



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 1, Part 3

2021, Vol. 1, 3^e fascicule

Cited as [2021] 1 F.C.R., {
551-834
D5-D18
i-lxxxix

Renvoi [2021] 1 R.C.F., {
551-834
F7-F23
i-lxxxix

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

EMMA KALY

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

EMMA KALY

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

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2022.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2022.

Print

Cat. No. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

Online

Cat. No. JU1-2-1-PDF

ISSN 1714-373X

Imprimé

N° de cat. JU1-2-1

ISSN 1714-3713

En ligne

N° de cat. 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.

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.

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.

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

Judgments	551–834
Digests.	D5–D18
Title page.	i
List of Judges	iii
Appeals noted	xv
Table of cases reported in this volume	xix
Contents of the volume	xxiii
Table of cases digested in this volume	xxxv
Cases cited	xxxv
Statutes and regulations cited	lxvii
Treaties and other instruments cited	lxxix
Authors cited	lxxxiii

Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company (F.C.A.) 551

Patents — Infringement — Remedies — Accounting of profits — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision concerning remedy of accounting of profits, specifically calculation of amount respondents entitled to receive — Issue arising from earlier Federal Court judgment finding that appellant liable for infringing respondents' patent over metalocene linear low-density polyethylene by manufacturing its product SURPASS, selling it in competition to respondents' product ELITE — Question of remedy arising therein — Respondents electing accounting of profits — Whether Federal Court erring in rejecting appellant's apportionment claim; whether Federal Court erring in awarding respondents "springboard profits"; whether Federal Court erring

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

Jugements	551–834
Fiches analytiques	F7–F23
Page titre	i
Liste des juges	ix
Appels notés	xv
Table des décisions publiées dans ce volume	xxi
Table des matières du volume	xxvii
Table des fiches analytiques publiées dans ce volume	xxxiii
Jurisprudence citée	li
Lois et règlements cités	lxxiii
Traités et autres instruments cités	lxxxv
Doctrine citée	lxxxvii

Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company (C.A.F.) 551

Brevets — Contrefaçon — Réparations — Restitution des profits — Appel et appel incident interjetés à l'encontre du jugement rendu par la Cour fédérale concernant le calcul de la restitution des profits et, plus précisément, le calcul du montant de la réparation à laquelle les intimées avaient droit — Cette question découlait d'un jugement antérieur de la Cour fédérale qui a conclu que l'appelante s'était rendue coupable de contrefaçon du brevet des intimées relativement au métallocène polyéthylène à basse densité et structure linéaire en fabriquant son produit, SURPASS, et en le vendant pour faire concurrence au produit des intimées, ELITE — Ce jugement a fait intervenir la question de la réparation — Les intimées ont opté pour la restitution des profits — Il s'agissait de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

in selecting “full cost” method for deducting costs; whether Federal Court erring in converting currency at date of judgment — *Per Stratas J.A. (Near J.A. concurring)*: Appellant’s apportionment argument failing — Appellant not demonstrating that it would have sold ethylene to third parties if not using it to make infringing SURPASS polyethylene or that portion of profits attributable to its unique ability to produce ethylene at significant discount — Respondents having exclusive right to produce polyethylene covered by own patent — Fact appellant producing its own ethylene in manner that generates higher profits irrelevant — Federal Court correctly holding that accounting of profits should be based on actual revenues, costs — Appellant’s actions part, parcel of manufacture, sale of infringing product — Federal Court addressing issue on “apportionment” even though not using actual term in reasons — Federal Court finding that gain appellant earning resulting from more efficient manner of manufacturing ethylene was gain made as result of infringement — Not erring in law or making palpable, overriding error on issue of apportionment — Federal Court not making palpable, overriding error by allowing respondents springboard profits as sought — Profits disgorged constituting actual profits appellant earned that were causally attributable to infringement — While Federal Court reaching correct outcome in deducting costs, selected full costs method on incorrect basis — Wrongly relying on Australian High Court decision *Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd*; wrongly holding that “full costs” approach can be implemented as long as infringer operating at full capacity, can prove opportunity cost — “Full costs” approach should always be available to infringer; is preferred method for deducting costs — Despite *Currency Act*, s. 12 requirement that courts render judgments in Canadian dollars, Federal Court not wrong in converting award at date of judgment — Facts of present case such that conversion at date of judgment rather than date of breach only correct outcome — In conclusion, Federal Court committing no reviewable error when dismissing appellant’s apportionment arguments, awarding springboard profits, applying “full cost” method for deducting costs, converting foreign currency at date of judgment — Appeal, cross-appeal dismissed — *Per Woods J.A. (dissenting)*: Not all SURPASS profits should have been disgorged because not entirely attributable to infringing activity — Appellant’s process for producing ethylene not infringing respondents’ patent — Federal Court failing to consider appellant’s argument that portion of SURPASS profits not causally attributable to respondents’ patent; therefore failing to consider proper legal test for apportionment of profits — Thus, Federal Court erring in law.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la demande de répartition des profits de l’appelante; si la Cour fédérale a commis une erreur en accordant des « bénéfices de rebond » aux intimées; si la Cour fédérale a commis une erreur en choisissant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts; et si la Cour fédérale a commis une erreur en convertissant la devise à la date du jugement — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Near, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Les arguments de l’appelante relatifs à la répartition des profits ont été rejetés — L’appelante n’a pas démontré qu’elle aurait été en mesure de vendre de l’éthène à des tiers si elle n’avait pas utilisé ce composant pour fabriquer le polyéthylène contrefait SURPASS ou qu’une partie de ses profits étaient attribuables à sa capacité unique de produire de l’éthène à un prix considérablement moins élevé — Les intimées possèdent le droit exclusif de produire le polyéthylène visé par leur brevet — Le fait que l’appelante produit son propre éthène d’une manière qui lui permet de réaliser des profits plus élevés n’était pas pertinent — La Cour fédérale a conclu à juste titre que le recouvrement des bénéfices devrait se fonder sur les recettes et les coûts réels — Les actions de l’appelante concouraient à la fabrication et à la vente du produit contrefait — La Cour fédérale a tranché la question relative à la répartition des profits même si elle n’a pas employé le terme « répartition » dans ses motifs — La Cour fédérale a conclu que les gains dégagés par l’appelante grâce à sa méthode de fabrication plus efficace de l’éthène étaient attribuables à la contrefaçon — Elle n’a commis ni d’erreur de droit ni d’erreur manifeste et dominante sur la question de la répartition des profits — La Cour fédérale n’a commis aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante en accordant aux intimées les bénéfices « de rebond » qu’elles demandaient — Les profits restitués étaient les profits réels qui ont été réalisés par l’appelante et qui avaient un lien de causalité avec la contrefaçon — Bien que la Cour fédérale soit arrivée à la bonne conclusion en déduisant les coûts, son choix de la méthode du coût de revient complet reposait sur un fondement erroné — Elle a appliqué à tort l’arrêt *Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd*; elle a conclu à tort que la méthode du « coût de revient complet » convenait à condition que le contrefacteur fonctionne à plein rendement et qu’il puisse justifier de coûts de renonciation — Le contrefacteur devrait toujours avoir la possibilité de demander l’application de la méthode du « coût de revient complet »; elle est la méthode qu’il faut privilégier pour la déduction des coûts — Bien que l’art. 12 de la *Loi sur la monnaie* exige que les tribunaux expriment les sommes d’argent en dollars canadiens dans leurs jugements, la Cour fédérale n’a pas eu tort de convertir le montant de la restitution à la date du jugement — Les faits particuliers en l’espèce ont fait que la conversion

Suite à la page suivante

3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General)
(F.C.A.) 615

Telecommunications — Appeal from Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) decision finding that appellant violating Canada’s anti-spam legislation (CASL or the Act), imposing administrative monetary penalty (AMP) — Act regulating, *inter alia*, sending of commercial electronic messages (CEMs) — E-mail marketing primary means of business development for appellant — Appellant sending promotional CEMs to various recipients — Later issued notice of violation (NOV) pursuant to Act, s. 22 for violating Act, ss. 6(1)(a) (not obtaining recipients’ consent prior to sending CEMs), 6(2)(c) (some CEMs not containing functioning “unsubscribe” link) — CRTC finding Act *intra vires* Parliament — Determining that impugned provisions’ violation of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter), s. 2(b) justified under Charter, s. 1 — Further holding that impugned provisions not creating offence for purposes of Charter, s. 11 — Finding that Act not violating Charter, ss. 7, 8 — CRTC holding, *inter alia*, that appellant failing to establish that “business-to-business” exemption applying to any CEMs under consideration — Of view that appellant not providing sufficient evidence of relationships with organizations CEMs sent to — Issues: whether Act *ultra vires* Parliament; whether Act’s violation of Charter, s. 2(b) justified under Charter, s. 1; whether Act violating Charter, ss. 7, 8, 11; whether CRTC erring in its interpretation, application of business-to-business exemption, of Act’s implied consent requirements regarding conspicuous publication — Five indicia of valid general trade, commerce legislation set out in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*

Continued on next page

3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général)
(C.A.F.) 615

à la date du jugement plutôt qu’au moment de l’infraction était la seule bonne option possible — En conclusion, la Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant les arguments de l’appelante relatifs à la répartition des profits, en ordonnant la restitution des profits résultant de l’effet dit de rebond, en appliquant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts et en convertissant la devise étrangère à la date du jugement — Appel et appel incident rejetés — La juge Woods, J.C.A. (dissidente) : La totalité des profits liés à SURPASS n’aurait pas dû être restituée, car ceux-ci n’étaient pas tous attribuables à l’activité de contrefaçon — Le procédé de production d’éthène de l’appelante ne violait pas le brevet des intimées — La Cour fédérale a fait fi de l’argument de l’appelante selon lequel une partie des profits liés à SURPASS n’avaient pas de lien de causalité avec le brevet des intimées; de ce fait, elle a fait fi du critère juridique qui s’applique à la répartition des profits — Il s’agissait d’une erreur de droit de la Cour fédérale.

