, il faut d’abord les interpréter. Cette interprétation doit être faite du point de vue d’une personne versée dans l’art, en se basant sur les connaissances générales courantes de ces personnes à la date pertinente. Dans les décisions antérieures, la principale question était de déterminer la date à laquelle les revendications des deux brevets devaient être comparées, une question dont la pertinence découlait de l’évolution des connaissances générales courantes entre la date la plus ancienne et la date la plus récente retenues aux fins de comparaison.

[14] Trois dates reviennent dans la discussion qui suit. La première est la date de priorité, c’est-à-dire la date

date of an international filing, or of another Canadian filing, as of which a Canadian patent application claims priority. The second is the filing date, which is the date of the filing of the patent application in the Canadian Patent Office. Not every patent has a priority date but all have a filing date. The last date is the publication date of the patent, which occurs at the end of a confidentiality period of 18 months—which can be shorter at the applicant’s request—which begins on the earlier of the priority date or the filing date of a patent.

[15] In addition, section 28.1 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act) provides that the date of a claim in a patent application is the filing date or, if there is one, the priority date. Further, section 28.3 of the Act provides that the date for assessing obviousness (not necessarily obviousness double patenting) is the claim date.

[16] In *Mylan F.C.*, the Federal Court rejected the priority date of the '784 patent as the date for comparison of the claims of the two patents under discussion:

.... this priority date of the '784 Patent [the later patent] cannot be the relevant date. One cannot read into the claims of the first patent more than what would have been understood by the person skilled in the art at the claim date when comparing the claims of the second patent to those of the first patent.

Mylan F.C., at paragraph 134.

[17] The Court assessed Mylan’s double patenting argument as of the priority date of the '377 patent. The Federal Court found that, as of that date, it would not have been obvious to a person skilled in the art that tadalafil could be used to treat erectile dysfunction, particularly via oral administration. The Court then went on to consider if the result would be different if patent comparison occurred as of the priority date of the '784 patent, a date that it had previously discarded. The relevant change in the state of the art was the publication

d’un dépôt à l’étranger, ou d’un autre dépôt au Canada, à partir de laquelle une demande de brevet canadien revendique la priorité. La deuxième est la date de dépôt, qui est la date à laquelle la demande de brevet est déposée au Bureau des brevets du Canada. Ce ne sont pas tous les brevets qui ont une date de priorité, mais tous ont une date de dépôt. Enfin, la dernière date est la date de publication du brevet, qui survient à la fin d’une période de non-consultation de 18 mois — laquelle peut être plus courte si le demandeur le souhaite — et débute à la date de priorité ou à la date de dépôt du brevet, selon celle qui survient en premier.

[15] De plus, selon l’article 28.1 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), la date de la revendication d’une demande de brevet est la date de dépôt ou, s’il en existe une, la date de priorité. L’article 28.3 de la Loi prévoit en outre que la date pour évaluer l’évidence (et non nécessairement le double brevet relatif à une évidence) est la date de la revendication.

[16] Dans la décision *Mylan C.F.*, la Cour fédérale a écarté la date de priorité du brevet '784 comme date à utiliser pour comparer les revendications des deux brevets en cause :

[...] cette date de priorité pour le brevet '784 [le brevet le plus récent] ne peut pas être la date pertinente. On ne peut pas lire dans les revendications du premier brevet plus que ce que la personne versée dans l’art aurait compris à la date de revendication au moment de comparer les revendications du second brevet à celles du premier brevet.

Mylan C.F., au paragraphe 134.

[17] La Cour a donc évalué l’argument relatif au double brevet invoqué par Mylan en tenant compte de la date de priorité du brevet '377. La Cour fédérale a conclu qu’à cette date, il n’aurait pas été évident pour une personne versée dans l’art que le tadalafil pouvait être utilisé pour traiter la dysfonction érectile, notamment par voie orale. La Cour s’est ensuite demandé si le résultat serait différent si la comparaison était faite à la date de priorité du brevet '784, une date qu’elle avait précédemment écartée. Le changement pertinent dans

of the Canadian patent covering sildenafil (the '902 patent¹), the active ingredient in the drug marketed as Viagra. The Court ultimately concluded that the publication of the '902 patent did not make it obvious to a person skilled in the art that tadalafil could be used to treat erectile dysfunction.

[18] In both cases, the choice between the priority dates of the patents in question was not determinative of the double patenting issue because the claims of the '784 patent were found to be patentably distinct from those of the '377 patent as of either date.

[19] The Federal Court did not address the possibility that the comparison date might be the publication date of either of the patents, probably because the parties framed their arguments in terms of the priority date of the '784 patent: see *Mylan F.C.*, at paragraph 134. As for *Whirlpool*, the Federal Court found that it was of no assistance because it did not consider the issue of the comparison date: see *Mylan F.C.*, at paragraph 133.

[20] In *Apotex F.C.*, which is the decision under appeal, Apotex argued before the Federal Court that the comparison date was the publication date of the '784 patent while Eli Lilly argued that it was the priority date of the '377 patent: see *Apotex F.C.*, at paragraph 71. The Court's work was made easier by the fact that the parties agreed on the outcome of the analysis on each of these dates. Specifically, Apotex conceded in oral argument that the claims of the '784 patent would not be obvious over the claims of the '377 patent as of the priority date of the '377 patent. On the other hand, Eli Lilly did not contest that the relevant claims of the '784 patent would be void for double patenting if the date for comparison of the claims of both patents was the publication date of the '784 patent: *Apotex F.C.*, at paragraphs 72–74.

l'état de la technique était la publication du brevet canadien pour le sildénafil (le brevet '902¹), le principe actif du médicament commercialisé sous le nom de Viagra. La Cour a finalement conclu que la publication du brevet '902 n'avait pas rendu évident, pour une personne versée dans l'art, que le tadalafil pouvait être utilisé pour traiter la dysfonction érectile.

[18] Dans les deux cas, le choix de la date de priorité des brevets en cause n'était pas déterminante pour la question relative au double brevet, car il a été conclu que les revendications du brevet '784 étaient, aux deux dates, suffisamment distinctes de celles du brevet '377 pour être brevetables.

[19] La Cour fédérale n'a pas étudié la possibilité d'utiliser la date de publication de l'un ou l'autre brevet aux fins de comparaison, probablement parce que les parties ont formulé leurs arguments en tenant compte de la date de priorité du brevet '784 : voir *Mylan C.F.*, au paragraphe 134. Quant à l'arrêt *Whirlpool*, la Cour fédérale a conclu que celui-ci n'était d'aucune aide, puisqu'il n'abordait pas la question de la date à retenir aux fins de comparaison : voir *Mylan C.F.*, au paragraphe 133.

[20] Dans la décision *Apotex C.F.*, qui est la décision faisant l'objet de l'appel, Apotex a soutenu devant la Cour fédérale que la date de la comparaison devait être la date de publication du brevet '784, alors qu'Eli Lilly a fait valoir qu'il fallait utiliser la date de priorité du brevet '377 : voir *Apotex C.F.*, au paragraphe 71. Le travail de la Cour a été facilité par le fait que les parties se sont entendues quant à l'analyse découlant de chacune de ces dates. Plus précisément, Apotex a reconnu au cours des plaidoiries que les revendications du brevet '784 n'auraient pas été évidentes par rapport à celles du brevet '377 à la date de priorité du brevet '377. Pour sa part, Eli Lilly n'a pas contesté le fait que les revendications pertinentes du brevet '784 seraient nulles pour cause de double brevet si la date choisie pour la comparaison des revendications des deux brevets était la date de publication du brevet '784 : *Apotex C.F.*, aux paragraphes 72 à 74.

¹ Editor's Note: '902 refers to the American patent application. The equivalent Canadian patent number is 2163446.

¹ Note de l'arrêstiste : '902 renvoi à la demande de brevet américain. Le brevet canadien équivalent porte le numéro 2163446.

[21] Given that the Federal Court had assessed double patenting as of the priority date of the '377 patent in *Mylan F.C.*, Eli Lilly argued that the Court should follow that decision and assess double patenting as of the same date. This led the Federal Court to consider whether it should follow *Mylan F.C.* as a matter of judicial comity. A number of arguments were made in that context but, for our purposes, there are two relevant conclusions.

[22] Apotex argued that the Federal Court should depart from *Mylan F.C.* because in that case the Federal Court erred in not selecting the publication date of the '784 patent as the comparison date, as taught by the Supreme Court decision in *Whirlpool*.

[23] The Federal Court rejected this argument. It found that while the Supreme Court ruled that the date for construction of the claims of a patent is its publication date, it did not decide as of which date courts should decide obviousness double patenting. Furthermore, the Court held that the decision in *Whirlpool* turned on a question of the sufficiency of the evidence on the issue of obviousness: see *Apotex F.C.*, at paragraph 124. As a result, any comments in *Whirlpool* dealing with the publication date in the context of the double patenting analysis were, in the Federal Court's view, simply *obiter dicta* and thus not binding on lower courts: see *Apotex F.C.*, at paragraph 125.

[24] The second relevant conclusion is found at paragraph 135 of the Federal Court's reasons [*Apotex F.C.*] where the following appears:

The issue of the correct date for undertaking the double patenting analysis is therefore moot as the same result obtains if the analysis is undertaken as of the priority date of either the 377 Patent or of the 784 Patent. Given the comity principle and the lack of authority on the point, I prefer not to make a firm determination on the point as under either of the two possible dates the same result obtains.

[21] Comme la Cour fédérale avait évalué la question du double brevet en tenant compte de la date de priorité du brevet '377 dans la décision *Mylan C.F.*, Eli Lilly a fait valoir que la Cour devrait suivre cette décision et évaluer la question du double brevet à la même date. Cela a amené la Cour fédérale à se demander si elle ne devrait pas suivre la décision rendue dans *Mylan C.F.*, par courtoisie judiciaire. Un certain nombre d'arguments ont été formulés dans ce contexte, mais, pour le présent appel, deux conclusions sont pertinentes.

[22] Apotex a soutenu que la Cour fédérale devrait s'écarter de la décision rendue dans *Mylan C.F.*, car la Cour avait commis une erreur dans cette affaire en ne choisissant pas la date de publication du brevet '784 comme date de comparaison, comme l'avait enseigné la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Whirlpool*.

[23] La Cour fédérale a rejeté cet argument. La Cour fédérale a conclu que, bien que la Cour suprême ait établi que la date pertinente aux fins de l'interprétation des revendications d'un brevet était celle de la publication du brevet, elle n'a pas établi la date devant être choisie pour statuer sur une question de double brevet relatif à une évidence. De plus, la Cour a conclu que la décision dans l'arrêt *Whirlpool* reposait sur le caractère suffisant des éléments de preuve concernant la question de l'évidence : voir *Apotex C.F.*, au paragraphe 124. Par conséquent, tout commentaire dans l'arrêt *Whirlpool* concernant la date de publication dans le contexte de l'évaluation du double brevet n'était, de l'avis de la Cour fédérale, qu'une simple remarque incidente qui ne liait pas les tribunaux d'instance inférieure : voir *Apotex C.F.*, au paragraphe 125.

[24] La deuxième conclusion pertinente est énoncée au paragraphe 135 des motifs de la Cour fédérale [*Apotex C.F.*], qui se lit comme suit :

La question de savoir quelle est la date pertinente aux fins de l'analyse concernant le double brevet est donc théorique, puisque le résultat est le même que l'analyse se rapporte à la date de priorité du brevet 377 ou à celle du brevet 784. Compte tenu du principe de courtoisie judiciaire et de l'absence de jurisprudence en la matière, je préfère ne pas me prononcer fermement sur ce point, puisque l'issue est la même que l'une ou l'autre date soit retenue.

[25] This conclusion anticipates and is based upon a careful analysis of the evidence as to the common general knowledge of the person skilled in the art as of these two dates: see *Apotex F.C.*, at paragraphs 136–168.

[26] In the end result, the Federal Court found that, whether one chose one priority date or the other as the comparison date, the claims of the '784 patent were patentably distinct from the claims of the '377 patent. Apotex's allegations of double patenting were therefore dismissed.

[27] Given the pleadings of the parties and the findings of the Federal Court in *Apotex F.C.*, the sole double patenting issue in this appeal is whether, as Apotex asserts, *Whirlpool* decided that the date for comparison of the claims of the patents in a double patenting case is the publication date of the later of the two patents. If Apotex is correct, both *Apotex F.C.* and *Mylan F.C.A.* (and, by extension, *Mylan F.C.*) are wrongly decided.

III. WHAT DID *WHIRLPOOL* DECIDE?

[28] The issue in *Whirlpool* was whether the claims of the later patent, the '734 patent [Canadian Patent No. 1095734], which claimed flexible vanes on a dual action washing machine agitator were patentably distinct from the claims of the earlier patent, the '803 patent [Canadian Patent No. 1049803], which simply claimed “vanes” on a dual action agitator. A dual action agitator was a washing machine agitator which had an upper agitator which forced water and the washing machine load onto the lower agitator which rotated back and forth. In the '734 patent, the upper agitator came in two varieties: continuous operation and intermittent operation. Only the claims relating to intermittent dual action machines were in issue in the double patenting analysis.

[29] Binnie J., writing for the Court, began his analysis with a careful examination of the date at which the

[25] Cette conclusion s'appuie sur une analyse approfondie des éléments de preuve concernant les connaissances générales courantes d'une personne versée dans l'art à ces deux dates : voir *Apotex C.F.*, aux paragraphes 136 à 168.

[26] La Cour fédérale a finalement conclu que, quelle que soit la date de priorité retenue pour la comparaison, les revendications du brevet '784 étaient, aux deux dates, suffisamment différentes de celles du brevet '377 pour être brevetables. Les allégations de double brevet d'Apotex ont donc été rejetées.