Télécommunications — Appel interjeté à l’égard d’une décision dans laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a conclu que l’appelante violait la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels (la Loi ou la LCAP) et lui a infligé une sanction administrative pécuniaire (SAP) — La Loi prévoit la réglementation notamment de l’envoi de messages électroniques commerciaux (MEC) — Le marketing par courriel était le principal mode de prospection commerciale de l’appelante — L’appelante a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires — Elle s’est vu signifier par la suite un procès-verbal de violation (PVV) en vertu de l’art. 22 de la Loi au motif qu’elle n’avait pas obtenu le consentement des destinataires avant de leur transmettre les MEC (art. 6(1)a) de la Loi), et que certains des MEC ne comportaient pas de mécanisme d’exclusion sous la forme d’un lien fonctionnel (art. 6(2)c) de la Loi) — Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement — Il a conclu que la violation de l’art. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (Charte) par les dispositions contestées était justifiée au regard de l’article premier de la Charte — Le CRTC s’est dit d’avis également que les dispositions contestées ne créaient pas d’infraction au sens de l’art. 11 de la Charte — Il a conclu que la Loi n’enfreint pas les art. 7 et 8 — Le CRTC a conclu notamment que l’appelante n’avait pas démontré que l’exception pour les communications interentreprises s’appliquait aux MEC visés — De l’avis du CRTC, l’appelante n’avait pas produit assez d’éléments démontrant l’existence de rapports avec les organisations auxquelles elle avait envoyé les MEC — Il s’agissait de savoir : si la Loi relève de la compétence du Parlement; si

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

considered to determine vires of CASL — CASL's CEM scheme constituting valid exercise of Parliament's power over general trade, commerce affecting Canada as a whole pursuant to second branch of *Constitution Act, 1867*, s. 91(2) — With respect to Charter, s. 2(b), while impugned provisions infringing freedom of expression, infringement justified under Charter, s. 1 — Act's benefits outweighing its detrimental effects on freedom of expression — Appellant having no standing to bring claim under Charter, s. 7 as appellant corporation not defending against criminal charge — Charter, s. 8 finding application but no unreasonable seizure arising herein — Act's administrative monetary penalty (AMP) not violating Charter, s. 11(d) — AMP proceedings having regulatory purpose, not criminal in nature — CRTC not erring in its interpretation, application of business-to-business exemption — "Contractual relationship" not determinative of whether Act's business-to-business exemption applicable — Contractual relationships comprehending limited number of transactions affecting few employees not constituting relationships for purposes of business-to-business exemption — Evidentiary requirements for establishing relationship for purposes of business-to-business exemption more demanding than for existing business relationship — Appellant failed to demonstrate relationships with the recipient organizations — Finally, CRTC not erring in interpreting, applying Act's implied consent requirements regarding conspicuous publication, unsubscribe mechanisms — Appeals dismissed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation (CASL or the Act) — Act regulating, *inter alia*, sending of commercial electronic messages (CEMs) —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la violation de l'art. 2b) de la Charte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte; si la Loi enfreint les articles 7, 8 et 11 de la Charte; si le CRTC a mal interprété et appliqué l'exception pour les communications interentreprises et les exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue — Pour décider si la LCAP était constitutionnelle, il a fallu recourir aux cinq indices énoncés dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, servant à déterminer si une loi relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce — Les dispositions de la LCAP sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet de l'art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — En ce qui concerne l'art. 2b) de la Charte, les dispositions contestées restreignent la liberté d'expression, mais cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte — Les avantages de la Loi l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression — Étant donné qu'elle est une société et qu'elle ne se défendait pas contre des accusations de nature criminelle, l'appelante n'avait pas qualité pour invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte — L'art. 8 de la Charte s'appliquait en l'espèce, mais il n'y a pas eu saisie abusive — Le régime de sanctions administratives pécuniaires (SAP) de la Loi n'enfreint pas l'art. 11d) de la Charte — L'objet des procédures menant aux SAP prévues par la Loi est de nature administrative et n'est pas de nature criminelle — Le CRTC n'a pas commis d'erreur dans son interprétation et son application de l'exception pour les communications interentreprises — L'existence d'une « relation contractuelle » ne tranchait pas la question de savoir si l'exception pour les communications interentreprises prévue par la Loi s'appliquait — Les relations contractuelles comptant un petit nombre de transactions touchant un petit nombre d'employés ne constituent pas un rapport pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises — La preuve à faire pour démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises est plus rigoureuse que la preuve à faire pour démontrer l'existence de relations d'affaires en cours — L'appelante n'a pas démontré qu'elle entretenait des rapports avec les organisations destinataires — Enfin, le CRTC n'a pas commis d'erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue et aux mécanismes d'exclusion — Appels rejetés.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels (la Loi ou la LCAP) — La Loi prévoit la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Appellant sending promotional CEMs to various recipients in violation of Act, ss. 6(1)(a), 6(2)(c) — CRTC finding Act *intra vires* Parliament — Considering five indicia of valid general trade, commerce legislation set out in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing (General Motors)* — Concluding Act’s pith, substance falling within Parliament’s power over general trade, commerce pursuant to *Constitution Act, 1867*, s. 91(2) — Whether Act *ultra vires* Parliament — Act’s CEM scheme valid exercise of Parliament’s power over general trade, commerce — Impugned provisions constituting distinct regulatory scheme relating to unsolicited CEMs — Parliament’s intending to create scheme to regulate CEMs in order to prevent, *inter alia*, impairment of e-economy, costs to businesses and consumers — Act not intruding on provincial jurisdiction by interfering with contractual terms — Impugned CEM scheme meeting first two indicia of *General Motors* test — Impugned legislation concerned with trade as whole, thus satisfying third *General Motors* indicium — Provinces, jointly or severally, constitutionally incapable of enacting CEM scheme — Scheme’s successful operation jeopardized by failing to include all provinces — CASL’s CEM scheme constituting valid exercise of Parliament’s power over general trade, commerce affecting Canada as a whole pursuant to second branch of *Constitution Act, 1867*, s. 91(2).

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant’s constitutional challenge to Canada’s anti-spam legislation (CASL or the Act) — Act regulating, *inter alia*, sending of commercial electronic messages (CEMs) — Appellant sending promotional CEMs to various recipients in violation of Act, ss. 6(1)(a), 6(2)(c) — CRTC determining that Act’s impugned provisions violating Charter, s. 2(b) — Concluding this violation justified under Charter, s. 1 — Whether Act’s violation of s. 2(b) justified under s. 1 — CEMs protected under s. 2(b) — Impugned provisions infringing freedom of expression — However, violation justified under Charter, s. 1 — Act meeting threshold for passing “prescribed by law”

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

réglementation notamment de l’envoi de messages électroniques commerciaux (MEC) — L’appelante a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires en contravention des art. 6(1)a) et 6(2)c) de la Loi — Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement — Il a examiné les cinq critères de validité permettant de vérifier qu’une loi relève de la compétence générale de réglementation du trafic et du commerce énoncés dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing (General Motors)* — Il a déterminé que le caractère véritable de la Loi tombe sous le coup de l’art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue au Parlement le pouvoir général en matière de trafic et de commerce — Il s’agissait de savoir si la Loi relève de la compétence du Parlement — Les dispositions de la Loi sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement — Les dispositions contestées créent un régime administratif distinct visant les MEC non sollicités — Le législateur entendait créer un régime réglementant l’envoi de MEC pour empêcher notamment que de telles pratiques nuisent à la cyberéconomie et entraînent des coûts pour les entreprises et les consommateurs — La Loi n’empiète pas sur un domaine de compétence provinciale en modifiant les modalités de contrats — Les dispositions sur les MEC contestées satisfont aux deux premiers indices de validité de l’arrêt *General Motors* — La loi contestée intéresse le commerce dans son ensemble et satisfait donc au troisième indice du critère de l’arrêt *General Motors* — La Constitution n’habilite pas les provinces, conjointement ou séparément, à adopter les dispositions sur les MEC — L’absence d’une ou de plusieurs provinces du régime compromettrait l’application de ce dernier — Les dispositions de la LCAP sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet de l’art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l’appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels (la Loi ou la LCAP) — Loi prévoit la réglementation notamment de l’envoi de messages électroniques commerciaux (MEC) — L’appelante a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires en contravention des art. 6(1)a) et 6(2)c) de la Loi — Le CRTC a conclu que les dispositions contestées de la Loi enfreignent l’art. 2b) de la Charte — Il a conclu que cette atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la Charte — Il s’agissait de savoir si la violation par la Loi de l’art. 2b)