[27] Compte tenu des actes de procédure des parties et des conclusions de la Cour fédérale dans la décision *Apotex C.F.*, la seule question en l'espèce concernant le double brevet consiste à déterminer si, comme le prétend Apotex, l'arrêt *Whirlpool* a conclu que la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets dans une affaire de double brevet doit être la date de publication du plus récent des deux brevets. Si Apotex a raison, les décisions dans *Apotex C.F.* et *Mylan C.A.F.* (et, par extension, *Mylan C.F.*) sont toutes deux erronées.

III. QU'A DÉCIDÉ L'ARRÊT *WHIRLPOOL*?

[28] Dans l'arrêt *Whirlpool*, la Cour suprême devait déterminer si les revendications du brevet le plus récent, le brevet '734 [brevet canadien n° 1095734], qui portaient sur les ailettes flexibles d'un agitateur à double effet pour une machine à laver, étaient suffisamment différentes des revendications d'un brevet antérieur, le brevet '803 [brevet canadien n° 1049803], qui portaient seulement sur les « ailettes » d'un agitateur à double effet, pour être brevetables. L'agitateur à double effet était un agitateur d'une machine à laver ayant un agitateur supérieur qui poussait l'eau et la charge à laver vers un agitateur inférieur qui oscillait dans les deux directions. Dans le brevet '734, l'agitateur supérieur pouvait fonctionner de façon intermittente ou continue. Seules les revendications concernant les machines à laver à double effet intermittent faisaient l'objet de l'évaluation du double brevet.

[29] Le juge Binnie, au nom de la Cour, a commencé son analyse en faisant un examen en profondeur de la

claims of a patent should be construed. He held that the correct date was the publication date of the patent. All the patents in suit in *Whirlpool* were issued prior to October 1, 1989 and were therefore subject to the terms of the “old” *Patent Act* [R.S.C. 1970, c. P-4]. Under that Act, the publication date of a patent was its issue date. As noted earlier, the publication date of a patent under the current regime is at the end of the confidentiality period.

[30] Binnie J. then went on to address the issue of the construction of the '803 patent. He noted that, contrary to the usual case, the party challenging the patent was arguing for a broad interpretation of the claims of the patent while the patent holder argued for a narrow interpretation of those claims. This was so, he said, because of the appellant’s desire “to broaden the '803 patent to set up their argument for the invalidity of the later '734 patent”: *Whirlpool*, at paragraph 51. Binnie J. reviewed the trial Judge’s reasons and found that, in light of the evidence, it was open to the trial Judge to conclude that as of the date of issuance of the patent (and thus, its publication) the claims of the '803 patent referred only to rigid vanes.

[31] The next step in the analysis was the construction of the '734 patent. This was done under the heading of “If the '803 Patent Claims Properly Construed do not include Flex Vanes, is the '734 Patent Nevertheless Invalid Because of Double Patenting?”. Binnie J. began this analysis by setting out the law as to double patenting and, in particular, the distinction between “same invention” double patenting and “obviousness” double patenting. The latter, wrote Binnie J., “prohibits the issuance of a second patent with claims that are not ‘patentably distinct’ from those of the earlier patent”: *Whirlpool*, at paragraph 66.

date à retenir pour l’interprétation des revendications d’un brevet. Il a conclu que la date pertinente à cette fin était la date de publication du brevet. Tous les brevets en cause dans l’arrêt *Whirlpool* avaient été délivrés avant le 1^{er} octobre 1989; ils étaient donc assujettis aux dispositions de l’« ancienne » *Loi sur les brevets* [S.R.C. 1970, ch. P-4]. Selon cette loi, la date de publication d’un brevet était sa date de délivrance, alors que, comme nous l’avons mentionné précédemment, la date de publication d’un brevet assujetti au régime actuellement en vigueur est la fin de la période de non-consultation.

[30] Le juge Binnie s’est ensuite penché sur la question de l’interprétation du brevet '803. Il a souligné que, contrairement aux affaires habituelles, les parties qui contestaient le brevet dans cette affaire plaidaient en faveur d’une interprétation large des revendications du brevet, alors que le titulaire du brevet en demandait au contraire une interprétation restrictive. Il en était ainsi, selon le juge, en raison de « la volonté des appelantes d’élargir la portée du brevet '803 pour qu’elles puissent avancer leur argument relatif à l’invalidité du brevet '734 ultérieur » : *Whirlpool*, au paragraphe 51. Le juge Binnie a examiné les motifs du juge de première instance et a conclu, à la lumière des éléments de preuve, que ce juge pouvait conclure que les revendications du brevet '803, à sa date de délivrance (et, donc, à sa date de publication), ne faisaient référence qu’aux ailettes rigides.

[31] Il a ensuite procédé à l’interprétation du brevet '734. Cette analyse a été présentée sous la rubrique « Si les revendications du brevet '803, correctement interprétées, n’incluent pas les ailettes flexibles, le brevet '734 est-il néanmoins invalide pour cause de double brevet? ». Le juge Binnie a commencé cette analyse en exposant les règles de droit concernant le double brevet, et plus précisément en faisant la distinction entre un double brevet relatif à la « “même invention” » et un double brevet relatif à une « “évidence” ». Le dernier type de brevet, a écrit le juge Binnie, « interdit la délivrance d’un deuxième brevet dont les revendications ne visent pas un “élément brevetable distinct” de celui visé par les revendications du brevet antérieur » : *Whirlpool*, au paragraphe 66.

[32] Having set out the law, Binnie J. turned to the evidence. Once again deferring to the trial Judge's conclusions, he wrote that:

.... What distinguished '734 technology from '803 technology in respect of the intermittent drive claims was the substitution of flex vanes for rigid vanes, as the trial judge noted at pp. 189-90: “[t]he essence of the invention is the unique wash system produced by the combination of flex vanes with dual action agitation”.

Whirlpool, at paragraph 69.

[33] In light of this construction, were the claims of the '734 patent “patentably distinct” from the claims of the '803 patent? This question led to a discussion of the evidence of the competing experts in the case. The trial Judge had discounted the evidence of the appellant's expert on the basis that he had little experience with dual action agitators, an assessment with which Binnie J. agreed. On the other hand, Binnie J. found the respondent's expert should not have been relied upon because he was an engineer who had worked in the respondent's product development group. Binnie J. found that he was, therefore, not a “satisfactory proxy for the ‘ordinary worker’”: see *Whirlpool*, at paragraph 70. The “ordinary worker” is the person skilled in the art, sometimes referred to as the person of ordinary skill in the art—often identified by the acronym POSITA.

[34] Binnie J.'s discussion of the state of the art is the basis for Apotex's argument that the comparison date is the publication date of the later patent. After having confirmed that the trial Judge was entitled to reject the evidence of the respondent's expert because he was a member of the respondent's product development group, Binnie J. turned to the qualifications of the appellant's expert who had no experience with dual action washing machines. Binnie J. set out the factual context:

[32] Après avoir énoncé les règles de droit, le juge Binnie a examiné les éléments de preuve. Montrant à nouveau de la retenue à l'égard des conclusions du juge de première instance, le juge Binnie a écrit ce qui suit :

[...] Ce qui distinguait la technologie du brevet 734 de celle du brevet 803, sur le plan des revendications relatives à l'entraînement intermittent, était le remplacement des ailettes rigides par des ailettes flexibles, comme le juge de première instance l'a souligné au par. 170 : « [l']essence de l'invention est le système unique de lavage résultant du jumelage d'ailettes flexibles et de l'agitation à double effet ».

Whirlpool, au paragraphe 69.

[33] À la lumière de cette interprétation, les revendications du brevet '734 comportaient-elles des « éléments brevetables distincts » de celles du brevet '803? Cette question a mené à un examen des témoignages des témoins experts des parties. Le juge de première instance a donné moins de poids à la preuve de l'expert des appelantes, pour le motif qu'il avait peu d'expérience des agitateurs à double effet, une évaluation avec laquelle le juge Binnie était d'accord. Le juge Binnie a toutefois estimé qu'il n'aurait pas fallu se fier à l'expert des intimées, car c'était un ingénieur qui avait travaillé au service de développement des produits de l'une des intimées. Le juge Binnie a conclu que cet expert n'était donc pas très représentatif du « “travailleur moyen” » : voir *Whirlpool*, au paragraphe 70. Le « travailleur moyen » est la personne versée dans l'art, qui est aussi parfois désignée personne moyennement versée dans l'art.

[34] Apotex s'est fondée sur la discussion du juge Binnie au sujet de l'état de la technique pour faire valoir que la date de publication du dernier brevet est la date de comparaison. Après avoir confirmé que le juge de première instance pouvait rejeter les éléments de preuve de l'expert des intimées parce qu'il avait fait partie du service de développement des produits de l'une des intimées, le juge Binnie s'est penché sur les qualifications de l'expert des appelantes, qui n'avait aucune expérience des machines à laver à double effet. Le juge Binnie a décrit en ces termes le contexte factuel :

At the date the '734 patent issued (February 17, 1981), dual action machines no longer constituted esoteric technology intelligible only to the initiated. Dual action machines had been public since June 1975 — almost six years prior to issuance of the '734 patent. The '401 and '803 “dual action” patents had issued in Canada on January 2, 1979, and March 6, 1979, respectively, and in the United States considerably earlier than that. They were not prior art opposable to the validity of the '734 patent because they were co-pending in the Canadian Patent Office, but by 1981 dual action machines and the earlier patents were nevertheless well known and available to those with “a practical interest in the subject matter of [the] invention” (*Catnic, supra*, at p. 242).

Whirlpool, at paragraph 73.

[35] In the next paragraph, Binnie J. continued his analysis of the weakness of the appellant’s witness’ evidence:

.... The trial judge was concerned, as I read his opinion, that Mr. Mellinger’s testimony was not supported by the level of practical understanding of dual action washing machines that by 1981 was common knowledge among the skilled workers who were interested in this end of the washing machine business. Dual action agitators were, after all, big news for these people in the late 1970s.

Whirlpool, at paragraph 74.

[36] Apotex has fastened on the repeated references to 1981, the publication date of the '377 patent, to argue that Binnie J. would have assessed double patenting as of that date. At this point in his analysis, Binnie J. has already settled on the construction of the '734 patent: see *Whirlpool*, at paragraph 69. These references to 1981 occur in the context of the ability of the parties’ experts to comment on whether the change from rigid to flexible vanes was obvious. Apotex argues that this demonstrates Binnie J.’s intention to decide the question of double patenting as of the date of the publication date of the later of the two patents.

À la date de la délivrance du brevet 734 (le 17 février 1981), les machines à double effet ne constituaient plus une technologie ésotérique que seuls les initiés pouvaient comprendre. Les machines à double effet avaient été mises en marché en juin 1975 — soit presque six ans avant la délivrance du brevet 734. Les brevets 401 et 803 relatifs au « double effet » avaient été délivrés au Canada les 2 janvier 1979 et 6 mars 1979, respectivement, et bien avant cela aux États-Unis. Il n’y avait aucune antériorité opposable à la validité du brevet 734 étant donné que les demandes de brevet étaient simultanément en instance devant le Bureau canadien des brevets, mais, dès 1981, les machines à double effet et les brevets antérieurs étaient néanmoins bien connus et disponibles pour ceux qui avaient [TRADUCTION] « un intérêt concret dans l’objet de [l]’invention » (*Catnic*, précité, à la p. 242).

Whirlpool, au paragraphe 73.

[35] Dans le paragraphe suivant, le juge Binnie a poursuivi en ces termes son analyse de la faiblesse de la preuve du témoin des appelantes :

[...] Si je comprends bien, le juge de première instance craignait que le témoignage de M. Mellinger ne soit pas étayé par le niveau de compréhension concrète des laveuses à double effet qui, dès 1981, faisait partie des connaissances usuelles des travailleurs versés dans l’art qui s’intéressaient à cet aspect de l’industrie des laveuses. Après tout, les agitateurs à double effet étaient une grande nouveauté pour ces gens vers la fin des années 1970.

Whirlpool, au paragraphe 74.

[36] Apotex s’est basée sur les références répétées à l’année 1981, date de publication du brevet '377, pour faire valoir que le juge Binnie avait évalué la question du double brevet en tenant compte de cette date. Or, à cette étape de son analyse, le juge Binnie avait déjà établi l’interprétation du brevet '734 : voir *Whirlpool*, au paragraphe 69. Ces références à l’année 1981 visaient la question de savoir si les experts des parties pouvaient se prononcer sur la question de savoir si le remplacement des ailettes rigides par des ailettes flexibles constituait un changement évident. Apotex soutient que cela indique l’intention du juge Binnie de trancher la question du double brevet en tenant compte de la date de publication du dernier des deux brevets.

[37] While this line of argument has a certain appeal, there are a number of factors which lead away from the conclusion urged by Apotex. It is, in my view, improbable that Binnie J. would settle a significant point in the law of double patenting by implication and without addressing it directly. The care taken to justify the publication date of a patent as the date at which it is to be construed suggests that if Binnie J. intended to decide the issue of the comparison date of the claims of the patents in an obviousness double patenting suit, he would do so explicitly.

[38] Furthermore, the issue of the comparison date in double patenting cases had not arisen previously in the Supreme Court jurisprudence, nor in the works of the text book writers. It would be surprising, to say the least, if Binnie J. purported to deal with a novel question by implication. This is all the more so when one considers that the issue was there to be addressed if the Court chose to do so. Binnie J. flagged the fact that the state of the common general knowledge had evolved between the date of the date of the invention, the date of the filing of the '734 patent, and the latter's publication date: see *Whirlpool*, at paragraph 55. In those circumstances, I can only conclude that Binnie J.'s reticence on the point was deliberate and that he did not intend to settle that particular question.

[39] For these reasons, I do not agree that *Whirlpool* has decided that the date at which the claims of the two patents in issue in a double patenting case are to be compared is the date of publication of the later patent. This remains an open question.