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

stage of s. 1 analysis — Impugned provisions not vague — Act's legislative objective not too broad — Act passing rational connection stage of s. 1 inquiry — Act establishing partial, rather than absolute, prohibition on CEMs — Establishing complex legislative scheme to achieve its objectives — CRTC correctly rejecting less impairing alternatives proposed by appellant — Act's benefits outweighing its detrimental effects on freedom of expression — Act presenting obstacle to non-commercial forms of speech only where such speech having commercial purpose — Harm to other forms of speech de minimis — Commercial expression lying some distance from core of s. 2(b), warranting reduced level of protection.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation (CASL or the Act) — Act's administrative monetary penalty (AMP) not violating Charter, s. 11(d) — AMP proceedings having regulatory purpose, not criminal in nature — Relevant provisions of Act not using words associated with criminal process — AMP regime promoting compliance with Act's regulatory scheme.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation (CASL or the Act) — Whether Act violating Charter, s. 7 — Appellant, as corporation, having no standing to bring claim under s. 7 because not defending against criminal charge.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Canadian Radio-Television and

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

est justifiée au regard de l'article premier — Les MEC constituent une activité protégée par l'art. 2b) — Les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d'expression — Toutefois, cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte — La Loi satisfait au critère applicable à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier visant à déterminer si la restriction a été apportée « par une règle de droit » — Les dispositions contestées ne sont pas imprécises — La portée de l'objectif législatif de la Loi n'est pas trop générale — La Loi satisfait au critère du lien rationnel de l'analyse fondée sur l'article premier — La Loi crée une interdiction partielle, et non pas absolue, des MEC — Elle établit un régime légal complexe pour atteindre ses objectifs — Le CRTC a eu raison de ne pas retenir les solutions de rechange moins attentatoires proposées par l'appelante — Les avantages de la Loi l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression — La Loi ne constitue un obstacle aux formes non commerciales de discours que lorsque ces discours ont un but commercial — L'atteinte portée aux autres formes de discours est négligeable — L'expression commerciale se trouve à une certaine distance des valeurs fondamentales protégées par l'art. 2b) et commande un niveau de protection moindre.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels (la Loi ou la LCAP) — Le régime de sanctions administratives pécuniaires (SAP) de la Loi n'enfreint pas l'art. 11d) de la Charte — L'objet des procédures menant aux SAP est de nature administrative et n'est pas de nature criminelle — Les dispositions pertinentes de la Loi n'utilisent pas les termes traditionnellement associés aux procédures en matière criminelle — Le but du régime de SAP est d'assurer le respect des exigences réglementaires de la Loi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels (la Loi ou la LCAP) — Il s'agissait de savoir si la Loi enfreint l'art. 7 de la Charte — Étant donné qu'elle est une société et qu'elle ne se défendait pas contre des accusations de nature criminelle, l'appelante n'avait pas qualité pour invoquer la protection de l'art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Le Conseil de la radiodiffusion

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation (CASL or the Act) — Whether Act violating Charter, s. 8 — S. 8 finding application in present circumstances — However, no unreasonable seizure arising — Appropriate standard for reasonable seizure under Act, s. 17 articulated in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* — Notice to produce issued to appellant meeting this modest standard.

Group III International Ltd. v. Travelway Group International Ltd. (F.C.A.) 746

Trademarks — Expungement — Appeal from Federal Court decision ordering expungement of respondent's registered trademarks, dismissing appellants' claim for damages — Federal Court determining that appellants precluded from obtaining damages for pre-expungement use of infringing trademarks — Not finding respondent's registered trademarks invalid *ab initio* — Appellants arguing, *inter alia*, finding of invalidity under *Trademarks Act*, s. 18(1)(a) or (d) is invalidity *ab initio* — Whether appellants entitled to financial compensation; whether invalidity under s. 18(1) invalidity *ab initio* — Appellants erring in their interpretation of s. 18(1), invalidity *ab initio* — Invalidity of registered trademark assessed at different points in time — Liability for damages engaged only after Federal Court striking out trademark in expungement proceedings — Owner of registered trademark not liable for damages prior to expungement — Here, respondent protected by registrations until trademarks expunged from Register — In previous decision involving parties (2017 decision), Federal Court of Appeal making separate finding that respondent was liable for passing off, contrary to Act, s. 7(b) — Not distinguishing between damages arising for infringement from damages arising for passing off — Infringement, passing off separate, distinct causes of action — Cause of action for passing off under Act, s. 7(b) protecting interests in unregistered trademarks — Registration complete defence to action in passing off — Portions of Court's 2017 decision finding passing off not to be followed as authority in future cases — Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels (la Loi ou la LCAP) — Il s'agissait de savoir si la Loi enfreint l'art. 8 de la Charte — L'art. 8 s'appliquait en l'espèce — Toutefois, il n'y a pas eu saisie abusive — La norme à appliquer pour juger du caractère raisonnable de la saisie effectuée en vertu de l'art. 17 de la Loi a été énoncée dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)* — L'avis de communication signifié à l'appelante satisfaisait à cette norme peu élevée.

Group III International Ltd. c. Travelway Group International Ltd. (C.A.F.) 746

Marques de commerce — Radiation — Appel d'une décision de la Cour fédérale ordonnant la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée et rejetant la demande de dommages-intérêts des appelantes — La Cour fédérale a conclu que les appelantes ne pouvaient pas obtenir de dommages-intérêts pour l'emploi des marques de commerce contrefaites avant leur radiation — Elle n'a pas conclu à l'invalidité *ab initio* des marques de commerce enregistrées de l'intimée — Les appelantes ont soutenu notamment qu'une conclusion d'invalidité aux termes de l'art. 18(1)a) ou d) de la *Loi sur les marques de commerce* était une invalidité *ab initio* — Il s'agissait de savoir si les appelantes avaient droit à une indemnisation pécuniaire et si l'invalidité aux termes de l'art. 18(1) était une invalidité *ab initio* — Les appelantes ont commis une erreur concernant l'interprétation de l'art. 18(1) et l'invalidité *ab initio* — La détermination de l'invalidité de la marque de commerce enregistrée est évaluée à différents moments — Dans les procédures de radiation, la responsabilité en dommages-intérêts n'est engagée qu'après que la Cour fédérale a radié la marque de commerce du registre — Le propriétaire de la marque de commerce déposée n'est pas responsable des dommages-intérêts accumulés avant la radiation — En l'espèce, l'intimée pouvait invoquer que ses enregistrements étaient protégés jusqu'au moment où ses marques de commerce ont été radiées du registre — Dans une décision antérieure mettant en présence les parties (décision de 2017), la Cour d'appel fédérale a tiré une conclusion distincte selon laquelle l'intimée était responsable de la commercialisation trompeuse, en contravention de l'art. 7b) de la Loi — Elle n'a pas fait la distinction entre les dommages-intérêts découlant de la contrefaçon et les dommages-intérêts découlant de la commercialisation trompeuse — La contrefaçon et la commercialisation trompeuse sont des causes d'action distinctes — La cause d'action en commercialisation trompeuse relevant de l'art. 7b) de la Loi protège les intérêts dans les marques

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 764

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision rejecting applicant's claim for refugee protection on grounds of credibility — Refugee Protection Division (RPD) finding applicant not credible for several reasons — RAD also refusing applicant's request to file additional documents on appeal, rejecting applicant's argument that his former counsel had given inadequate advice about evidence he should present to RPD — Applicant had claimed refugee protection before RPD because of alleged persecution in Sudan — Applicant arguing unfair for RAD to refuse his request to file new documents on credibility grounds without oral hearing; also arguing that both refusal of new documents, dismissal of his appeal on merits unreasonable — Whether RAD erring in refusing to admit evidence applicant put forward on appeal pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 110(4), in particular, whether unfair for RAD not to conduct oral hearing before making determinations regarding applicant's allegations against former counsel, whether RAD's rejection of evidence unreasonable — Whether RAD erring in upholding RPD's adverse credibility findings, in particular, whether RAD erring in its review of RPD's credibility determinations arising from applicant's testimony, whether RAD erring in its treatment of documentary evidence — While RAD may accept documentary evidence, Act, s. 110(4) limiting circumstances in which claimant may present evidence — On appeal to RAD, applicant sought to file new pieces of documentary evidence but RAD concluding applicant not meeting burden for admitting new evidence — RAD not obliged to conduct oral hearing before making credibility determination; not erring by not evaluating elements of Act, s. 110(6) regarding holding of oral hearings before making its determination — Therefore, RAD not breaching obligations under Act, s. 110 or duty of procedural fairness in not conducting oral hearing before making determination that evidence tendered by applicant not meeting requirements of Act, s. 110(4) — Although RAD's determination under Act, s. 110(4) not procedurally unfair, determination was unreasonable — While RAD not required to address every argument, piece of evidence parties submitting, given importance

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

de commerce non déposées — Les dépôts des marques de commerce constituent un moyen de défense complet à l'encontre de l'action en commercialisation trompeuse — Les parties du jugement rendu par la Cour en 2017 ayant conclu à la commercialisation trompeuse ne devaient pas faire autorité dans de futurs cas — Appel accueilli.

Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 764

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur pour des motifs de crédibilité — La Section de la protection des réfugiés avait conclu que le demandeur n'était pas crédible pour plusieurs raisons — La SAR a également refusé la demande du demandeur relative au dépôt de documents supplémentaires en appel en rejetant l'argument selon lequel son ancien conseil l'avait mal conseillé au sujet de la preuve qu'il devait présenter à la SPR — Le demandeur avait demandé l'asile devant la SPR sur le fondement d'une persécution alléguée au Soudan — Le demandeur a fait valoir qu'il était inéquitable de la part de la SAR de refuser sa demande de dépôt de nouveaux documents pour des motifs de crédibilité sans la tenue d'une audience; il a également fait valoir que tant le refus des nouveaux documents que le rejet de son appel sur le fond étaient déraisonnables — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en refusant d'admettre les éléments de preuve que le demandeur avait présentés dans le cadre de l'appel, au titre de l'art. 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et en particulier, s'il était inéquitable de la part de la SAR de ne pas tenir d'audience avant de se prononcer sur les allégations du demandeur contre son ancien conseil, et si le rejet, par la SAR, des éléments de preuve était déraisonnable — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en confirmant les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, et en particulier, si elle a commis une erreur dans son examen des conclusions de la SPR relatives à la crédibilité découlant du témoignage du demandeur et si elle a commis une erreur dans sa manière de considérer la preuve documentaire — Bien que la SAR puisse accepter une preuve documentaire, l'art. 110(4) de la Loi restreint les circonstances dans lesquelles un demandeur d'asile peut présenter un élément de preuve — Dans le cadre de son appel à la SAR, le demandeur a demandé à déposer un certain nombre de nouveaux éléments de preuve documentaire, mais la SAR a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait pour l'admission des nouveaux éléments de preuve — La SAR n'était pas obligée de tenir une audience

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of proposed new evidence to applicant's refugee claim, adverse impact of adverse credibility determination, RAD's reasons not providing requisite degree of justification, transparency, intelligibility to demonstrate that it had meaningfully accounted for central issues, concerns raised — With respect to RPD's adverse credibility findings, RAD unreasonably assessing those findings, misstated, misapplied applicable standard of review thereto — Therefore, RAD's reasons on this issue not meeting requirements of justification, transparency, intelligibility required for reasonable decision — Given centrality of adverse credibility finding, error necessarily affecting reasonableness of decision as whole — Regarding treatment of documentary evidence, RAD's analysis of RPD's assessment of documentary evidence, own assessment of that evidence, unreasonable — Application allowed.

CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd. (F.C.A.) 799

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision granting respondent's motion for summary judgment dismissing appellant's patent infringement action — Appellant owner of patent ('376 patent) for roasting oil seed — Alleging infringement in statement of claim — Respondent arguing its oil roasting process falling outside appellant's patent claims; that limitations in its process added as part of prosecution history of corresponding U.S. application — Federal Court accepting that it is allowed to look at foreign prosecution history in "extraordinary circumstances" — Relying on United States Court of Appeals (Federal Circuit) decision in *Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc. (Abbott Labs)* — Federal Court analysis relying in part on U.S. application prosecution history — Determinative issue herein whether Federal Court erring in construction of Claim 1 of '376 patent — Question of whether prosecution history of foreign patent application

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

avant de se prononcer sur la crédibilité ni n'a-t-elle commis une erreur en n'appréciant pas les éléments de l'art. 110(6) de la Loi en ce qui concerne la tenue d'une audience avant de rendre sa décision — Donc, la SAR n'a pas manqué à ses obligations au titre de l'art. 110 de la Loi ou à son devoir d'équité procédurale en ne tenant pas d'audience avant de décider que les éléments de preuve présentés par le demandeur ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 110(4) de la Loi — Bien que la décision de la SAR au titre de l'art. 110(4) de la Loi n'ait pas été inéquitable sur le plan de la procédure, elle était déraisonnable — La SAR n'est pas tenue de traiter tous les arguments ou éléments de preuve avancés par les parties, mais vu l'importance des nouveaux éléments de preuve proposés pour la demande d'asile du demandeur et l'incidence de la conclusion défavorable quant à la crédibilité, les motifs de la SAR ne satisfaisaient pas aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité pour démontrer que la SAR avait tenu valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées — En ce qui concerne les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, la SAR a apprécié de manière déraisonnable ces conclusions et a mal énoncé et mal appliqué la norme de contrôle applicable — Par conséquent, les motifs de la SAR sur cette question n'ont pas satisfait aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité requises pour une décision raisonnable — Vu l'importance de cette conclusion défavorable quant à la crédibilité, cette erreur a forcément influé sur le caractère raisonnable de la décision dans son ensemble — En ce qui concerne le traitement des éléments de preuve documentaire, l'analyse que la SAR a faite de l'appréciation par la SPR de la preuve documentaire et sa propre appréciation de cette preuve étaient déraisonnables — Demande accueillie.

CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd. (C.A.F.) 799

Brevets — Contrefaçon — Appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale d'accueillir la requête en jugement sommaire présentée par l'intimée et ainsi de rejeter l'action en contrefaçon de brevet de l'appelante — L'appelante est titulaire d'un brevet (brevet '376) pour faire griller des graines oléagineuses — Elle a allégué la contrefaçon dans une déclaration — L'intimée a fait valoir que son procédé de grillage des graines ne relevait pas des revendications du brevet de l'appelante; que des limites ont été ajoutées durant son procédé dans le cadre de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante — La Cour fédérale a admis qu'elle pouvait prendre en compte l'historique de poursuite d'autres pays dans des « circonstances extraordinaires » — Elle s'est fondée sur la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis (circuit fédéral) dans l'affaire *Abbott Laboratories v. Sandoz (Abbott Labs)* — L'analyse de la Cour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

could be considered under *Patent Act*, s. 53.1 when purposively construing '376 patent also examined — Federal Court not erring in its construction of Claim 1 of '376 patent, essential elements thereof — Applying correct legal principles — Federal Court's purposive interpretation entirely warranted having regard to language of claim, disclosure — Federal Court, however, should have refrained from taking into consideration prosecution history of corresponding U.S. application in circumstances of present case — S. 53.1 circumscribing evidentiary use that can be made of file prosecution history — Strict reading of s. 53.1 not sanctioning use of prosecution file as independent, stand-alone aid to construction of patent claim — Prosecution file nonetheless playing role in construing claims — But courts should be wary to extend detailed language of s. 53.1 — Public policy reasons also warranting that courts tread carefully in allowing extrinsic evidence, e.g. allowing foreign patent prosecution history into analysis might lead to contentious, expensive litigation — Facts of case herein not lending themselves to proper finding of incorporation by reference — Appeal dismissed.

SOMMAIRE (Fin)

fédérale a reposé en partie sur l'historique de poursuite de la demande américaine — Dans la présente affaire, il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376 — La question de savoir si l'historique de poursuite d'une demande de brevet étrangère peut être prise en compte en vertu de l'art. 53.1 de la *Loi sur les brevets* pour interpréter téléologiquement le brevet '376 a été examinée également — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376 et de ses éléments essentiels — Elle a appliqué les bonnes règles de droit — Son interprétation téléologique était entièrement justifiée, compte tenu du libellé de cette revendication et de la divulgation — La Cour fédérale aurait dû s'abstenir, cependant, de tenir compte de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante dans les circonstances de l'espèce — L'art. 53.1 restreint l'utilisation qui peut être faite en preuve de l'historique de poursuite d'une demande — Une interprétation littérale de l'art. 53.1 ne sanctionne pas le recours au dossier de poursuite comme outil indépendant d'interprétation des revendications d'un brevet — Le dossier de la poursuite joue néanmoins un rôle dans l'interprétation des revendications — Les tribunaux devraient toutefois hésiter à élargir le libellé détaillé de l'art. 53.1 — Il existe également des motifs d'intérêt public qui justifient que l'on hésite à admettre une preuve extrinsèque, p. ex. permettre l'admission en preuve de l'historique de poursuite lié à des demandes de brevets étrangères risquerait de mener à des instances excessivement litigieuses et coûteuses — Les faits en l'espèce ne se prêtaient pas à la formulation d'une conclusion sur la question de l'incorporation par renvoi — Appel rejeté.

**Federal Courts
Reports**

2021, Vol. 1, Part 3

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 1, 3^e fascicule

A-150-17
A-227-17
2020 FCA 141

A-150-17
A-227-17
2020 CAF 141

Nova Chemicals Corporation (*Appellant*)

Nova Chemicals Corporation (*appelante*)

v.

c.

The Dow Chemical Company, Dow Global Technologies Inc. and Dow Chemical Canada ULC (*Respondents*)

The Dow Chemical Company, Dow Global Technologies Inc. et Dow Chemical Canada ULC (*intimées*)

INDEXED AS: NOVA CHEMICALS CORPORATION v. DOW CHEMICALS COMPANY

RÉPERTORIÉ : NOVA CHEMICALS CORPORATION c. DOW CHEMICALS COMPANY

Federal Court of Appeal, Stratas, Near and Woods J.J.A.—
Ottawa, June 19, 2018; September 15, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Near et Woods,
J.C.A.—Ottawa, 19 juin 2018; 15 septembre 2020.