[40] I might add that the analysis in the earlier cases, in *Mylan F.C.A.*, and in this case was driven by the fact that the parties chose to frame the issue in terms of the date for comparison of the claims of the patents in issue. Having conducted the analysis on the basis chosen by the parties, we should not be taken as having decided that this framework for analysis is the correct one. The fact that this issue has not arisen in this form in the past may be an indication that there may be other ways to approach it. Perhaps, the Court, having construed the claims of each of the patents with the assistance of the

[37] Bien que cette argumentation présente un certain intérêt, plusieurs facteurs nous amènent à rejeter la conclusion préconisée par Apotex. J'estime qu'il est peu probable que le juge Binnie ait tranché un important point du droit relatif au double brevet par simple implication, sans l'étudier directement. Le soin qui a été pris pour justifier l'utilisation de la date de publication d'un brevet comme date d'interprétation laisse croire que si le juge Binnie avait voulu trancher la question de la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets dans une affaire de double brevet relatif à une évidence, il l'aurait fait explicitement.

[38] De plus, la question de la date de comparaison à utiliser dans des affaires de double brevet n'avait pas été examinée dans la jurisprudence de la Cour suprême ni dans la doctrine. Il serait donc pour le moins étonnant que le juge Binnie ait voulu trancher implicitement une question nouvelle, d'autant plus que, si la Cour avait voulu examiner la question, elle aurait pu le faire. Le juge Binnie a souligné le fait que les connaissances générales courantes avaient évolué entre la date de l'invention, la date de dépôt du brevet '734 et la date de publication de ce brevet : voir *Whirlpool*, au paragraphe 55. Eu égard à ces faits, je ne peux que conclure que la réticence du juge Binnie sur ce point était délibérée et qu'il n'avait nullement l'intention de trancher cette question précise.

[39] Pour ces motifs, je ne suis pas d'accord pour dire que l'arrêt *Whirlpool* a déterminé que la date à utiliser pour comparer les revendications de deux brevets en cause dans une affaire de double brevet est la date de publication du brevet le plus récent. La question reste donc entière.

[40] Je me permettrais d'ajouter que l'analyse dans les décisions antérieures, dans l'arrêt *Mylan C.A.F.* et en l'espèce a été dictée par le fait que les parties ont choisi de formuler les questions en litige en soulevant la question de la date à utiliser pour comparer les revendications des brevets en cause. Même si nous avons fait l'analyse selon le cadre défini par les parties, il ne faudrait pas en déduire que nous avons décidé que ce cadre d'analyse était le bon. Le fait que cette question n'avait encore jamais été soulevée sous cette forme pourrait être une indication qu'il pourrait y avoir

persons skilled in the art, simply compares the claims and decides whether the later claims are patentably distinct from the earlier claims on the basis of the insights which it has gained in the course of the construction of the patents. This appears to be what was done in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, and more recently in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265. This is not to argue that this approach is any more correct than the comparison date approach but rather that, going forward, parties should not feel that they are locked into the framework chosen by the parties in these cases.

[41] That said, on the basis of my conclusion as to what *Whirlpool* decided, I find that Apotex's argument that *Mylan* F.C.A. was wrongly decided fails; there is no reason for us to depart from it.

IV. INSUFFICIENCY

[42] Apotex's second ground of appeal is that the Federal Court erred in its conclusion that the specification of the '784 patent taught a person skilled in the art how to proceed from the manufacture of tadalafil itself to a solvate of tadalafil, more specifically a hydrate. The distinction between a solvate and a hydrate was set out by the Federal Court, at paragraph 23 of its reasons:

.... A solvate is a physical form of a chemical compound that is a crystalline solid containing a solvent incorporated within the crystal structure. A hydrate is a solvate in which the incorporated solvent is water.

[43] The specification itself does not teach how this is to be done. Apotex's evidence tended to show that a person skilled in the art would have to engage in experimentation beyond what would be considered routine and the results were not guaranteed. The Federal Court

d'autres façons de l'examiner. Il se pourrait que la Cour, après avoir interprété les revendications de chacun des brevets avec l'aide de personnes versées dans l'art, se contente de comparer les revendications et de déterminer si les revendications du brevet le plus récent comprennent des éléments brevetables distincts de celles des brevets antérieurs à la lumière de la compréhension acquise lors de l'interprétation des brevets. C'est ce qui semble avoir été fait dans l'arrêt *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, et, plus récemment, dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265. Cela ne signifie pas que cette approche soit meilleure que celle basée sur la date de comparaison, mais plutôt qu'à l'avenir, les parties ne devraient pas avoir l'impression d'être obligées d'utiliser le cadre choisi par les parties dans ces affaires.

[41] Cela étant dit, en me fondant sur ma conclusion quant à la question tranchée dans l'arrêt *Whirlpool*, je suis d'avis que l'argument d'Apotex selon lequel la décision dans l'arrêt *Mylan* C.A.F. était erronée ne tient pas; rien ne justifie donc que nous nous en écartions.

IV. INSUFFISANCE

[42] Selon le deuxième motif d'appel d'Apotex, la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le mémoire descriptif du brevet '784 enseignait à la personne versée dans l'art comment passer de la fabrication du tadalafil proprement dit à la fabrication d'un solvate du tadalafil, plus précisément un hydrate. La Cour fédérale a défini en ces termes la différence entre un solvate et un hydrate au paragraphe 23 des motifs de son jugement :

[...] Un solvate est la forme sous laquelle se trouve un composé chimique, en l'occurrence un solide cristallin, qui a intégré un solvant dans sa structure cristalline. Un hydrate est un solvate dans lequel le solvant intégré est l'eau.

[43] Le mémoire descriptif lui-même n'enseigne pas comment le faire. Les éléments de preuve présentés par Apotex tendent à démontrer qu'une personne versée dans l'art aurait eu à mener des expériences allant au-delà de ce qui serait considéré comme des expériences

acknowledged that further steps would have to be taken to get from tadalafil to a hydrate of tadalafil but accepted the evidence of Eli Lilly's expert that this was a matter of routine experimentation.

[44] Apotex relies upon a number of the Supreme Court decisions including *Pioneer Hi-Bred Ltd. v. Canada (Commissioner of Patents)*, [1989] 1 S.C.R. 1623, at page 1638:

.... The description must be such as to enable a person skilled in the art or the field of the invention to produce it using *only the instructions contained in the disclosure* ... and once the monopoly period is over, to use the invention as successfully as the inventor could at the time of his application.... [Emphasis added.]

[45] This passage was repeated with approbation in *Teva Canada Ltd. v. Pfizer Canada Inc.*, 2012 SCC 60, [2012] 3 S.C.R. 625 (*Sildenafil*), at paragraphs 51 and 71. In *Sildenafil*, the patent was found deficient because the person skilled in the art would have had to conduct a minor research project to arrive at the invention: see *Sildenafil*, at paragraph 75.

[46] The Federal Court found that the dispute as to the sufficiency of the disclosure was an evidentiary problem. Apotex disagrees and argues that the Federal Court erred in law in accepting that the disclosure was adequate. In my view, applying the legal test for sufficiency of disclosure to the facts of this case is a question of mixed law and fact, reviewable on the standard of palpable and overriding error. The Federal Court relied on the same authorities as Apotex did in setting the test for sufficiency. The difference in their positions consists in applying that test to the facts of the case. This, in turn, turned on the Federal Court's preference for the evidence of Eli Lilly's expert as opposed to that of Apotex's expert. We are not in a position to second-guess the Federal Court's assessment of the expert evidence.

courantes, sans que les résultats soient garantis. La Cour fédérale a reconnu que d'autres étapes auraient été nécessaires pour transformer le tadalafil en un hydrate de tadalafil, mais elle a accepté les éléments de preuve de l'expert d'Eli Lilly voulant que ces étapes relevaient des expériences courantes.

[44] Apotex a invoqué un certain nombre de décisions de la Cour suprême du Canada, notamment l'arrêt *Pioneer Hi-Bred Ltd. c. Canada (Commissaire des brevets)*, [1989] 1 R.C.S. 1623, à la page 1638 :

[...] Quant à la description, elle doit permettre à une personne versée dans l'art ou le domaine de l'invention de la construire à partir des seules instructions contenues dans la divulgation [...] et d'utiliser l'invention, une fois la période de monopole terminée, avec le même succès que l'inventeur, au moment de sa demande [...] [Non souligné dans l'original.]

[45] Ce passage a été repris et approuvé dans l'arrêt *Teva Canada Ltée c. Pfizer Canada Inc.*, 2012 CSC 60, [2012] 3 R.C.S. 625 (*Sildénafil*), aux paragraphes 51 et 71. Dans l'arrêt *Sildénafil*, il a été déterminé que le brevet comportait des lacunes, car une personne versée dans l'art aurait eu à mener un projet de recherche mineur pour parvenir à l'invention : voir *Sildénafil*, au paragraphe 75.

[46] La Cour fédérale a conclu que le litige concernant le caractère suffisant de la divulgation constituait une question de preuve. Apotex n'est pas de cet avis et soutient que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en jugeant que la divulgation était suffisante. À mon avis, l'application du critère juridique relatif au caractère suffisant de la divulgation aux faits de l'espèce constitue une question mixte de droit et de fait, qui doit être examinée selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. La Cour fédérale s'est fondée sur la même jurisprudence qu'Apotex pour déterminer le critère relatif au caractère suffisant. La différence entre leurs positions réside dans l'application de ce critère aux faits de l'affaire. Cela, à son tour, découle du fait que la Cour fédérale a privilégié la preuve de l'expert d'Eli Lilly plutôt que celle de l'expert d'Apotex. Nous ne sommes pas en mesure de mettre en doute l'évaluation faite par la Cour fédérale de la preuve des experts.

[47] In my view, Apotex's arguments on this portion of the appeal also fail.

[47] Je suis d'avis que les observations d'Apotex concernant cet aspect de l'appel ne peuvent être retenues.

V. CONCLUSION

[48] I would therefore dismiss the appeal with costs.

V. CONCLUSION

[48] Par conséquent, je rejetterais l'appel avec dépens.

BOIVIN J.A.: I agree.

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

RENNIE J.A.: I agree.

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

A-517-15
2016 FCA 282

A-517-15
2016 CAF 282

Prudential Steel Ltd. and Algoma Tubes Inc.
(*Appellants*)

Prudential Steel Ltd. et Algoma Tubes Inc.
(*appelantes*)

v.

c.

Bell Supply Company (*Respondent*)

Bell Supply Company (*intimée*)

and

et

Attorney General of Canada (*Intervener*)

Procureur général du Canada (*intervenant*)

INDEXED AS: PRUDENTIAL STEEL LTD. v. BELL SUPPLY COMPANY

RÉPERTORIÉ : PRUDENTIAL STEEL LTD. c. BELL SUPPLY COMPANY

Federal Court of Appeal, Webb, Rennie and de Montigny J.J.A.—Ottawa, June 7 and November 15, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Webb, Rennie et de Montigny, J.C.A.—Ottawa, 7 juin et 15 novembre 2016.

Anti-dumping — Appeal from Federal Court decision dismissing appellants' application for judicial review of advance ruling issued by Canada Border Services Agency (CBSA) — Anti-dumping, countervailing duties imposed under Special Import Measures Act (SIMA) on oil country tubular goods originating in, exported from China — Respondents requesting, obtaining advance ruling by CBSA stating such goods undergoing certain work in Indonesia not subject to duties — Federal Court dismissing application for judicial review on basis advance ruling not decision subject to judicial review — Whether advance ruling binding on CBSA — Advance ruling not binding on CBSA — No provision in either Income Tax Act or Excise Tax Act that advance rulings binding on Minister of National Revenue (Minister) — Minister in Woon v. Minister of National Revenue not estopped from assessing in manner contrary to advance ruling — Law as stated in Woon still applicable — Advance rulings not binding on Minister — Duty, authority to assess tax cannot be restricted or modified except by Act of Parliament — While advance ruling indicating final decision made by CBSA, such indication not making advance ruling binding — Nothing in SIMA providing that any advance ruling issued under that statute binding — Self-proclaimed declarations by public agency not changing law, not preventing such agency from performing statutory duty bestowed on it by Parliament — Advance ruling made before goods imported cannot prevent customs officer from exercising discretion under SIMA, s. 56 to make determination as to whether certain imported goods would be subject to anti-dumping, countervailing duties — Finally, appellants not prejudicially affected by issuance of advance ruling — Appeal dismissed.

Antidumping — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes d'une décision anticipée rendue par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) — Des droits antidumping et des droits compensateurs ont été imposés en vertu de la Loi sur les mesures spéciales d'importation (LMSI) à des produits tubulaires pour champs pétroliers originaires ou exportés de Chine — L'intimée a demandé à l'ASFC et a obtenu d'elle une décision anticipée sur le point de savoir si ces biens, qui subiraient une certaine transformation en Indonésie, seraient assujettis aux droits — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que la décision anticipée en question n'était pas une décision susceptible de contrôle judiciaire — Il s'agissait de savoir si la décision anticipée en question liait l'ASFC — La décision anticipée ne liait pas l'ASFC — Ni la Loi de l'impôt sur le revenu ni la Loi sur la taxe d'accise ne disposent que les décisions anticipées lient le ministre du Revenu national (le ministre) — Le ministre dans l'arrêt Woon v. Minister of National Revenue n'était pas empêché par préclusion de fixer l'impôt en contradiction avec une décision anticipée — La règle énoncée dans l'arrêt Woon reste applicable — Les décisions anticipées ne lieraient pas le ministre — L'obligation et le pouvoir de fixer les taxes ne peuvent être limités ou modifiés que par voie législative — Même si la décision anticipée indique que l'ASFC a tranché la question de manière définitive, celle-ci ne lie pas pour autant l'ASFC — La LMSI ne dispose nulle part qu'une quelconque décision anticipée délivrée sous son régime aurait force exécutoire — De telles déclarations prononcées par un organisme public de sa propre initiative ne peuvent changer le droit, ni empêcher ou

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing the appellants' application for judicial review of an advance ruling issued by the Canada Border Services Agency (CBSA).