Patents — Infringement — Remedies — Accounting of profits — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision concerning remedy of accounting of profits, specifically calculation of amount respondents entitled to receive — Issue arising from earlier Federal Court judgment finding that appellant liable for infringing respondents' patent over metallocene linear low-density polyethylene by manufacturing its product SURPASS, selling it in competition to respondents' product ELITE — Question of remedy arising therein — Respondents electing accounting of profits — Whether Federal Court erring in rejecting appellant's apportionment claim; whether Federal Court erring in awarding respondents "springboard profits"; whether Federal Court erring in selecting "full cost" method for deducting costs; whether Federal Court erring in converting currency at date of judgment — Per Stratas J.A. (Near J.A. concurring): Appellant's apportionment argument failing — Appellant not demonstrating that it would have sold ethylene to third parties if not using it to make infringing SURPASS polyethylene or that portion of profits attributable to its unique ability to produce ethylene at significant discount — Respondents having exclusive right to produce polyethylene covered by own patent — Fact appellant producing its own ethylene in manner that generates higher profits irrelevant — Federal Court correctly holding that accounting of profits should be based on actual revenues, costs — Appellant's actions part, parcel of manufacture, sale of infringing product — Federal Court addressing issue on "apportionment" even though not using actual term in reasons — Federal Court finding that gain appellant earning resulting from more efficient manner of manufacturing ethylene was gain made as result of infringement — Not erring in law or making palpable, overriding error on issue of apportionment — Federal Court not making palpable, overriding error by allowing respondents springboard profits as sought — Profits disgorged constituting actual profits appellant earned that were causally

Brevets — Contrefaçon — Réparations — Restitution des profits — Appel et appel incident interjetés à l'encontre du jugement rendu par la Cour fédérale concernant le calcul de la restitution des profits et, plus précisément, le calcul du montant de la réparation à laquelle les intimées avaient droit — Cette question découlait d'un jugement antérieur de la Cour fédérale qui a conclu que l'appelante s'était rendue coupable de contrefaçon du brevet des intimées relativement au métallocène polyéthylène à basse densité et structure linéaire en fabriquant son produit, SURPASS, et en le vendant pour faire concurrence au produit des intimées, ELITE — Ce jugement a fait intervenir la question de la réparation — Les intimées ont opté pour la restitution des profits — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la demande de répartition des profits de l'appelante; si la Cour fédérale a commis une erreur en accordant des « bénéfices de rebond » aux intimées; si la Cour fédérale a commis une erreur en choisissant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts; et si la Cour fédérale a commis une erreur en convertissant la devise à la date du jugement — Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Near, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Les arguments de l'appelante relatifs à la répartition des profits ont été rejetés — L'appelante n'a pas démontré qu'elle aurait été en mesure de vendre de l'éthène à des tiers si elle n'avait pas utilisé ce composant pour fabriquer le polyéthylène contrefait SURPASS ou qu'une partie de ses profits étaient attribuables à sa capacité unique de produire de l'éthène à un prix considérablement moins élevé — Les intimées possèdent le droit exclusif de produire le polyéthylène visé par leur brevet — Le fait que l'appelante produit son propre éthène d'une manière qui lui permet de réaliser des profits plus élevés n'était pas pertinent — La Cour fédérale a conclu à juste titre que le recouvrement des bénéfices devrait se fonder sur les recettes et les coûts réels — Les actions de l'appelante concouraient à la fabrication et

attributable to infringement — While Federal Court reaching correct outcome in deducting costs, selected full costs method on incorrect basis — Wrongly relying on Australian High Court decision Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd ; wrongly holding that “full costs” approach can be implemented as long as infringer operating at full capacity, can prove opportunity cost — “Full costs” approach should always be available to infringer; is preferred method for deducting costs — Despite Currency Act, s. 12 requirement that courts render judgments in Canadian dollars, Federal Court not wrong in converting award at date of judgement — Facts of present case such that conversion at date of judgment rather than date of breach only correct outcome — In conclusion, Federal Court committing no reviewable error when dismissing appellant’s apportionment arguments, awarding springboard profits, applying “full cost” method for deducting costs, converting foreign currency at date of judgment — Appeal, cross-appeal dismissed — Per Woods J.A. (dissenting): Not all SURPASS profits should have been disgorged because not entirely attributable to infringing activity — Appellant’s process for producing ethylene not infringing respondents’ patent — Federal Court failing to consider appellant’s argument that portion of SURPASS profits not causally attributable to respondents’ patent; therefore failing to consider proper legal test for apportionment of profits — Thus, Federal Court erring in law.

This was an appeal and cross-appeal from a Federal Court decision concerning the remedy of an accounting of profits and, specifically, the calculation of the amount the respondents were entitled to receive. The issue arose from an earlier judgment of the Federal Court, later affirmed on appeal. In that earlier judgment, the Federal Court found that the appellant was liable for infringing the respondents’ patent over metallocene linear low-density polyethylene by manufacturing its product SURPASS and selling it in competition to the respondents’

à la vente du produit contrefait — La Cour fédérale a tranché la question relative à la répartition des profits même si elle n’a pas employé le terme « répartition » dans ses motifs — La Cour fédérale a conclu que les gains dégagés par l’appelante grâce à sa méthode de fabrication plus efficace de l’éthène étaient attribuables à la contrefaçon — Elle n’a commis ni d’erreur de droit ni d’erreur manifeste et dominante sur la question de la répartition des profits — La Cour fédérale n’a commis aucune erreur de droit ou erreur manifeste et dominante en accordant aux intimées les bénéfices « de rebond » qu’elles demandaient — Les profits restitués étaient les profits réels qui ont été réalisés par l’appelante et qui avaient un lien de causalité avec la contrefaçon — Bien que la Cour fédérale soit arrivée à la bonne conclusion en déduisant les coûts, son choix de la méthode du coût de revient complet reposait sur un fondement erroné — Elle a appliqué à tort l’arrêt Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd; elle a conclu à tort que la méthode du « coût de revient complet » convenait à condition que le contrefacteur fonctionne à plein rendement et qu’il puisse justifier de coûts de renonciation — Le contrefacteur devrait toujours avoir la possibilité de demander l’application de la méthode du « coût de revient complet »; elle est la méthode qu’il faut privilégier pour la déduction des coûts — Bien que l’art. 12 de la Loi sur la monnaie exige que les tribunaux expriment les sommes d’argent en dollars canadiens dans leurs jugements, la Cour fédérale n’a pas eu tort de convertir le montant de la restitution à la date du jugement — Les faits particuliers en l’espèce ont fait que la conversion à la date du jugement plutôt qu’au moment de l’infraction était la seule bonne option possible — En conclusion, la Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant les arguments de l’appelante relatifs à la répartition des profits, en ordonnant la restitution des profits résultant de l’effet dit de rebond, en appliquant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts et en convertissant la devise étrangère à la date du jugement — Appel et appel incident rejetés — La juge Woods, J.C.A. (dissidente) : La totalité des profits liés à SURPASS n’aurait pas dû être restituée, car ceux-ci n’étaient pas tous attribuables à l’activité de contrefaçon — Le procédé de production d’éthène de l’appelante ne violait pas le brevet des intimées — La Cour fédérale a fait fi de l’argument de l’appelante selon lequel une partie des profits liés à SURPASS n’avaient pas de lien de causalité avec le brevet des intimées; de ce fait, elle a fait fi du critère juridique qui s’applique à la répartition des profits — Il s’agissait d’une erreur de droit de la Cour fédérale.

Il s’agissait d’un appel et d’un appel incident interjetés à l’encontre du jugement rendu par la Cour fédérale concernant le calcul de la restitution des profits et, plus précisément, le calcul du montant de la réparation à laquelle les intimées avaient droit. Cette question découlait d’un jugement antérieur de la Cour fédérale qui a par la suite été confirmé en appel. Dans ce jugement antérieur, la Cour fédérale a conclu que l’appelante s’est rendue coupable de contrefaçon du brevet des intimées relativement au metallocène polyéthylène à

product ELITE. The question of remedy arose. The Federal Court permitted the respondents to elect between an accounting of profits earned as a result of the patent infringement or compensatory damages caused by the patent infringement. The respondents elected an accounting of profits. Neither the decision to allow the respondents to elect nor the election itself were under appeal.

The issues were whether the Federal Court erred in rejecting the appellant's apportionment claim; whether the Federal Court erred in awarding the respondents "springboard profits"; whether the Federal Court erred in selecting the "full cost" method for deducting costs; and whether the Federal Court erred in converting the currency at the date of judgment.

Held (Woods J.A. dissenting), the appeal and cross-appeal should be dismissed.

Per Stratas J.A. (Near J.A. concurring): The appellant's apportionment arguments failed. Its first apportionment argument concerned its manufacture of ethylene, a major component of metallocene linear low-density polyethylene and its SURPASS product that infringed the respondents' patent. The appellant stated that had it not infringed the respondents' patent, it would have produced ethylene anyway and would have made lawful profits from that. In the Federal Court, the appellant did not demonstrate that it would have been able to sell ethylene to third parties had it not used it to make infringing SURPASS polyethylene. There was no evidence before the Federal Court of any market demand or market price for the appellant's ethylene as opposed to the prices the appellant sold ethylene to certain third parties. Also, the Federal Court had confidential evidence before it that stood in the way of any argument that the appellant could have made and sold ethylene to third parties. The appellant also ran its apportionment argument a slightly different way by stating that a portion of its profits were attributable to its unique ability to produce ethylene at a significant discount. It stated that this portion of the profits was not causally attributable to the patent but instead attributable to its efficiencies. Thus, according to the appellant, some of its profits were due to its own efficiencies and should be apportioned out of the amount to be awarded to the respondents. This argument was also rejected. The respondents have the exclusive right to produce the polyethylene covered by their patent. The fact that the appellant produces its own ethylene in a way that allows it to make higher profits was irrelevant. Under the principles governing an accounting of profits, the profits as a result of the wrongful manufacture and sale of the infringing product had to be stripped from the appellant. The Federal Court specifically rejected the appellant's argument. In addressing it, the Federal Court correctly held that an accounting of profits should be based on actual revenues and

basse densité et structure linéaire en fabriquant son produit, SURPASS, et en le vendant pour faire concurrence au produit des intimées, ELITE. Ce jugement a fait intervenir la question de la réparation. La Cour fédérale a autorisé les intimées à choisir entre une restitution des profits tirés de la contrefaçon du brevet et des dommages-intérêts compensatoires causés par la contrefaçon du brevet. Les intimées ont opté pour la restitution des profits. Ni la décision autorisant les intimées à choisir le type de réparation, ni le choix proprement dit, n'étaient contestés en appel.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la demande de répartition des profits de l'appelante; si la Cour fédérale a commis une erreur en accordant des « bénéfices de rebond » aux intimées; si la Cour fédérale a commis une erreur en choisissant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts; et si la Cour fédérale a commis une erreur en convertissant la devise à la date du jugement.

Arrêt (la juge Woods, J.C.A., dissidente) : l'appel et l'appel incident doivent être rejetés.

Le juge Stratas, J.C.A. (le juge Near, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Les arguments de l'appelante relatifs à la répartition des profits ont été rejetés. Son premier argument relatif à la répartition portait sur sa fabrication de l'éthène, un important composant du métallocène polyéthylène à basse densité et structure linéaire et de son produit SURPASS, une contrefaçon du brevet des intimées. Selon l'appelante, si elle n'avait pas contrefait le brevet des intimées, elle aurait produit de l'éthène de toute façon et en aurait tiré des profits licites. L'appelante n'a pas démontré à la Cour fédérale qu'elle aurait été en mesure de vendre de l'éthène à des tiers si elle n'avait pas utilisé ce composant pour fabriquer le polyéthylène contrefait SURPASS. Elle n'a présenté à la Cour fédérale aucun élément de preuve sur la demande sur le marché ou sur le prix du marché de l'éthène de l'appelante, par comparaison aux prix auxquels elle a vendu l'éthène à certains tiers. De plus, la Cour fédérale disposait d'éléments de preuve confidentiels démentant l'argument selon lequel l'appelante aurait pu fabriquer et vendre de l'éthène à des tiers. L'appelante a présenté également son argument en faveur d'une répartition des profits dans une optique légèrement différente. Elle a affirmé qu'une partie de ses profits étaient attribuables à sa capacité unique de produire de l'éthène à un prix considérablement moins élevé. Elle a affirmé qu'il n'existait pas de lien de causalité entre cette portion de ses profits et le brevet, et elle a plutôt attribué ces profits à sa propre efficacité. Elle a donc fait valoir qu'elle devait une partie de ses profits à sa propre efficacité et que cette partie devrait être soustraite de la somme à restituer aux intimées. Cet argument a lui aussi été rejeté. Les intimées possèdent le droit exclusif de produire le polyéthylène visé par leur brevet. Le fait que l'appelante produit son propre éthène d'une manière qui lui permet de réaliser des profits plus élevés n'était pas pertinent. Selon les principes régissant la restitution des profits, les profits que l'appelante a réalisés

costs. An accounting of profits does not look at hypotheticals. In isolation, the appellant's production of the raw material, ethylene, for its SURPASS product was "non-infringing" but each step of an infringer's activities cannot be viewed in isolation. In this case, the findings of the Federal Court regarding how the infringing SURPASS product was made precluded any attempt to regard the appellant's manufacture of ethylene as a separate matter or feature. As the Federal Court found, all of the appellant's actions, including its manufacture of the ethylene that was wholly integrated and merged into the infringing SURPASS polyethylene product, were part and parcel of the manufacture and sale of the infringing product. Moreover, contrary to the suggestion of the minority, the Federal Court did decide the issue on "apportionment". While the Federal Court did not use the word "apportionment" in its reasons on this issue, it did not need to. It would be wrong to quash its reasons based on an insistence it should have used that magic word. Unquestionably, the Federal Court always had causation front of mind in this case. Causation depends on the facts. In this case, for very good reasons, the Federal Court found that all of the gain earned by the appellant as a result of its more efficient manner of manufacturing ethylene was gain made as a result of the infringement. It made this finding mindfully and having considered all of the evidence and arguments before it. Therefore, on the so-called "apportionment" issue, the Federal Court neither erred in law nor committed a palpable and overriding error. Its decision had to be left in place.

With respect to "springboard profits", the Federal Court allowed the respondents the springboard profits they sought. The appellant argued that springboard profits are not available at law and, in the alternative, if springboard profits are available at law, the Federal Court incorrectly calculated these. However, the appellant did not establish any error of law or palpable and overriding error on the part of the Federal Court. Springboard profits seek to identify the actual profits causally attributable to the infringement. There is no hypothetical world involved: the profits disgorged are actual profits that are causally connected to the patent's exclusivity rights. Establishing causation for springboard profits requires a causal link between the profits and the patent. In this case, the profits disgorged were the actual profits the appellant earned that were causally attributable to the infringement. Thus, the Federal Court made the right analysis on this issue.

grâce à la fabrication et à la vente illicites du produit contrefait devaient lui être retirés. La Cour fédérale a rejeté expressément cet argument de l'appelante. En l'examinant, la Cour fédérale a conclu à juste titre que le recouvrement des bénéfices devrait se fonder sur les recettes et les coûts réels. La restitution des profits ne tient pas compte des éléments hypothétiques. Examinée isolément, la production par l'appelante de la matière première, l'éthène, pour la fabrication de son produit SURPASS était « licite ». Cependant, on ne peut examiner séparément chacune des étapes de la contrefaçon. En l'espèce, les conclusions de la Cour fédérale sur la manière dont le produit contrefait SURPASS a été fabriqué ont empêché l'examen séparé de la fabrication d'éthène par l'appelante. Comme l'a affirmé la Cour fédérale, toutes les actions de l'appelante, y compris sa production d'éthène entièrement intégrée à la production de son produit de polyéthylène contrefait SURPASS, concouraient à la fabrication et à la vente du produit contrefait. En outre, contrairement à l'opinion exprimée en minorité, la Cour fédérale a bel et bien tranché la question relative à la répartition des profits. Certes, la Cour fédérale n'a pas employé le terme « répartition » dans la section de ses motifs portant sur cette question, mais elle n'avait pas besoin de le faire. Il serait erroné d'infirmar sa décision parce que certains insistent sur le fait qu'elle aurait dû employer le mot « magique ». Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce le lien de causalité a toujours été au cœur des préoccupations de la Cour fédérale. Le lien de causalité dépend des faits. En l'espèce, la Cour fédérale a conclu, pour de très bonnes raisons, que la totalité des gains dégagés par l'appelante grâce à sa méthode de fabrication plus efficace de l'éthène était attribuable à la contrefaçon. Elle a tiré cette conclusion d'une manière avisée, après avoir tenu compte de tous les éléments de preuve et arguments qui lui ont été présentés. Par conséquent, sur la question de la « répartition des profits », la Cour fédérale n'a commis ni d'erreur de droit ni d'erreur manifeste et dominante. Sa décision devait être maintenue.

En ce qui concerne les « bénéfices de rebond », la Cour fédérale a accordé aux intimées les bénéfices « de rebond » qu'elles demandaient. L'appelante a prétendu que le droit n'en permet pas l'attribution et, subsidiairement, que, si la loi en autorise l'attribution, alors la Cour fédérale a fait erreur dans le calcul. Toutefois, l'appelante n'a pu établir quelque erreur de droit ou erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale. Le calcul des profits liés à l'effet dit de rebond vise à déterminer les profits réels directement attribuables à la contrefaçon. Aucun élément hypothétique n'entre en jeu : les profits restitués sont les profits réels ayant un lien de causalité avec les droits à l'exclusivité du breveté. L'établissement du lien de causalité dans le contexte de profits découlant d'un effet de rebond requiert un lien de causalité entre les profits et le brevet. En l'espèce, les profits restitués étaient les profits réels qui ont été réalisés par l'appelante et qui avaient un lien de causalité avec la contrefaçon. De fait, l'analyse de la Cour fédérale sur cette question était juste.

The Federal Court selected the “full costs” or “absorption” method to deduct costs. In its cross-appeal, the respondents challenged this. While the Federal Court reached the correct outcome in deducting costs, it selected the full costs method on an incorrect basis. Applying an Australian High Court decision, *Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd.*, the Federal Court held that the “full costs” approach can be implemented as long as the infringer is operating at full capacity and can prove an opportunity cost. To the contrary, the “full costs” approach should always be available to an infringer. Indeed, absent some exceptional and compelling circumstance or persuasive expert evidence in a particular case, the “full costs” approach is the preferred method for deducting costs. While *Dart Industries* provides a helpful summary of accounting of profits principles, its rule for deducting full costs should not be adopted in Canada. *Dart Industries* allows an infringer to deduct a hypothetical opportunity cost, which is not a cost actually incurred whereas an accounting of profits occurs in the real world. Actual profits must be disgorged, which means only actual costs can be deducted. While the Federal Court wrongly relied on *Dart Industries*, selecting the full costs approach was not in error. Any infringer, regardless of whether it is operating at full capacity, should be able to deduct a proportion of its fixed costs. Absent some exceptional or compelling circumstance or persuasive expert evidence to the contrary in a particular case, the full cost method is the appropriate approach to deducting costs in an accounting of profits. The Federal Court adopted that method and did not commit a reversible error in so doing.