The appellants had requested protection under the *Special Import Measures Act* (SIMA) from dumped and subsidized oil country tubular goods originating in or exported from China. As a result of several findings by the Canadian International Trade Tribunal, anti-dumping and countervailing duties were imposed on those goods. The respondent requested an advance ruling from the CBSA with respect to whether certain seamless casing and tubing products originating in China but undergoing certain work in Indonesia would be subject to those duties. The CBSA stated that the products would not be subject to the anti-dumping and countervailing duties upon importation into Canada. The Federal Court dismissed the application for judicial review on the basis that the advance ruling was not a decision that was subject to judicial review.

At issue was whether the advance ruling was binding on the CBSA.

Held, the appeal should be dismissed.

The advance ruling was not binding on the CBSA. There is no provision in either the *Income Tax Act* or the *Excise Tax Act* that advance rulings will be binding on the Minister of National Revenue (Minister). However, the Canada Revenue Agency (CRA) has confirmed several times that it considers such advance rulings to be binding. There have therefore been very few cases where there is a dispute between a taxpayer and the CRA (or its predecessors). In one such case, *Woon v. Minister of National Revenue*, there was a question as to whether an advance ruling issued by the CRA's predecessor to a taxpayer was binding. Even though the taxpayer completed the transactions as described in the advance ruling, the Minister was not estopped from assessing in a manner contrary to the ruling. The law as stated in *Woon* is still applicable. It would appear that advance rulings are not binding on the Minister who is charged with the duty to assess

dispenser cet organisme de remplir l'obligation que le législateur lui a fixée — Toute décision anticipée délivrée avant l'importation de marchandises ne lierait pas l'agent des douanes, au motif qu'elle ne peut l'empêcher d'exercer le pouvoir discrétionnaire conféré par l'art. 56 de la LMSI de rendre une décision sur le point de savoir si des marchandises déterminées sont assujetties à des droits antidumping ou à des droits compensateurs — Enfin, la délivrance de la décision anticipée n'a pas porté préjudice aux appelantes — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes d'une décision anticipée rendue par l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC).

Les appelantes avaient demandé, en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation* (LMSI), la protection de l'État contre le dumping et le subventionnement de produits tubulaires pour champs pétroliers originaires ou exportés de Chine. Par suite de conclusions du Tribunal canadien du commerce extérieur, les marchandises désignées dans ces conclusions ont été frappées de droits antidumping et de droits compensateurs. L'intimée a demandé à l'ASFC une décision anticipée sur le point de savoir si certains caissons sans soudure et produits tubulaires qui seraient originaires de Chine, mais subiraient une certaine transformation en Indonésie, seraient assujettis à ces droits. L'ASFC a conclu que les produits ne seraient pas assujettis à des droits antidumping ni à des droits compensateurs à leur importation au Canada. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire au motif que la décision anticipée en question n'était pas une décision susceptible de contrôle judiciaire.

Il s'agissait de savoir si la décision anticipée en question liait l'ASFC.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La décision anticipée en question ne liait pas l'ASFC. Ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni la *Loi sur la taxe d'accise* ne disposent que les décisions anticipées lient le ministre du Revenu national (le ministre). Toutefois, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a déclaré plusieurs fois qu'elle s'estime liée par de telles décisions. Par conséquent, rares ont été les différends entre un contribuable et l'ARC ou l'un de ses organismes prédécesseurs. Dans l'un de ces cas, l'affaire *Woon v. Minister of National Revenue*, une question a été soulevée quant à savoir si une décision anticipée rendue par l'organisme prédécesseur de l'ARC liait le ministre. Même si le contribuable avait exécuté les opérations de la manière décrite dans la décision anticipée, le ministre n'était pas empêché par préclusion de fixer l'impôt en contradiction avec cette décision. La règle énoncée dans l'arrêt *Woon* reste applicable. Il semble que les décisions anticipées ne lieraient pas le ministre

taxes under section 152 of the *Income Tax Act* and the authority to assess tax under section 296 of the *Excise Tax Act*. This statutory duty and statutory discretion cannot be restricted or modified except by an Act of Parliament. Here, even though the advance ruling indicates that a final decision has been made by the CBSA, this does not make the advance ruling binding on the CBSA any more than advance rulings issued in relation to the *Income Tax Act* and the *Excise Tax Act* would be binding on the Minister. There is nothing in SIMA providing that any advance ruling issued under that statute will be binding. Self-proclaimed declarations by a public agency cannot change the law and cannot prevent such agency from performing the statutory duty or exercising the statutory discretion that has been bestowed on it by Parliament. Under section 56 of SIMA, a determination by a customs officer that certain imported goods would be subject to anti-dumping and countervailing duties is only made after the goods are imported into Canada. Any advance ruling made before such goods are imported would not be binding on such officer as it cannot prevent such officer from exercising the discretion granted by Parliament to make such determination.

Finally, the appellants were not prejudicially affected by the issuance of the advance ruling. The domestic industry would only be adversely affected if the goods in question were actually imported. As well, since the advance ruling is not binding on any CBSA officer who may make the determination under section 56 of SIMA in relation to any imported goods, the officer could impose anti-dumping and countervailing duties when such goods are imported, notwithstanding the advance ruling.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Excise Act, R.S.C., 1985, c. E-14.
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 296.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 152.
Special Import Measures Act, R.S.C., 1985, c. S-15, s. 56.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235;
Woon v. Minister of National Revenue, [1951] Ex. C.R. 18, [1950] C.T.C. 263.

chargé de fixer les impôts sous le régime de l'article 152 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et investi du pouvoir de fixer les taxes au titre de l'article 296 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Cette obligation et ce pouvoir discrétionnaire, d'origine législative, ne peuvent être limités ou modifiés que par voie législative. En l'espèce, même si la décision anticipée indique que l'ASFC a tranché la question de manière définitive, celle-ci ne lie pas pour autant l'ASFC, pas plus que les décisions anticipées délivrées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou la *Loi sur la taxe d'accise* ne lieraient le ministre. La LMSI ne dispose nulle part qu'une quelconque décision anticipée délivrée sous son régime aurait force exécutoire. De telles déclarations prononcées par un organisme public de sa propre initiative ne peuvent changer le droit, ni empêcher ou dispenser cet organisme de remplir l'obligation que le législateur lui a fixée ou d'exercer le pouvoir discrétionnaire que ce dernier lui a conféré. Selon l'article 56 de la LMSI, l'agent des douanes ne rend sa décision sur le point de savoir si des marchandises déterminées sont assujetties à des droits anti-dumping ou à des droits compensateurs qu'après leur importation au Canada. Toute décision anticipée délivrée avant l'importation de ces marchandises ne lierait pas l'agent des douanes, au motif qu'elle ne peut l'empêcher d'exercer le pouvoir discrétionnaire, à lui conféré par le législateur, de décider le point susdit.

Enfin, la délivrance de la décision anticipée n'a pas porté préjudice aux appelantes. La branche de production nationale ne serait lésée qu'en cas d'importation effective des marchandises en question. En outre, comme la décision anticipée ne lie aucun agent de l'ASFC habilité à rendre la décision visée à l'article 56 de la LMSI relativement à toutes marchandises importées, un tel agent pourrait frapper de droits antidumping et de droits compensateurs les marchandises une fois importées, malgré ladite décision anticipée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 152.
Loi sur l'accise, L.R.C. (1985), ch. E-14.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 296.
Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15, art. 56.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen v. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235;
Woon v. Minister of National Revenue, [1951] R.C. de l'É. 18, [1950] C.T.C. 263.

CONSIDERED:

Seamless Carbon or Alloy Steel Oil and Gas Well Casing (Re), 2008 CanLII 19749 (C.I.T.T.); *Rothmans, Benson and Hedges Inc. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 1998 CanLII 7237, 148 F.T.R. 3 (F.C.); *Goldstein v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2036, 96 DTC 1029 (T.C.C.); *Sentinel Hill Productions (1999) Corporation v. The Queen*, 2007 TCC 742, [2008] 5 C.T.C. 2690.

REFERRED TO:

Seamless Carbon or Alloy Steel Oil and Gas Well Casing (Re), 2013 CanLII 16824 (C.I.T.T.); *Oil Country Tubular Goods (Re)*, 2010 CanLII 19976 (C.I.T.T.); *Oil Country Tubular Goods*, C.I.T.T., expiry review No. RR-2014-003, order issued March 2, 2015, online: <<http://www.citt.gc.ca/en/node/7290>>; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. (Reprotech (Pebsham) Ltd.) v. East Sussex County Council*, [2002] UKHL 8, [2003] 1 W.L.R. 348 (H.L.).

AUTHORS CITED

Canada Revenue Agency. Information Circular No. IC70-6R7 “Advance Income Tax Rulings and Technical Interpretations”, April 22, 2016.
Phipson on Evidence, 8th ed. London: Sweet & Maxwell, 1942.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 1243) dismissing the appellant’s application for judicial review of an advance ruling issued by the Canada Border Services Agency to the respondent that certain seamless casing and tube products would not be subject to anti-dumping and countervailing duties upon importation into Canada. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Jonathan P. O’Hara for appellants.
James McIlroy for respondent.
Kirk Shannon for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

McMillan LLP, Ottawa, for appellants.
James McIlroy, Toronto, for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Caissons sans soudure en acier au carbone ou en acier allié pour puits de pétrole et de gaz (Re), 2008 CanLII 19749 (T.C.C.E.); *Rothmans, Benson and Hedges Inc. c. Canada (Ministre du revenu national)*, 1998 CanLII 7237 (C.F.); *Goldstein c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 170 (C.C.I.) (QL); *Sentinel Hill Productions (1999) Corporation c. La Reine*, 2007 CCI 742, [2007] A.C.I. n° 556 (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Caissons sans soudure en acier au carbone ou en acier allié pour puits de pétrole et de gaz (Re), 2013 CanLII 16824 (T.C.C.E.); *Fournitures tubulaires pour puits de pétrole (Re)*, 2010 CanLII 19976 (T.C.E.E.); *Fournitures tubulaires pour puits de pétrole*, réexamen relatif à l’expiration n° RR-2014-003, ordonnance rendue le 2 mars 2015, en ligne : <<http://www.citt.gc.ca/fr/node/7290>>; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. (Reprotech (Pebsham) Ltd.) v. East Sussex County Council*, [2002] UKHL 8, [2003] 1 W.L.R. 348 (H.L.).

DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. Circulaire d’information n° IC70-6R7 « Décisions anticipées et interprétations techniques en impôt », 22 avril 2016.
Phipson on Evidence, 8^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 1942.

APPEL interjeté à l’encontre d’une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1243) qui a rejeté la demande de contrôle judiciaire des appelantes d’une décision anticipée rendue par l’Agence des services frontaliers du Canada à l’égard de l’intimée selon laquelle certains caissons sans soudure et produits tubulaires ne seraient pas assujettis à des droits antidumping ni à des droits compensateurs à leur importation au Canada. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Jonathan P. O’Hara pour les appelantes.
James McIlroy pour l’intimée.
Kirk Shannon pour l’intervenant.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McMillan, S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les appelantes.
James McIlroy, Toronto, pour l’intimée.

Deputy Attorney General of Canada for intervenor.

Le sous-procureur général du Canada pour l'intervenant.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

[1] WEBB J.A.: This is an appeal from the decision of the Federal Court (2015 FC 1243) dismissing the application for judicial review brought by the appellants. The appellants were seeking judicial review of an advance ruling issued by the Canada Border Services Agency (CBSA) to the respondent on December 9, 2013 that certain seamless casing and tube products would not be subject to anti-dumping and countervailing duties upon importation into Canada.

[1] LE JUGE WEBB, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel de la décision de la Cour fédérale 2015 CF 1243, portant rejet de la demande de contrôle judiciaire formée par les appelantes contre une décision anticipée délivrée à l'intimée le 9 décembre 2013 par l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), décision anticipée selon laquelle certains caissons sans soudure et produits tubulaires ne seraient pas assujettis à des droits antidumping ni à des droits compensateurs à leur importation au Canada.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss this appeal.

[2] Pour les motifs dont l'exposé suit, je rejetterais le présent appel.

I. Background

I. Rappel des faits

[3] The appellants had requested protection under the *Special Import Measures Act*, R.S.C., 1985, c. S-15 (SIMA) from dumped and subsidized oil country tubular goods (OCTG) originating in or exported from China.

[3] Les appelantes avaient demandé, en vertu de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, L.R.C. (1985), ch. S-15 (la LMSI), la protection de l'État contre le dumping et le subventionnement de produits tubulaires pour champs pétroliers (PTCP) originaires ou exportés de Chine.

[4] In a finding issued on March 10, 2008 (NQ-2007-001) [*Seamless Carbon or Alloy Steel Oil and Gas Well Casing (Re)*, 2008 CanLII 19749] the Canadian International Trade Tribunal (C.I.T.T.) found that “the dumping and subsidizing of seamless carbon or alloy steel oil and gas well casing [as described in this finding] originating in or exported from the People's Republic of China ... are threatening to cause injury to the domestic industry”. This finding was renewed on March 11, 2013 (RR-2012-002) [2013 CanLII 16824 (C.I.T.T.)].

[4] Dans une conclusion en date du 10 mars 2008 (référéncée NQ-2007-001) [*Caissons sans soudure en acier au carbone ou en acier allié pour puits de pétrole et de gaz (Re)*, 2008 CanLII 19749], le Tribunal canadien du commerce extérieur (le T.C.C.E.) a déclaré que « le dumping et le subventionnement de caissons sans soudure en acier au carbone ou en acier allié pour puits de pétrole et de gaz [des catégories définies dans la conclusion] originaires ou exportés de la République populaire de Chine [...] mena[çaient] de causer un dommage à la branche de production nationale ». Cette conclusion a été réitérée le 11 mars 2013 (RR-2012-002) [2013 CanLII 16824 (T.C.C.E.)].

[5] In another finding issued on March 23, 2010 (NQ-2009-004) [*Oil Country Tubular Goods (Re)*, 2010 CanLII 19976], the C.I.T.T. found that certain OCTG

[5] Dans une autre conclusion, en date du 23 mars 2010 (NQ-2009-004) [*Fournitures tubulaires pour puits de pétrole (Re)*, 2010 CanLII 19976], le T.C.C.E. a

(as described in that finding) originating in or exported from China have caused injury. This finding was renewed on March 2, 2015 (RR-2014-003) [*Oil Country Tubular Goods*].