Although section 12 of the Currency Act requires courts to render judgments in Canadian dollars, the Federal Court converted the award at the date of judgment. The Federal Court’s decision to do this was upheld. The particular facts of this case made it such that conversion at the date of judgment (rather than date of breach) was the only correct outcome. At the time of the Federal Court’s judgment, the profits earned by the appellant became more valuable because of the increased value of U.S. dollars. Because the appellant held the profits primarily in U.S. dollars throughout the period of the infringement, conversion at the time of judgment ensured that the entire value of the actual profits earned as a result of the infringement was disgorged. An accounting of profits is indifferent to the patentee’s award. As long as the infringer’s profits are extracted, and, thus, the integrity of the patent bargain is restored, then it does not matter what the patentee actually receives. Therefore,

La Cour fédérale a choisi la méthode du « coût de revient complet » ou méthode « d’absorption » pour déduire les coûts. Dans leur appel incident, les intimées ont contesté ce choix. Bien que la Cour fédérale soit arrivée à la bonne conclusion en déduisant les coûts, son choix de la méthode du coût de revient complet reposait sur un fondement erroné. Appliquant la décision de la Haute Cour d’Australie dans l’affaire *Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd.*, la Cour fédérale a conclu que la méthode du « coût de revient complet » convenait à condition que le contrefacteur fonctionne à plein rendement et qu’il puisse justifier de coûts de renonciation. Au contraire, le contrefacteur devrait toujours avoir la possibilité de demander l’application de la méthode du « coût de revient complet ». De fait, en l’absence de certaines circonstances exceptionnelles et contraignantes ou d’une preuve d’expert convaincante dans une affaire donnée, la méthode du « coût de revient complet » est celle qu’il faut privilégier pour la déduction des coûts. Bien que l’affaire *Dart Industries* présente un résumé utile des principes de la restitution des profits, la règle qui y est énoncée pour la déduction des coûts totaux ne devrait pas être adoptée au Canada. L’affaire *Dart Industries* autorise un contrefacteur à déduire des coûts de renonciation hypothétiques qui n’ont pas réellement été engagés, alors que la restitution des profits est fondée sur la situation réelle. Ce sont les profits réels qui doivent être restitués, ce qui signifie que seuls les coûts réels peuvent être déduits. Bien que la Cour fédérale ait appliqué à tort l’arrêt *Dart Industries*, son choix de la méthode du coût de revient complet ne constituait pas une erreur. Tout contrefacteur, qu’il fonctionne ou non à plein rendement, devrait être autorisé à déduire une partie de ses frais fixes. En l’absence de circonstances exceptionnelles ou impérieuses ou d’une preuve d’expert convaincante du contraire dans une affaire donnée, la méthode du coût de revient complet est celle qui convient pour déduire les coûts dans un contexte de restitution des profits. La Cour fédérale a adopté cette méthode et, ce faisant, elle n’a commis aucune erreur justifiant que l’on infirme sa décision.

Bien que l’article 12 de la Loi sur la monnaie exige que les tribunaux expriment les sommes d’argent en dollars canadiens dans leurs jugements, la Cour fédérale a converti le montant de la restitution à la date du jugement. La décision de la Cour fédérale d’en faire ainsi a été confirmée. Les faits particuliers en l’espèce ont fait que la conversion à la date du jugement (plutôt qu’au moment de l’infraction) était la seule bonne option possible. Au moment où la Cour fédérale a rendu son jugement, la valeur des profits réalisés par l’appelante avait augmenté à la suite de l’appréciation de la devise américaine. Comme l’appelante détenaient ces profits principalement en dollars américains durant toute la période de contrefaçon, une conversion monétaire au moment du jugement permettait d’assurer la restitution de la valeur totale des profits réellement dégagés de la contrefaçon. La restitution des profits n’accorde pas d’importance à la somme attribuée au breveté. Pour autant que les

the Federal Court correctly converted the appellant's profits at the date of judgment.

In conclusion, the Federal Court committed no reviewable error when it dismissed the appellant's apportionment arguments, awarded springboard profits, applied the "full cost" method for deducting costs, and converted the foreign currency at the date of judgment.

Per Woods J.A. (dissenting): Not all SURPASS profits should have been disgorged because they were not entirely attributable to the infringing activity. The total amount ordered to be paid to the respondents was approximately \$644 million, and according to the appellant, the failure to apply an apportionment of profits resulted in inflating the award by more \$300 million. The appellant's process for producing ethylene did not infringe the respondents' patent. The appellant amply demonstrated that an apportionment of SURPASS profits was appropriate in this case. Plainly, the production of ethylene was a non-infringing element which contributed to the value of SURPASS. The quantum of this contribution should not be disgorged. The majority took a different view and concluded that the manufacture of ethylene was "part and parcel of the manufacture and sale of the infringing product." While this statement was accurate, it did not properly take into account the value that the non-infringing activity contributed to SURPASS profits. Also, the Federal Court failed to consider the appellant's argument that a portion of the SURPASS profits were not causally attributable to the respondents' patent. In other words, the Federal Court did not put its mind to the issue of whether a portion of SURPASS profits were attributable to something other than an infringing activity and, in doing so, it failed to consider the proper legal test for an apportionment of profits. This was an error of law.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Currency Act, R.S.C., 1985, c. C-52, s. 12.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 20(2).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 55, 57.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd., [1993] HCA 54, (1993), 179 C.L.R. 101, 116 A.L.R. 385 (Aust. H.C.).

profits du contrefacteur soient recouverts et que, de ce fait, l'intégrité du marché inhérent à l'octroi de brevets soit rétablie, la somme réellement reçue par le breveté importe peu. Pour ces motifs, la Cour fédérale a, à juste titre, effectué la conversion monétaire des profits de l'appelante à la date du jugement.

En conclusion, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant les arguments de l'appelante relatifs à la répartition des profits, en ordonnant la restitution des profits résultant de l'effet dit de rebond, en appliquant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts et en convertissant la devise étrangère à la date du jugement.

La juge Woods, J.C.A. (dissidente) : La totalité des profits liés à SURPASS n'aurait pas dû être restituée, car ceux-ci n'étaient pas tous attribuables à l'activité de contrefaçon. La somme totale devant être versée aux intimées s'élevait approximativement à 644 millions de dollars et, selon l'appelante, le refus d'appliquer la répartition des profits a eu pour effet de gonfler la somme exigée de plus de 300 millions de dollars. Le procédé de production d'éthène de l'appelante ne violait pas le brevet des intimées. L'appelante a amplement fait la preuve qu'une répartition des profits liés à SURPASS était indiquée en l'espèce. Manifestement, la production d'éthène était un élément licite qui a contribué à la valeur de SURPASS. Le montant de cette contribution ne devrait pas être restitué. La majorité était d'un autre avis et a conclu que la fabrication d'éthène « concourai[t] à la fabrication et à la vente du produit contrefait ». Cet énoncé était exact en soi. Cependant, il ne tenait pas dûment compte de la valeur de l'activité licite qui a contribué aux profits liés à SURPASS. En outre, la Cour fédérale a fait fi de l'argument de l'appelante selon lequel une partie des profits liés à SURPASS n'avaient pas de lien de causalité avec le brevet des intimées. En d'autres mots, la Cour fédérale ne s'est pas penchée sur la question de savoir si une partie des profits liés à SURPASS était attribuable à autre chose qu'à l'activité de contrefaçon et, de ce fait, elle a fait fi du critère juridique qui s'applique à la répartition des profits. Il s'agissait d'une erreur de droit.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la monnaie, L.R.C. (1985), ch. C-52, art. 12.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55, 57.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 20(2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd., [1993] HCA 54, (1993), 179 C.L.R. 101, 116 A.L.R. 385 (Aust. H.C.).

APPLIED:

Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902; *Apotex Inc. v. ADIR*, 2017 FCA 23, 406 D.L.R. (4th) 572, revg 2015 FC 721; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433, 78 F.T.R. 86 (F.C.T.D.), revd on other grounds (1995), 184 N.R. 149, 61 C.P.R. (3d) 271; *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2009 FC 317, [2010] 2 F.C.R. 93; *Alliedsignal Inc. v. Dupont Canada Inc.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 324, 235 N.R. 185 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Dow Chemical Company v. Nova Chemicals Corporation, 2014 FC 844, 129 C.P.R. (4th) 199, affd 2016 FCA 216, 142 C.P.R. (4th) 339; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, (1993), 101 D.L.R. (4th) 129; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3, (1996), 71 C.P.R. (3d) 26 (C.A.); *Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, 447 D.L.R. (4th) 543; *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.); *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 483 N.R. 275; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 466, 151 F.T.R. 250 (F.C.T.D.) affd [2001] 2 F.C. 618, (2001), 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.); *Teledyne Industries, Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204, 31 C.P.C. 285 (F.C.T.D.); *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881); *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FC 671; *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (Ont. Sup. Ct.).

REFERRED TO:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FCA 171, [2016] 2 F.C.R. 202; *Lundy v. Lundy* (1895), 24 S.C.R. 650, 1895 CanLII 19; *Jamieson v. Jamieson* (1921), 63 S.C.R. 188, 65 D.L.R. 68; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*; *Brissette Estate v. Crown Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, (1992), 96 D.L.R. (4th) 609; *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, (1989), 59 D.L.R. (4th) 660; *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2010 FCA 207, [2012] 1 F.C.R. 473, 408 N.R. 143; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483, (1994), 58 C.P.R. (3d) 359 (C.A.); *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15, [1981] Com. L.R. 194 (Ch. D.); *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Canada v. South Yukon Forest Corporation*,

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902; *Apotex Inc. c. ADIR*, 2017 CAF 23, infirmant 2015 CF 721; *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy*, [1994] A.C.F. n° 682 (QL) (1^{re} inst.), inf. pour d'autres motifs par [1995] A.C.F. n° 733 (QL) (C.A.); *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2009 FC 317, [2010] 2 R.C.F. 93; *Alliedsignal Inc. c. Dupont Canada Inc.*, 1999 CanLII 7409 (C.A.F.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Dow Chemical Company c. Nova Chemicals Corporation, 2014 CF 844, conf. par 2016 CAF 216; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, 1994 CanLII 70; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, 1993 CanLII 141; *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3, 1996 CanLII 4095 (C.A.); *Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19; *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203, [1998] All E.R. 594 (Ch. D.); *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161; *Wellcome Foundation Limited c. Apotex Inc.*, 1998 CanLII 8270 (C.F. 1^{re} inst.) conf. par [2001] 2 C.F. 618, 2001 CanLII 22028 (C.A.); *Teledyne Industries, Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.*, [1982] A.C.F. n° 1024 (QL) (1^{re} inst.); *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881); *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CF 671; *Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (C.S. Ont.).