[6] As a result of these findings, anti-dumping and countervailing duties were imposed on the goods identified in these findings.

[7] By a letter dated July 29, 2013, the respondent requested an advance ruling from the CBSA with respect to whether certain seamless casing and tubing products that would originate in China but would undergo certain work in Indonesia, would be subject to the anti-dumping and countervailing duties referred to above when imported into Canada.

[8] After receiving the original request and subsequent submissions on September 12, 2013 and October 11, 2013, the CBSA in a letter dated December 9, 2013, first stated a brief summary of its understanding of the facts and then stated:

With this understanding, the CBSA has determined that, for purposes of the *Special Import Measures Act*, the specific casing and tubing grades and sizes contained in Bell Supply's advance ruling request of July 29, 2013, and subsequent submissions of September 12, 2013 and October 11, 2013, would be deemed to be seamless casing and tubing products originating in Indonesia and, consequently, would not be subject to anti-dumping duty and countervailing duty upon importation into Canada.

[9] The appellants sought judicial review of this decision by the CBSA. The Federal Court Judge dismissed the application for judicial review on the basis that the advance ruling is not a decision that is subject to judicial review (paragraph 38 of her reasons). This conclusion was based on a decision of the Federal Court in *Rothmans, Benson and Hedges Inc. v. Canada (Minister of National Revenue)*, 1998 CanLII 7237, 148 F.T.R. 3 (*Rothmans*).

[10] The Federal Court Judge noted that her conclusion that the advance ruling is not a decision that is

déclaré que certains PTCP (définis dans cette conclusion) originaires ou exportés de Chine avaient causé un dommage. Cette conclusion a été réitérée le 2 mars 2015 (RR-2014-003) [*Fournitures tubulaires pour puits de pétrole*].

[6] En conséquence, les marchandises désignées dans ces conclusions ont été frappées de droits antidumping et de droits compensateurs.

[7] Par lettre en date du 29 juillet 2013, l'intimée a demandé à l'ASFC une décision anticipée sur le point de savoir si certains caissons sans soudure et produits tubulaires qui seraient originaires de Chine, mais subiraient une certaine transformation en Indonésie, seraient assujettis aux droits antidumping et aux droits compensateurs susdits à leur importation au Canada.

[8] Après avoir reçu la demande de décision anticipée, ainsi que les deux mémoires supplémentaires y afférents en dates respectives des 12 septembre et 11 octobre 2013, l'ASFC y a répondu par une lettre en date du 9 décembre 2013, où elle a d'abord résumé brièvement son interprétation des faits, puis déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] Se fondant sur cette interprétation, l'ASFC a conclu que, pour l'application de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, les caissons et produits tubulaires des qualités et dimensions définies dans la demande de décision anticipée de Bell Supply du 29 juillet 2013, ainsi que dans les observations supplémentaires des 12 septembre et 11 octobre 2013, seraient réputés être des caissons sans soudure et produits tubulaires originaires d'Indonésie et, à ce titre, ne seraient pas assujettis à des droits antidumping ni à des droits compensateurs à leur importation au Canada.

[9] Les appelantes ont introduit une demande de contrôle judiciaire de cette décision anticipée de l'ASFC. La Cour fédérale a rejeté cette demande au motif que la décision anticipée en question n'était pas une décision susceptible de contrôle judiciaire (voir le paragraphe 38 des motifs). Cette conclusion se fondait sur la décision de la Cour fédérale *Rothmans, Benson and Hedges Inc. c. Canada (Ministre du revenu national)*, 1998 CanLII 7237 (*Rothmans*).

[10] La juge de la Cour fédérale estimait que sa conclusion selon laquelle la décision anticipée n'était

subject to judicial review was sufficient to dispose of the application. However, she also commented on the interplay between the statutory appeal process under SIMA and the availability of judicial review of a decision made under that statute.

II. Standard of Review

[11] In this case there has been no decision on the merits of the judicial review application as the Federal Court Judge dismissed the application on a preliminary basis without reviewing the decision that was made by CBSA. As a result, in my view, the standard of review as set out in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45 to 47 is not applicable in this appeal. Rather, the standards of review that are applicable in this appeal are those standards as set out in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Findings of fact (including inferences of fact) will stand unless it is established that the Federal Court Judge made a palpable and overriding error. For questions of mixed fact and law, the standard of correctness will apply to any extricable question of law and otherwise the standard of palpable and overriding error will apply. An error is palpable if it is readily apparent and it is overriding if it changes the result.

III. Analysis

[12] The determination by the Federal Court Judge that the advance ruling was not a decision that could be subject to judicial review was based on the decision of the Federal Court in *Rothmans*. In *Rothmans* the company obtained a ruling under the *Excise Act*, R.S.C., 1985, c. E-14 and the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 that certain products were “cigarettes” and other products were “tobacco sticks”. When Rothmans brought an originating notice of motion to quash this ruling, the Minister of National Revenue brought a motion to strike the notice. The Federal Court allowed the motion and the notice was struck on the basis that

pas susceptible de contrôle judiciaire suffisait à régler le sort de la demande. Cependant, elle a aussi formulé des observations sur les rapports entre la procédure d’appel prévue par la LMSI et la possibilité de soumettre au contrôle judiciaire les décisions rendues sous le régime de cette loi.

II. La norme de contrôle

[11] Il n’y a pas eu de décision sur le fond de la demande de contrôle judiciaire dont il s’agit ici, étant donné que la juge de la Cour fédérale a écarté cette demande à titre préliminaire sans examiner la décision attaquée de l’ASFC. Par conséquent, me semble-t-il, la norme de contrôle exposée aux paragraphes 45 à 47 de l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, n’est pas applicable au présent appel. Les normes de contrôle applicables au présent appel sont plutôt celles que définit l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les conclusions de fait (y compris les inférences de fait) de la juge de la Cour fédérale seront confirmées sauf s’il est établi qu’elle a commis une erreur manifeste et dominante. Pour ce qui concerne les questions mixtes de fait et de droit, la norme de la décision correcte s’appliquera à toute question de droit isolable, les autres questions ressortissant à la norme de l’erreur manifeste et dominante. Une erreur est dite manifeste quand elle est évidente, et dominante quand elle influe sur le résultat.

III. Analyse

[12] La conclusion de la juge de la Cour fédérale portant que la décision anticipée n’était pas susceptible de contrôle judiciaire se fondait sur la décision *Rothmans* de la Cour fédérale. Dans cette affaire, la société Rothmans avait obtenu, sous le régime de la *Loi sur l’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-14, et de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15, une décision anticipée portant que des produits déterminés appartenaient à la catégorie des « cigarettes », et d’autres à celle des « bâtonnets de tabac ». Rothmans a déposé un avis de requête introductive d’instance tendant à obtenir l’annulation de cette décision anticipée, et le ministre du

the ruling was not a decision. In particular, the Federal Court in *Rothmans* stated that:

The moving party recognizes that, as a matter of policy, the Department will respect an advance tax ruling. However, the Department's advance rulings and technical interpretations have no binding legal effect (*Owen Holdings Ltd. v. The Queen*, [1997] D.T.C. 5401 at 5404 (F.C.A.)) and the Department would not be estopped by its ruling (*Woon v. Minister of National Revenue* [1950] 50 D.T.C. 871 at 875 (Ex.); *Rothmans Ltd., et al. v. Minister of National Revenue, et al.* [1976] C.T.C. 332 at 338 (F.C.T.D.)). A taxpayer must prove that it meets the requirements of the legislation on its own terms; the Minister's tax treatment of its competitors cannot assist it (*Ford Motor Co. of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1997] 212 N.R. 275 at 289).

The advance ruling does not grant or deny a right, nor does it have any legal consequences (see *Demirtas v. Canada*, [1993] 1 F.C. 602 and *Singh v. Canada*, (1994), 82 F.T.R., 68 at 71). It does not have the legal effect of settling the matter or purport to do so. It is at the most a non-binding opinion. Moreover, there is no evidence that any tax has been levied on a product corresponding to the prototype of the product in the advance ruling.

[*Rothmans*, at paragraphs 27 and 28]; (footnote reference numbers have been replaced with the decisions referenced in the footnotes).

[13] Advance rulings are often provided under the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 and the *Excise Tax Act* and are relied upon by taxpayers. The important role that such rulings play was described by Bowman J. (as he then was) in a footnote [No. 10] in *Goldstein v. Canada*, [1995] 2 C.T.C. 2036 (T.C.C.) (and repeated in *Sentinel Hill Productions (1999) Corporation v. The Queen*, 2007 TCC 742, [2008] 5 C.T.C. 2690):

Revenu national a formé une requête en radiation de cet avis. La Cour fédérale a accueilli la requête du ministre et radié l'avis de Rothmans, au motif que la décision attaquée n'était pas une décision susceptible de contrôle judiciaire. Les observations suivantes de la décision *Rothmans* précisent la pensée de la Cour fédérale :

L'auteur de la requête reconnaît que, par principe, le Ministère respecte les décisions anticipées qu'il rend en matière fiscale. Cela dit, les décisions anticipées et les interprétations à caractère technique n'ont aucunement, au niveau juridique, pour effet de lier le Ministère (*Owen Holdings Ltd. c. La Reine*, [1997] D.T.C. 5401 à la p. 5404 (C.A.F.)) et ses décisions anticipées ne lui sont pas opposables (*Woon c. Ministre du Revenu national* [1950] 50 D.T.C. 871 à la p. 875 (C. Éch.); *Rothmans Ltd., et autres c. Ministre du Revenu national et autres* [1976] C.T.C. 332 à la p. 338 (C.F. 1^{re} inst.)). Le contribuable doit démontrer qu'il répond en propre aux conditions fixées par la loi; il ne saurait se prévaloir du traitement fiscal accordé à ses concurrents par le Ministre (*Ford Motor Co. of Canada Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1997] 212 N.R. 275 à la p. 289).

La décision anticipée n'a pour effet ni d'accorder ni de refuser un droit, et n'entraîne aucune conséquence juridique (voir *Demirtas c. Canada*, [1993] 1 C.F. 602 et *Singh c. Canada*, (1994), 82 F.T.R., p. 68 à la p. 71). Juridiquement, ce type de mesure n'a pas pour effet de régler la question et ce n'est d'ailleurs pas son objet. Il s'agit, tout au plus, d'un avis n'ayant aucune force obligatoire. D'ailleurs, rien n'indique qu'un produit correspondant au prototype dont il est question dans la décision anticipée ait été taxé.

[*Rothmans*, aux paragraphes 27 et 28]; (les appels de note sont ici remplacés par les références auxquelles ils renvoient).

[13] Des décisions anticipées sont souvent délivrées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, et de la *Loi sur la taxe d'accise*, et les contribuables s'appuient sur ces décisions. Le juge Bowman (avant de devenir juge en chef) a exposé le rôle important que jouent les décisions de cette nature dans une note de bas de page [note n° 10] de l'arrêt *Goldstein c. Canada*, [1995] A.C.I. n° 170 (C.C.I.) (QL), reproduite dans l'arrêt *Sentinel Hill Productions (1999) Corporation c. La Reine*, 2007 CCI 742, [2007] A.C.I. n° 556 (QL) :

I leave aside entirely the question of advance rulings which form so important and necessary a part of the administration of the *Income Tax Act*. These rulings are treated by the Department of National Revenue as binding. So far as I am aware no advance ruling that has been given to a taxpayer and acted upon has ever been repudiated by the Minister as against the taxpayer to whom it was given. The system would fall apart if he ever did so.

[14] There is no provision in either the *Income Tax Act* or the *Excise Tax Act* that advance rulings will be binding on the Minister of National Revenue (Minister). However, the Canada Revenue Agency (CRA) has confirmed that it considers such advance rulings to be binding several times in its circulars and memoranda. This confirmation appears in paragraph 14 of the latest version of Information Circular IC70-6R7 dated April 22, 2016 for rulings issued in relation to the *Income Tax Act* and paragraph 16 of the latest version of New Memorandum 1.4 dated April 2015 for rulings issued in relation to the *Excise Tax Act*.

[15] Since the CRA considers such rulings to be binding and since, as noted by Bowman J., the system would fall apart if it did not treat them as binding, cases where there is a dispute between a taxpayer and the CRA (or its predecessors) with respect to whether an advance ruling that had been issued by the CRA (or its predecessors) to that taxpayer is binding on the CRA (or its predecessors) are rare.

[16] One such case is *Woon v. Minister of National Revenue*, [1951] Ex. C.R. 18, (*Woon*), where the Exchequer Court held that the Minister was not bound by a ruling that had been given by the Commissioner of Taxation. In particular, at page 24, the Exchequer Court quoted the following excerpt from *Phipson on Evidence*, 8th ed.:

Estoppels of all kinds, however, are subject to one general rule: they cannot override the law of the land. Thus, where a particular formality is required by statute, no estoppel will cure the defect.

Je laisse entièrement de côté la question des décisions anticipées, qui représentent une partie importante et nécessaire de l'application de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le ministère du Revenu national considère qu'il est lié par ces décisions. Autant que je sache, aucune décision anticipée qui avait été communiquée à un contribuable et sur laquelle ce dernier s'était fondé n'a jamais été répudiée par le ministre, à l'encontre du contribuable à qui la décision avait été communiquée. Le système s'effondrerait si le ministre agissait de la sorte.

[14] Ni la *Loi de l'impôt sur le revenu* ni la *Loi sur la taxe d'accise* ne disposent que les décisions anticipées lient le ministre du Revenu national (le ministre). Toutefois, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a déclaré plusieurs fois dans ses circulaires et mémorandums qu'elle s'estime liée par de telles décisions, par exemple au paragraphe 14 de la dernière version de la circulaire d'information IC70-6R7, en date du 22 avril 2016, concernant les décisions anticipées délivrées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et au paragraphe 16 de la dernière version du nouveau mémorandum 1.4, datée d'avril 2015, pour ce qui est des décisions anticipées délivrées sous le régime de la *Loi sur la taxe d'accise*.

[15] Étant donné que l'ARC se considère comme liée par ses décisions anticipées et que, comme l'a fait observer le juge Bowman, le système s'écroulerait dans le cas contraire, rares ont été les différends entre un contribuable et l'ARC ou l'un de ses organismes prédécesseurs sur le point de savoir si une décision anticipée à lui délivrée par elle ou par cet organisme la liait, elle ou ledit organisme.

[16] L'un de ces cas a fait l'objet de la décision *Woon v. Minister of National Revenue*, [1951] R.C. de l'É. 18, [1950] C.T.C. 263 (*Woon*), où la Cour de l'Échiquier a déclaré qu'une décision anticipée rendue par le Commissaire aux impôts ne liait pas le ministre. Le passage suivant de la 8^e édition de *Phipson on Evidence*, cité à la page 24 de cette décision, présente un intérêt particulier pour notre propos :

[TRADUCTION] Les préclusions de tous ordres, cependant, sont soumises à une règle générale : elles ne peuvent l'emporter sur la législation. Il s'ensuit que lorsqu'une loi prescrit une formalité déterminée, aucune préclusion ne peut remédier au vice.

[17] As a result, even though the taxpayer completed the transactions as described in the ruling, the Minister was not estopped from assessing in a manner contrary to the ruling.

[18] In an updated version of the same text (*Phipson on Evidence*, 18th ed., 2013), after referring to the decision of the House of Lords in *R. (Reprotech (Pebsham) Ltd.) v. East Sussex County Council*, [2002] UKHL 8, [2003] 1 W.L.R. 348, it is stated at page 118 that:

On the one hand, this decision has undoubtedly strengthened the principle that a public body cannot prevent itself from exercising a statutory discretion, or prevent or excuse itself from performing a statutory duty; on the other hand, however, it is obviously unlikely that any further references to the rules of estoppels will be made in this context.

[19] As a result, it appears that the law as stated in *Woon* is still applicable. Whether advance rulings issued under the *Income Tax Act* or the *Excise Tax Act* are binding is not in issue in this appeal. However, it appears that such rulings would not be binding on the Minister who is charged with the duty to assess tax under section 152 of the *Income Tax Act* and the authority to assess tax under section 296 of the *Excise Tax Act*. This statutory duty and statutory discretion that has been granted by Parliament cannot be restricted or modified except by an Act of Parliament.

[20] In this case, the advance ruling provided by the CBSA stated that:

With this understanding, the CBSA has determined that, for purposes of the *Special Import Measures Act*, the specific casing and tubing grades and sizes contained in Bell Supply's advance ruling request of July 29, 2013, and subsequent submissions of September 12, 2013 and October 11, 2013, would be deemed to be seamless casing and tubing products originating in Indonesia and, consequently, would not be subject to anti-dumping duty and countervailing duty upon importation into Canada.

[17] Par conséquent, même si le contribuable avait exécuté les opérations de la manière décrite dans la décision anticipée, le ministre n'était pas empêché par préclusion de fixer l'impôt en contradiction avec cette décision.

[18] On peut lire à la page 118 d'une version plus récente du même texte (*Phipson on Evidence*, 18^e éd., 2013) les observations suivantes, où il est question de l'arrêt de la Chambre des lords *R. (Reprotech (Pebsham) Ltd.) v. East Sussex County Council*, [2002] UKHL 8, [2003] 1 W.L.R. 348 :

[TRADUCTION] D'une part, cet arrêt a sans aucun doute renforcé le principe selon lequel un organisme public ne peut s'interdire d'exercer un pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la loi, ni s'abstenir ou se dispenser de remplir une obligation prévue par celle-ci; d'autre part, cependant, il est évidemment peu probable qu'on se réfère de nouveau aux règles de la préclusion dans ce contexte.

[19] Il appert donc que la règle énoncée dans l'arrêt *Woon* reste applicable. Le point de savoir si les décisions anticipées délivrées sous le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise* lient ou non le ministre n'est pas en litige dans le présent appel. Cependant, il semble que de telles décisions ne lieraient pas le ministre chargé de fixer les impôts sous le régime de l'article 152 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et investi du pouvoir de fixer les taxes au titre de l'article 296 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Cette obligation et ce pouvoir discrétionnaire, d'origine législative, ne peuvent être limités ou modifiés que par voie législative.

[20] La décision anticipée délivrée par l'ASFC dans la présente espèce portait ce qui suit :

[TRADUCTION] Se fondant sur cette interprétation, l'ASFC a conclu que, pour l'application de la *Loi sur les mesures spéciales d'importation*, les caissons et produits tubulaires des qualités et dimensions définies dans la demande de décision anticipée de Bell Supply du 29 juillet 2013, ainsi que dans les observations supplémentaires des 12 septembre et 11 octobre 2013, seraient réputés être des caissons sans soudure et produits tubulaires originaires d'Indonésie et, à ce titre, ne seraient pas assujettis à des droits antidumping ni à des droits compensateurs à leur importation au Canada.

[21] Simon Duval of the CBSA submitted an affidavit in which he stated that:

4. The opinion provided by the CBSA to Bell Supply Company on December 9, 2013 is not binding on it or any importer, and it does not constitute a final decision. The CBSA provides opinions such as that provided to Bell Supply Company on December 9, 2013 only as a courtesy and on a provisional basis. Only when goods have in fact been imported to Canada does the CBSA make a binding determination as to whether they are subject to anti-dumping or countervailing duties. The CBSA will then require further specific information and verification with respect to the goods in coming to its determination.

[22] In the first sentence, when he indicates that the “opinion ... is not binding on it”, it is not clear whether the word “it” is intended to refer to Bell Supply Company or the CBSA. Since he refers to “it or any importer” this sentence could be interpreted as a statement that the “opinion provided by the CBSA to Bell Supply Company ... is not binding on [Bell Supply Company] or any importer”. Although he also referred to it as an opinion, on cross-examination on his affidavit Mr. Duval confirmed that if the CBSA was satisfied that the information that had been provided by the respondent was correct and that the respondent satisfied the conditions set out in the letter, that “there would be no duties collected”.

[23] However, even though the advance ruling indicates that a final decision has been made by the CBSA and Mr. Duval indicated that he expected the ruling to be followed by the CBSA, this does not make the advance ruling binding on the CBSA any more than advance rulings issued in relation to the *Income Tax Act* and the *Excise Tax Act* would be binding on the Minister.

[24] In this case, the appellants argue that the advance ruling is binding on the CBSA based on the Memorandum D11-11-1 “National Customs Rulings” issued on October 19, 1998. In this memorandum paragraph 9 states that:

[21] Un agent de l’ASFC, M. Simon Duval, a déposé un affidavit dont j’extraits le passage suivant :

[TRADUCTION] 4. L’avis communiqué par l’ASFC à la Bell Supply Company le 9 décembre 2013 ne la lie pas ni ne lie aucun importateur, et il ne constitue pas une décision finale. L’ASFC ne fournit d’avis de cette nature que par obligeance et à titre provisoire. C’est seulement lorsque les marchandises auront effectivement été importées au Canada que l’ASFC rendra une décision exécutoire sur le point de savoir si elles sont assujetties à des droits antidumping ou à des droits compensateurs. L’ASFC, pour rendre cette décision, aura besoin d’autres renseignements détaillés sur les marchandises en question et devra effectuer à leur égard des vérifications complémentaires.

[22] Dans la première phrase de ce passage, où l’auteur déclare que [TRADUCTION] « [l’] avis [...] ne la lie pas », on ne sait pas avec certitude si le pronom « la » désigne la Bell Supply Company ou l’ASFC. Comme il ajoute [TRADUCTION] « ni ne lie aucun importateur », cette phrase pourrait vouloir dire que [TRADUCTION] « [l’] avis communiqué par l’ASFC à la Bell Supply Company [...] ne [...] lie pas [la Bell Supply Company] ni ne lie aucun autre importateur ». Bien qu’il ait aussi assimilé la décision anticipée à un avis, M. Duval a déclaré en contre-interrogatoire sur son affidavit que, si l’ASFC était convaincue que les renseignements fournis par l’intimée étaient exacts et que celle-ci remplissait les conditions fixées dans la lettre, [TRADUCTION] « il ne serait pas perçu de droits ».

[23] Cependant, même si la décision anticipée indique que l’ASFC a tranché la question de manière définitive et même si M. Duval a déclaré qu’il s’attendait à voir l’ASFC agir conformément à cette décision, celle-ci ne lie pas pour autant l’ASFC, pas plus que les décisions anticipées délivrées sous le régime de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ou la *Loi sur la taxe d’accise* ne lieraient le ministre.

[24] Dans la présente instance, les appelantes se fondent sur le memorandum D11-11-1 intitulé « Décisions nationales des douanes », en date du 19 octobre 1998, pour soutenir que la décision anticipée en question lie l’ASFC. Le paragraphe 9 de ce memorandum est ainsi rédigé :

9. An NCR is binding on both the Department and the importer as long as all conditions specified in the original request have not changed, subject to any stated qualifications by Revenue Canada, or until the NCR is modified or revoked. It is the responsibility of the importer to advise the Department of any changes to the particulars with respect to an NCR.

[25] In this case there is no live dispute between the respondent and the CBSA with respect to whether the CBSA is bound by the advance ruling. Assuming, without deciding, that this ruling is a National Customs Rulings, it should be noted that there is no provision of SIMA that provides that any advance ruling issued under that statute will be binding. As a result, this statement by the CBSA in its own memorandum is essentially the same as the statements made by the CRA in its published information circular and memorandum that it considers itself to be bound by advance rulings issued in relation to the *Income Tax Act* or the *Excise Tax Act*. Such self-proclaimed declarations by a public agency cannot change the law as reflected in *Phipson on Evidence* and cannot prevent such agency from performing the statutory duty or exercising the statutory discretion that has been bestowed on the agency by Parliament.

[26] Under section 56 of SIMA, a determination by a customs officer that certain imported goods would be subject to anti-dumping and countervailing duties is only made after the goods are imported into Canada. Any advance ruling made before such goods are imported would not be binding on such officer as it cannot prevent such officer from exercising the discretion granted by Parliament to make such determination.

[27] The appellants also argue that they are prejudicially affected by the advance ruling since anti-dumping and countervailing duties are imposed to protect the domestic industry and any decision that such duties would not be imposed on goods that may be imported into Canada would be prejudicial to the domestic industry, if, as a result of a review of that decision, it is found that such duties should be imposed. However, the

9. Une DND lie à la fois le ministère et l'importateur tant que toutes les conditions définies dans la demande initiale restent inchangées, sous réserve – le cas échéant – des restrictions formulées par Revenu Canada, ou jusqu'à ce que cette DND soit modifiée ou révoquée. Il incombe à l'importateur d'informer le ministère de tout changement des données sur lesquelles se fonde la DND.

[25] Il n'y a pas de différend actuel entre l'intimée au présent appel et l'ASFC sur le point de savoir si cette dernière est liée par la décision anticipée en cause. En supposant, sans trancher la question, que cette décision anticipée est une décision nationale des douanes, il faut noter que la LMSI ne dispose nulle part qu'une quelconque décision anticipée délivrée sous son régime aurait force exécutoire. Par conséquent, la déclaration de l'ASFC que je viens de reproduire, formulée dans un de ses propres mémorandums, est pour l'essentiel de même nature que les déclarations faites par l'ARC dans sa circulaire d'information et son mémorandum précités, selon lesquelles elle s'estime liée par les décisions anticipées relevant de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou de la *Loi sur la taxe d'accise*. De telles déclarations prononcées par un organisme public de sa propre initiative ne peuvent changer le droit tel que l'explique *Phipson on Evidence*, ni empêcher ou dispenser cet organisme de remplir l'obligation que le législateur lui a fixée ou d'exercer le pouvoir discrétionnaire que ce dernier lui a conféré.

[26] Selon l'article 56 de la LMSI, l'agent des douanes ne rend sa décision sur le point de savoir si des marchandises déterminées sont assujetties à des droits antidumping ou à des droits compensateurs qu'après leur importation au Canada. Toute décision anticipée délivrée avant l'importation de ces marchandises ne lierait pas l'agent des douanes, au motif qu'elle ne peut l'empêcher d'exercer le pouvoir discrétionnaire, à lui conféré par le législateur, de décider le point susdit.

[27] Les appelantes soutiennent en outre que la décision anticipée leur est préjudiciable, au motif que les droits antidumping et les droits compensateurs ont pour objet de protéger la branche de production nationale, et que toute décision portant exemption à cet égard de marchandises susceptibles d'être importées au Canada serait dommageable pour ladite branche de production nationale si le contrôle de cette décision révélait que de

domestic industry would only be adversely affected if such goods are actually imported. If no such goods are imported, there would be no harm to the domestic industry, even though there is an advance ruling issued by the CBSA that such goods would not be subject to anti-dumping and countervailing duties.

[28] As well, since the advance ruling is not binding on any CBSA officer who may make the determination under section 56 of SIMA in relation to any imported goods, the officer could impose anti-dumping and countervailing duties when such goods are imported, notwithstanding the advance ruling. The appellants would not be prejudiced if the officer did so. Any potential prejudice would only arise if such goods are imported without the imposition of such duties.

[29] As a result, I do not agree with the appellants that the advance ruling was binding on the CBSA or that the appellants were prejudicially affected by the issuance of the advance ruling itself.

[30] I would therefore dismiss the appeal, with costs payable by the appellants to the respondent.

RENNIE J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree.

tels droits doivent en fait être perçus. Cependant, la branche de production nationale ne serait lésée qu'en cas d'importation effective des marchandises en question. Dans le cas contraire, elle ne souffrirait aucunement, même en supposant que l'ASFC ait délivré une décision anticipée exemptant ces marchandises de droits anti-dumping et de droits compensateurs.

[28] En outre, comme la décision anticipée ne lie aucun agent de l'ASFC habilité à rendre la décision visée à l'article 56 de la LMSI relativement à toutes marchandises importées, un tel agent pourrait frapper de droits antidumping et de droits compensateurs les marchandises une fois importées, malgré ladite décision anticipée. Or les appelantes ne seraient pas lésées par une telle mesure; elles ne pourraient l'être que par l'importation des marchandises en franchise de tels droits.

[29] Par suite, je ne peux convenir avec les appelantes que la décision anticipée liât l'ASFC ni que sa délivrance leur ait porté préjudice.

[30] En conséquence, je rejetterais l'appel, avec dépens en faveur de l'intimée.

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

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

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.

* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Inadmissible Persons

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision finding reasonable grounds to believe that applicant inadmissible to Canada under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 34(1)(f) for being member of terrorist organization, under Act, s. 35(1)(a) for being complicit in war crimes, crimes against humanity — Applicant Sri Lankan Tamil, granted Convention Refugee status in Canada — Working in support of World Tamil Movement (WTM) — Applicant later ordered deported from Canada given risk to national security applicant posing — Certificate stating applicant danger to security of Canada signed but certificate later quashed by operation of law — Subsequently, two reports issued alleging applicant inadmissible under Act, ss. 34(1)(c),(f), 35(1)(a) — Reports stating applicant inadmissible as member of WTM, entity alleged to be front organization for Liberation Tigers of Tamil Eelam (LTTE); because of complicity in other offences — Key preliminary issue in inadmissibility hearing was respondent’s obligation to disclose classified materials in government’s possession or control concerning applicant — ID concluding that despite procedural similarities between security certificate proceedings at Federal Court (*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui II*)) establishing level of disclosure required to protect fundamental rights affected by security certificate procedure, inadmissibility proceedings before ID, fairness not requiring full disclosure in circumstances of present case — ID finding that applicant aware of case to be met, denying applicant’s application for further disclosure — ID determining, *inter alia*, that applicant making significant, voluntary, knowing contributions to crimes or criminal purpose of LTTE before arriving in Canada, thereby complicit in acts of LTTE; that applicant’s rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms* not violated — Dismissing applicant’s application for stay of proceedings or other remedy under Charter, s. 24(2) — Main issues: determining standard of review of procedural fairness matters; whether ID breaching duty of fairness by failing to order full *Charkaoui II* disclosure; whether applicant compellable witness before ID; whether transcripts of own testimony in security certificate proceedings admissible; whether ID erring in assessment of evidence; whether ID erring in interpretation of “membership”, “complicity”; whether respondent’s actions constituting abuse of process — While issues of procedural fairness generally reviewed on standard of correctness, case law regarding standard thereon unsettled — In present matter, ID’s rulings involving exercise of discretion afforded to decision maker under home statute, Board’s relaxed rules of evidence, procedure — Further, interlocutory decisions ID making herein largely evidentiary — Short of decision depriving person of fair hearing, Board entitled to deference when determination largely factual or evidentiary — Inadmissibility findings generally calling for review on standard of reasonableness — Regarding duty of fairness, ID not accepting that dictates of fairness, natural justice extending to require disclosure to special advocate of materials in possession of Canadian Security Intelligence Service (CSIS) relating to applicant when respondent’s case based on evidence already disclosed to applicant — That conclusion reasonable — Restrictions on disclosure not in breach of Charter, particularly in context of national security — ID’s finding that fairness not requiring full disclosure in circumstances of case reasonable; purpose of providing special advocate with *Charkaoui II* disclosure in security certificate context is to remedy situation caused by respondent’s reliance on evidence, information not disclosed to named person — Applicant knowing case to be met herein; evidence respondent intending to rely on disclosed to applicant — ID’s finding that

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

applicant not establishing why further disclosure required to allow applicant to know case to be met reasonable — Regarding transcripts, ID concluding that content relevant to issues to be determined at hearing — Reasonable for ID to find lack of full disclosure would have negative effect on applicant's ability to provide credible, reliable testimony not established — Clear differences in Act regarding whether someone compellable witness at security certificate hearing, before ID — Also no explicit reference to compellability of witnesses at ID but several provisions pointing to ID's power to compel witness to testify at admissibility hearing — ID rightly concluding that potential prejudice of admitting applicant's voluntary sworn testimony not outweighing probative value relevant evidence would provide; thus, in circumstances, finding that admitting previously sworn testimony, not obtained in breach of Charter, not resulting in unfairness — Respecting assessment of evidence, documentary evidence only used to establish that LTTE organization having engaged in acts of terrorism — ID not relying thereon to find that applicant member of LTTE or had personally engaged in acts of terrorism — ID's reliance on evidence for limited purpose reasonable, adequately justified in decision — In reaching conclusion that applicant member of LTTE, ID reviewing relevant case law regarding definitions of terrorism, organization as pertaining to Act, s. 34(1)(f) — After determining that LTTE meeting definition of terrorist organization, ID addressing evidence relating to WTM; satisfied that totality of respondent's evidence establishing reasonable grounds to believe WTM raising money for LTTE — ID not erring in finding that applicant member of LTTE — Case law establishing that membership within meaning of statute including materially supporting terrorist activities; evidence adequately supporting ID's finding — ID also properly identifying case law test for complicity in war crimes since evidence reasonably supporting finding that applicant aware of LTTE's illegal activities, criminal purpose — ID reviewing evidence, holding that applicant's actions not those of mere associate, but rather dedicated supporter voluntarily working on behalf of LTTE — As such, ID's finding reasonable grounds existing to believe applicant complicit in war crimes reasonable — With respect to abuse of process, in particular circumstances of present case, ID not erring in finding that nothing inherently unfair in applying law of complicity to evidence previously adduced as voluntary, sworn testimony at prior proceeding — Here, despite prolonged delays caused by interlocutory matters, respondent demonstrating continuing determination to remove applicant for involvement with WTM, LTTE — Applicant's involvement therewith primary basis for inadmissibility; addition of another ground of inadmissibility relating to that involvement not changing matters — Application dismissed.

SURESH V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-4483-15, 2017 FC 28, Mosley J., judgment dated January 10, 2017, 39 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of decision by Canadian Human Rights Commission (Commission) dismissing applicant's human rights complaint alleging retaliation contrary to *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6 (CHRA), s. 14.1 — Applicant, suffering from Chronic Fatigue Syndrome, returning to work as Department of Justice (DOJ) lawyer after four-year leave — Filing grievance pursuant to *Public Service Labour Relations Act*,¹ S.C. 2003, c. 22, s. 2, s. 208, in relation to DOJ having declared her position vacant — Also filing complaint with Commission on same grounds — Both grievance, complaint alleging failure to accommodate on part of her employer — Applicant later filing second grievance alleging retaliation by DOJ — Retaliation, vacating reports, prepared by Commission staff pursuant to CHRA, ss. 40, 41, discussing whether applicant's complaint should be dismissed under Act, s. 41(1)(d) — Commission adopting analysis of vacating report, dismissing applicant's complaints — Court dismissing judicial review of vacating complaint, granting judicial review of retaliation complaint — Commission reconsidering, dismissing retaliation complaint pursuant to Act, s. 41(1)(d) — Supplementary report prepared — However, this report containing wrong submissions from applicant — Notwithstanding these defects in record, supplementary report mistakenly sent to Commission with wrong submissions — Commission adopting analysis from original retaliation report without having benefit of applicant's submissions — Deciding, *inter alia*, subject matter of complaint addressed through respondent's internal grievance process — Whether Commission breaching its duty of procedural fairness; whether Court should exercise its discretion, decline to remand present matter for reconsideration — Determinative issue herein failure of Commission to hear both sides before coming to its decision — Commission breaching its fundamental duty by failing to have before it applicant's submissions on retaliation report when deciding retaliation complaint — Court having discretion to dismiss judicial review notwithstanding breach of procedural fairness where, if judicial review granted, result nonetheless the same — However, even if underlying decision reasonable or inevitable, Commission's decision should not be left in place; decision must be set aside — Court not expected to proceed without benefit of applicant's submissions — Applicant entitled to have her submissions heard, decided by Commission — Remanding matter to Commission more likely to lead to better procedural outcome than if Court undertook

¹ Now called the *Federal Public Sector Labour Relations Act* (see S.C. 2017, c. 9, s. 2).

HUMAN RIGHTS—Concluded

de novo review — Failure of Commission to consider applicant’s submissions not “mere technicality” or “immaterial” error — Application allowed.

BERGERON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1965-14, 2017 FC 57, Brown J., judgment dated January 19, 2017, 33 pp.)

PATENTS

Appeal from Federal Court (F.C.) decision (2015 FC 721) determining amount of appellants’ (Apotex Inc. and Apotex Pharmachem Inc.) profits attributable to its infringing activity — Respondent ADIR owner of Canadian Patent No. 1341196 ('196 patent) which claims drug perindopril sold under trademark COVERSYL — Respondent Servier Canada Inc. corporate affiliate of ADIR, exploiting '196 patent in Canada (ADIR, Servier collectively referred to as respondents herein) — Appellants selling generic version of perindopril in tablet form — F.C. holding in 2008 that '196 patent valid, infringed by appellants — Liability judgment affirmed on appeal — Respondents electing to recover profits appellants earned by reason of their infringing activities — F.C. requiring appellants to completely disgorge its Canadian profits — Rejecting appellants’ arguments profits should be reduced (1) by taking into account availability of non-infringing alternatives, (2) on basis that portion thereof attributable to non-infringing services it provided — Appellants asserting F.C. failed to: reduce profits by taking into account availability of non-infringing alternatives; apportion or segregate profit appellants earned on sale of infringing perindopril from profit it earned from provision of indemnity, related legal services appellants provided to foreign affiliates — Main issues whether F.C. erring by rejecting relevance at law of non-infringing perindopril for export sales; in refusing to apportion revenue appellants received under transfer price agreements for sale of perindopril to foreign affiliates — F.C. erring in law by rejecting appellants argument that its profits should be calculated taking into account availability of non-infringing perindopril for export sales, by failing to apply differential profit approach — Supreme Court in *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902 explaining that comparison having to be made between profit attributable to invention, profit using best non-infringing option — Differential profit approach “preferred means” of calculating an accounting of profits but not only means — However, need to ensure patentee only receive that portion of infringer’s profit that is causally attributable to invention — Here, value of invention can only be quantified if non-infringing alternatives considered — Value of patent lying in ability of patentee to exclude competitors, competition — F.C. conclusion rejecting relevance of non-infringing perindopril because appellants sold perindopril inconsistent with *Schmeiser* — Policy reasons cannot trump requirement that infringer’s disgorged profit must only be profit causally attributable to invention — F.C. not erring in refusing to apportion revenue appellants received under transfer price agreements for sale of perindopril to foreign affiliates — F.C.’s interpretation of transfer pricing agreements based on extricable error of law — This said, in applying required interpretive principles, appellants failing to establish that transfer pricing agreements apportion revenue — Profit resulting from sale of perindopril entirely causally attributable to invention — Follows that no apportionment warranted — F.C. committing extricable legal error when interpreting transfer price agreements — Appellants not demonstrating that revenues received pursuant to transfer price agreements with foreign affiliates intended to be apportioned between revenue received for drug, revenue received for indemnity, defence costs it agreed to bear — Appeal allowed in part.

APOTEX INC. V. ADIR (A-315-15, 2017 FCA 23, Dawson J.A., judgment dated February 2, 2017, 34 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.

BREVETS

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (C.F.) (2015 CF 721) qui a déterminé que le montant des bénéfices des appelantes (Apotex Inc. et Apotex Pharmachem Inc.) était attribuable à leurs activités contrefaisantes — L'intimée ADIR est titulaire du brevet canadien n° 1341196 (le brevet '196) qui revendique le médicament périndopril vendu sous la marque de commerce COVERSYL — L'intimée Servier Canada Inc., une société affiliée d'ADIR, exploite le brevet '196 au Canada (ADIR et Servier sont collectivement désignées les intimées aux présentes) — Les appelantes vendent la version générique du périndopril sous forme de comprimés — La C.F. a jugé en 2008 que le brevet '196 était invalide et qu'il a été contrefait par les appelantes — Le jugement quant à la responsabilité a été confirmé en appel — Les intimées ont choisi de recouvrer les bénéfices que les appelantes ont tirés en raison de leurs activités contrefaisantes — La Cour fédérale (la C.F.) a exigé des appelantes qu'elles restituent totalement les bénéfices qu'elles ont tirés au Canada — La C.F. a rejeté l'argument des appelantes selon lequel les bénéfices devraient être réduits 1) en tenant compte de la disponibilité de solutions de rechange non contrefaisantes, 2) au motif qu'une part de ces bénéfices était attribuable à des services non contrefaisants qu'elle fournissait — Les appelantes ont soutenu que la C.F. a fait défaut de faire ce qui suit : réduire les bénéfices en tenant compte de la disponibilité de solutions de rechange non contrefaisantes, et de répartir ou de séparer les bénéfices que les appelantes ont tirés de la vente du périndopril contrefait des bénéfices qu'elles ont tirés de la disposition relative à l'indemnité et des services juridiques connexes que les appelantes ont fournis à des sociétés affiliées étrangères — Il s'agissait principalement de savoir si la C.F. a commis une erreur en rejetant la pertinence en droit du périndopril non contrefaisant en vue de le vendre à l'exportation et en refusant de répartir les revenus que les appelantes ont reçus en vertu d'ententes de prix de transfert pour la vente de périndopril à des sociétés affiliées étrangères — La C.F. a commis une erreur de droit en rejetant l'argument des appelantes que ses bénéfices devaient être calculés en tenant compte de la disponibilité du périndopril non contrefaisant en vue de le vendre à l'exportation — La C.F. a également commis une erreur en faisant défaut d'appliquer la méthode du profit différentiel — La Cour suprême dans l'arrêt *Monsanto Canada c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902 a expliqué qu'il faut comparer le profit que l'invention a permis de réaliser à celui qui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante — L'approche du profit différentiel est la méthode privilégiée de calcul des profits, mais n'est pas la seule méthode — Cependant, il faut s'assurer que la brevetée ne reçoit que la part des bénéfices du contrefacteur qui sont directement attribuables à l'invention — En l'espèce, la valeur de l'invention ne peut être quantifiée que si les solutions de rechange non contrefaisantes sont prises en compte — La valeur du brevet découle de la capacité de la brevetée d'exclure les concurrents et la concurrence — La conclusion de la C.F. de rejeter la pertinence du périndopril non contrefaisant parce que les appelantes en ont vendu va à l'encontre de l'arrêt *Schmeiser* — Des raisons de principe ne peuvent pas éclipser l'exigence selon laquelle le profit dégagé du contrevenant ne doit être qu'un profit directement attribuable à l'invention — La C.F. n'a pas commis d'erreur en refusant de répartir les revenus que les appelantes ont reçus en vertu d'ententes de prix de transfert pour la vente de périndopril à des sociétés affiliées étrangères — L'interprétation par la C.F. des ententes de prix de transfert était fondée sur une erreur de droit isolable — Cela dit, en appliquant les principes d'interprétation requis, les appelantes n'ont pas établi que les ententes de prix de transfert répartissaient les revenus — Le bénéfice découlant de la vente de périndopril était, à tous égards, directement attribuable à l'invention — Il s'ensuit qu'une répartition n'est pas justifiée — La C.F. a commis des erreurs juridiques isolables lors de l'interprétation des ententes de prix de transfert — Les appelantes n'ont pas démontré que les revenus qui ont été reçus aux termes des ententes de prix de transfert avec des sociétés affiliées étrangères étaient destinés à être répartis entre les revenus reçus pour le médicament, les revenus reçus à titre d'indemnité et les frais de défense qu'elles ont accepté d'assumer — Appel accueilli en partie.

APOTEX INC. C. ADIR (A-315-15, 2017 CAF 23, juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 2 février 2017, 34 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Personnes interdites de territoire

Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision de la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle elle a jugé qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que l'appelant était interdit de territoire au Canada aux termes de l'art. 34(1)f) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, parce qu'il était membre d'une organisation terroriste et qu'en vertu de l'art. 35(1)a), il a été complice de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité — Le demandeur est un Tamoul de nationalité sri lankaise qui s'est vu accorder le statut de réfugié au Canada — Il a travaillé au sein du World Tamil Movement (WTM) — Le demandeur a été frappé d'une mesure d'expulsion du Canada étant donné le risque qu'il posait à la sécurité nationale — Le certificat indiquant que le demandeur constituait une menace pour la sécurité du Canada avait été signé, mais le certificat a été annulé par la suite en application de la loi — Par la suite, deux rapports ont été délivrés alléguant que le demandeur était interdit de territoire en vertu des art. 34(1)c),f) et 35(1)a) — Les rapports indiquaient que le demandeur était interdit de territoire, car il était membre du WTM, une entité réputée pour être l'organisation de façade des Tigres de libération de l'Eelam tamoul (TLET) et parce qu'il était complice dans d'autres infractions — Il s'agissait principalement de savoir si dans le cadre de l'audience sur l'interdiction de territoire l'intimé avait l'obligation de divulguer des documents classifiés en possession du gouvernement ou sous son contrôle concernant le demandeur — La SI a conclu que, malgré les similitudes procédurales entre l'instance concernant le certificat de sécurité à la Cour fédérale (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 RCS 326 (*Charkaoui II*)) établissant que le niveau de divulgation requis pour protéger les droits fondamentaux sont touchés par l'instance concernant le certificat de sécurité, et les procédures d'interdiction de territoire devant la SI, l'équité n'exigeait pas la divulgation complète dans les circonstances de l'espèce — La SI a conclu que le demandeur connaissait la preuve qu'il devait produire et a rejeté sa demande pour obtenir communication d'autres éléments de preuve — La SI a jugé, entre autres, que le demandeur a contribué de façon significative, volontaire et consciente aux crimes ou au dessein criminel des TLET avant son arrivée au Canada, et qu'il avait par conséquent participé aux actes criminels des TLET; les droits du demandeur en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'ont pas été violés — La SI a rejeté la demande du demandeur pour suspendre l'instance ou d'autres recours en vertu de l'art. 24(2) de la Charte — Il s'agissait principalement de déterminer la norme de contrôle applicable aux questions d'équité procédurale; si la SI a manqué à son obligation d'équité en omettant d'ordonner la divulgation intégrale de tous les éléments de preuve en vertu de l'arrêt *Charkaoui*; si le demandeur était un témoin contraignable; si les transcriptions de son propre témoignage dans l'instance concernant le certificat de sécurité étaient admissibles; si la SI a commis une erreur de droit dans son évaluation de la preuve; si la SI a commis une erreur dans l'interprétation de « membre » et de « complice »; et si les actes du défendeur constituaient un abus de procédure — Bien que les questions d'équité procédurale soient généralement examinées selon la norme de la décision correcte, la jurisprudence relative à cette norme qui y est applicable n'est pas établie — En l'espèce, les décisions de la SI faisaient jouer le pouvoir discrétionnaire accordé au décideur en vertu de sa loi constitutive et les règles assouplies en matière de preuve et de procédure de la Commission — En outre, les décisions interlocutoires qu'a rendues la SI en l'espèce étaient en grande partie fondées sur la preuve — À moins d'une décision qui prive une personne d'un procès équitable, la Commission a droit à la retenue lorsque la décision rendue est en grande partie fondée sur les faits et la preuve — Les conclusions relatives à l'interdiction de territoire exigent en règle générale l'application de la norme de la décision raisonnable — En ce qui concerne l'obligation d'équité, la SI n'a pas accepté que les règles d'équité et de justice naturelle exigent la divulgation à un avocat spécial de documents en possession du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) concernant le demandeur lorsque le dossier du défendeur est fondé sur des preuves déjà divulguées au demandeur — Cette conclusion était raisonnable — Les restrictions quant à la divulgation n'ont pas violé les dispositions de la Charte, en particulier dans le contexte de la sécurité nationale — La conclusion de la SI selon laquelle l'équité n'exige pas une divulgation intégrale dans les circonstances de l'espèce était raisonnable; la raison pour laquelle on accorde à un avocat spécial le même genre de divulgation que celle prévue dans l'arrêt *Charkaoui II* dans le contexte d'un certificat de sécurité est de remédier à la situation causée par le recours du défendeur à des éléments de preuve et des renseignements qui n'ont pas été divulgués à la personne désignée — Le demandeur savait quelle preuve il devait produire en l'espèce; la preuve sur laquelle le défendeur avait l'intention de s'appuyer a été divulguée au demandeur — La conclusion de la SI selon laquelle le demandeur n'a pas établi pourquoi une nouvelle divulgation était requise pour permettre au demandeur de savoir quelle preuve devait être produite était raisonnable — En ce qui concerne les transcriptions, la SI a conclu que le contenu était pertinent pour les questions qui devaient être tranchées à l'audience — Il était raisonnable pour la SI de conclure qu'il n'avait pas été établi que l'absence d'une divulgation complète aurait une incidence négative sur la capacité du demandeur à fournir des témoignages crédibles et fiables — Il existe des différences claires dans la Loi en ce qui concerne le

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

fait de savoir si une personne est contraignable dans le cadre d'une audience concernant un certificat de sécurité et devant la SI — De même, on ne trouve aucune référence explicite à la contraignabilité des témoins devant la SI, mais plusieurs dispositions portent sur le pouvoir de contraindre une personne à témoigner dans le cadre d'une enquête — La SI a conclu à bon droit que le préjudice potentiel que constituait l'admission du témoignage fait sous serment et volontaire du demandeur ne l'emportait pas sur la valeur probatoire que la preuve pertinente comporterait; ainsi, dans les circonstances, la SI a conclu que l'admission du témoignage assermenté antérieurement par le demandeur, qui n'a pas été obtenu en violation de la Charte, n'entraînait pas d'iniquité — En ce qui concerne l'évaluation des éléments de preuve, les preuves documentaires n'ont été utilisées que pour établir que l'organisation des TLET avait commis des actes de terrorisme — La SI ne s'est pas appuyée sur ces éléments de preuve pour conclure que le demandeur était membre des TLET ou qu'il a personnellement commis des actes de terrorisme — Le recours par la SI à ces éléments de preuve à des fins restreintes était raisonnablement justifié dans la décision — Pour tirer sa conclusion selon laquelle le demandeur était membre des TLET, la SI a examiné la jurisprudence pertinente concernant les définitions de terrorisme et d'organisation telles qu'elles se rapportent à l'art. 34(1)f — Après avoir déterminé que les TLET répondaient à la définition d'organisation terroriste, la SI a abordé la preuve concernant le WTM; elle était convaincue que la totalité des éléments de preuve établissait qu'il y avait des motifs raisonnables de croire que le WTM levait des fonds pour les TLET — La SI n'a pas commis d'erreur en concluant que le demandeur était membre des TLET — La jurisprudence a établi que l'appartenance au sens de la loi incluait le fait d'appuyer de façon matérielle des activités terroristes; la preuve reflète adéquatement la conclusion de la SI — La SI a également déterminé correctement le critère jurisprudentiel applicable à la complicité dans les crimes de guerre, étant donné que les éléments de preuve justifiaient raisonnablement le fait que le demandeur connaissait les activités illégales et le dessein criminel des TLET — La SI a examiné la preuve, jugeant que les actes du demandeur n'étaient pas ceux d'un simple associé, mais bien ceux d'un allié dévoué travaillant volontairement pour le compte des TLET — À ce titre, la conclusion de la SI selon laquelle il y avait des motifs raisonnables de croire que le demandeur avait participé à des crimes de guerre était raisonnable — En ce qui concerne l'abus de procédure, dans les circonstances particulières de l'espèce, la SI n'a pas commis d'erreur en concluant qu'il n'y avait rien d'injuste en soi dans l'application du droit en matière de complicité à des éléments de preuve antérieurement présentés comme des témoignages volontaires et sous serment lors d'une instance antérieure — En l'espèce, en dépit de retards prolongés causés par des questions interlocutoires, le défendeur a démontré sa détermination continue de renvoyer le demandeur pour avoir participé aux activités du WTM et des TLET — La participation du demandeur dans ces organisations a constitué le fondement principal de son interdiction de territoire; l'ajout d'un autre motif d'interdiction relatif à cette implication ne modifie en rien les choses — Demande rejetée.

SURESH C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE) (IMM-4483-15, 2017 CF 28, juge Mosley, jugement en date du 10 janvier 2017, 39 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) a rejeté la plainte en matière de droits de la personne de la demanderesse, qui alléguait des représailles en violation de l'art. 14.1 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (LCDP) — La demanderesse, souffrant du syndrome de fatigue chronique, est retournée travailler au ministère de la Justice (MJ) à titre d'avocate après un congé de quatre ans — Elle a déposé un grief en vertu de l'art. 208 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*¹, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 parce que le MJ avait déclaré son poste vacant — Elle a également déposé une plainte auprès de la Commission pour les mêmes motifs — Le grief et la plainte contiennent des allégations selon lesquelles son employeur n'a pas pris de mesures d'accommodement à son égard — La demanderesse a par la suite déposé un deuxième grief, alléguant des représailles de la part du MJ — Le rapport sur les représailles et le rapport sur la libération du poste ont été préparés par le personnel de la Commission conformément aux art. 40 et 41 de la LCDP et visaient à déterminer si la plainte de la demanderesse devrait être rejetée en vertu de l'art. 41(1)d) de la Loi — La Commission a adopté l'analyse du rapport sur la libération du poste, rejetant les plaintes de la demanderesse — La Cour a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la plainte relative à la libération du poste et a accueilli la demande de contrôle judiciaire de la plainte relative aux représailles — La Commission a effectué un nouvel examen et a rejeté la demande relative aux représailles en vertu de l'art. 41(1)d) de la Loi — Un rapport supplémentaire a été préparé — Cependant, ce rapport ne contenait pas les bonnes observations de la demanderesse — Malgré ces irrégularités au dossier, le rapport supplémentaire contenant les mauvaises observations a été envoyé par erreur à la Commission — La Commission a adopté l'analyse du rapport original sur les représailles sans avoir pris connaissance des observations de la demanderesse — Elle a conclu, entre autres, que l'objet de la plainte avait déjà été traité dans le cadre du processus de grief interne du défendeur — Il s'agissait de déterminer si

¹ Maintenant appelée la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* (voir L.C. 2017, ch. 9, art. 2).

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

la Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale; et si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de renvoyer la présente affaire pour un nouvel examen — La question déterminante en l'espèce vise le défaut de la Commission d'entendre les deux parties avant de rendre une décision — La Commission a manqué à son obligation fondamentale en n'ayant pas à sa disposition les observations de la demanderesse concernant le rapport sur les représailles lorsqu'elle a tranché la plainte relative aux représailles — La Cour a le pouvoir discrétionnaire de rejeter le contrôle judiciaire malgré le manque d'équité procédurale dans les cas où, même si la demande de contrôle judiciaire était accueillie, le résultat serait le même — Cependant, même si la décision sous-jacente est raisonnable ou inévitable, la décision de la Commission ne peut être maintenue; la décision doit être annulée — On ne peut s'attendre à ce que la Cour tranche la question sans avoir examiné les observations de la demanderesse — La demanderesse a le droit de faire examiner ses observations par la Commission et d'obtenir une décision de la part de celle-ci — Le renvoi de cette affaire à la Commission est plus susceptible d'entraîner un meilleur résultat procédural que si la Cour reprenait l'examen du début — Le défaut de la Commission d'examiner les observations de la demanderesse n'est pas une simple « question de forme » ou une « erreur sans importance » — Demande accueillie.

BERGERON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1965-14, 2017 CF 57, juge Brown, jugement en date du 19 janvier 2017, 33 p.)

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3