DÉCISIONS CITÉES :

Free World Trust c. Électro Santé Inc., 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2015 CAF 171, [2016] 2 R.C.F. 202; *Lundy v. Lundy* (1895), 24 R.C.S. 650; *Jamieson v. Jamieson* (1921), 63 R.C.S. 188; *Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.*; *Brissette, succession c. Crown, Cie d'Assurance-Vie*, [1992] 3 R.C.S. 87, 1992 CanLII 32; *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, 1989 CanLII 105; *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2010 CAF 207, [2012] 1 R.C.F. 473; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483, 1994 CanLII 3524 (C.A.); *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15, [1981] Com. L.R. 194 (Ch. D.); *Collette v. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Mahjoub c. Canada*

2012 FCA 165, 431 N.R. 286; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3; *Bayer Cropscience KK v. Charles River Laboratories Preclinical Services Edinburgh Limited & Albaugh Inc.*, [2010] CSOH 158; *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686; *Neilson v. Betts* (1871), L.R. 5 H.L. 1; *L.P. Larson Jr., Co. v. William Wrigley Jr., Co.*, 227 U.S. 97 (1928); *Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, [1996] F.S.R. 36 (Ch. D.); *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497, (1997), 73 C.P.R. (3d) 321 (C.A.); *Tremaine v. Hitchcock*, 90 U.S. 518 (1874); *The Custodian v. Blucher*, [1927] S.C.R. 420, [1927] 3 D.L.R. 40; *Gatineau Power Co. v. Crown Life Insurance Co.*, [1945] S.C.R. 655, [1945] 4 D.L.R. 1; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada* (1984), 53 N.R. 383, 7 C.C.L.I. 165 (F.C.A.) revd [1987] 1 S.C.R. 1247, (1987), 39 D.L.R. (4th) 465; *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618, (2001), 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.); *Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Wagner*, 225 U.S. 604 (1912); *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23.

AUTHORS CITED

Burrows, Andrew S. *The Law of Restitution*, 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011.

Edelman, James. *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Portland, OR: Hart, 2002.

Edelman, James. “The Measure of Restitution and the Future of Restitutionary Damages” (2010) 18 *R.L.R.* 1.

Jackman, I.M. “Restitution for Wrongs” (1989), 48:2 *Cambridge L.J.* 302.

MacOdrum, Donald H. *Fox: Canadian Law of Patents*, looseleaf, 5th ed. Toronto: Carswell, 2013.

Perry J.A. and T.A. Currier. *Canadian Patent Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.

Siebrasse, Norman. “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79.

Siebrasse, Norman et al., “Accounting of Profits in Intellectual Property Cases in Canada” (2007) 24 *C.I.P.R.* 83.

Vaver, David. “Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253.

(*Citoyenneté et Immigration*), 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *Bayer Cropscience KK v. Charles River Laboratories Preclinical Services Edinburgh Limited & Albaugh Inc.*, [2010] CSOH 158; *Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686; *Neilson v. Betts* (1871), L.R. 5 H.L. 1; *L.P. Larson Jr., Co. v. William Wrigley Jr., Co.*, 227 U.S. 97 (1928); *Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, [1996] F.S.R. 36 (Ch. D.); *Beloit Canada Ltd. c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497, 1997 CanLII 6342 (C.A.); *Tremaine v. Hitchcock*, 90 U.S. 518 (1874); *The Custodian v. Blucher*, [1927] R.C.S. 420; *Gatineau Power Co. v. Crown Life Insurance Co.*, [1945] R.C.S. 655; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1984] A.C.F. n° 510 (C.A.F.), inf. par [1987] 1 R.C.S. 1247; *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* [2001] 2 C.F. 618, 2001 CanLII 22028 (C.A.); *Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Wagner*, 225 U.S. 604 (1912); *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23.

DOCTRINE CITÉE

Burrows, Andrew S. *The Law of Restitution*, 3^e éd. New York: Oxford University Press, 2011.

Edelman, James. *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property*, Oxford, Portland, OR: Hart, 2002.

Edelman, James. « The Measure of Restitution and the Future of Restitutionary Damages » (2010) 18 *R.L.R.* 1.

Jackman, I.M. « Restitution for Wrongs » (1989), 48:2 *Cambridge L.J.* 302.

MacOdrum, Donald H. *Fox : Canadian Law of Patents*, feuilles mobiles, 5^e éd. Toronto : Carswell, 2013.

Perry J.A. et T.A. Currier. *Canadian Patent Law*, 2^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.

Siebrasse, Norman. « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *R.C.P.I.* 79.

Siebrasse, Norman et al., « Accounting of Profits in Intellectual Property Cases in Canada » (2007) 24 *R.C.P.I.* 83.

Vaver, David. « Civil Liability For Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Can. can. dr. comm.* 253.

Waddams, S.M. *The Law of Damages*, loose leaf, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991.

Watterson, Stephen. "An Account of Profits or Damages? The History of Orthodoxy" (2004), 24:3 *O.J.L.S.* 471.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a Federal Court decision (2017 FC 350, [2018] 2 F.C.R. 154, 2017 FC 637 (supp. reasons), 2017 FC 759 (costs reasons)) concerning the remedy of an accounting of profits and, specifically, the calculation of the amount the respondents were entitled to receive, an issue that arose from an earlier judgment of the Federal Court finding that the appellant was liable for infringing the respondents' patent. Appeal and cross-appeal dismissed, Woods J.A. dissenting.

APPEARANCES

Sheila R. Block, Andrew Bernstein, Robert H.C. MacFarlane, Nicole Mantini and Jon Silver for appellant.

Steven B. Garland, Jeremy E. Want, Colin B. Ingram and Daniel S. Davies for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Torys LLP, Toronto, for appellant.
Smart & Biggar/Fetherstonhaugh, Ottawa, for respondents.

This is a public version of confidential reasons for judgment issued to the parties.

There are no redactions from the confidential reasons for judgment.

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

[1] STRATAS J.A.: Before the Court is an appeal and a cross-appeal from the judgment of the Federal Court in file T-2051-10 (*per* Fothergill J.): 2017 FC 350, [2018] 2 F.C.R. 154, supplementary reasons 2017 FC 637, reasons on costs 2017 FC 759.

Waddams, S.M. *The Law of Damages*, feuilles mobiles, 2^e éd. Toronto: Canada Law Book, 1991.

Watterson, Stephen. « An Account of Profits or Damages? The History of Orthodoxy » (2004), 24:3 *O.J.L.S.* 471.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre du jugement rendu par la Cour fédérale (2017 CF 350, [2018] 2 R.C.F. 154, 2017 CF 637 (motifs suppl.), 2017 CF 759 (motifs sur les dépens)) concernant le calcul de la restitution des profits et, plus précisément, le calcul du montant de la réparation à laquelle les intimées avaient droit, une question qui découlait d'un jugement antérieur de la Cour fédérale qui a conclu que l'appelante s'était rendue coupable de contrefaçon du brevet des intimées. Appel et appel incident rejetés, la juge Woods, J.C.A., étant dissidente.

ONT COMPARU :

Sheila R. Block, Andrew Bernstein, Robert H.C. MacFarlane, Nicole Mantini et Jon Silver pour l'appelante.

Steven B. Garland, Jeremy E. Want, Colin B. Ingram et Daniel S. Davies pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Torys LLP, Toronto, pour l'appelante.
Smart & Biggar/Fetherstonhaugh, Ottawa, pour les intimées.

Version publique non caviardée des motifs confidentiels du jugement remis aux parties.

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

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Notre Cour est saisie d'un appel et d'un appel incident interjetés à l'encontre du jugement rendu par la Cour fédérale dans le dossier T-2051-10 (sous la plume du juge Fothergill) : 2017 CF 350, [2018] 2 R.C.F. 154, motifs complémentaires (2017 CF 637), motifs relatifs aux dépens (2017 CF 759).

[2] After argument in this Court, the appeal and the cross-appeal were held in abeyance for a considerable time to allow for settlement discussions. Unfortunately, those settlement discussions were unsuccessful.

[3] For simplicity, in these reasons I will refer to the appellant as “NOVA” and the respondents as “Dow”.

[4] Broadly speaking, the appeal and the cross-appeal in this Court concern the principles that should govern the calculation of a plaintiff’s recovery under an accounting of profits. This issue arises from an earlier judgment of the Federal Court, later affirmed on appeal: 2014 FC 844, 129 C.P.R. (4th) 199, aff’d 2016 FCA 216, 142 C.P.R. (4th) 339.

[5] In that earlier judgment, the Federal Court found that NOVA was liable for infringing Dow’s patent over metallocene linear low-density polyethylene by manufacturing its product, SURPASS and selling it in competition to Dow’s product, ELITE.

[6] The question of remedy arose. The Federal Court permitted Dow to elect between an accounting of profits earned as a result of the patent infringement or compensatory damages caused by the patent infringement. Dow elected an accounting of profits.

[7] Neither the decision to allow Dow to elect nor the election itself is under appeal. The appeal and the cross-appeal exclusively concern the remedy of an accounting of profits and, specifically, the calculation of the amount Dow is entitled to receive.

[8] For the reasons that follow, I would dismiss both the appeal and the cross-appeal.

A. An accounting of profits as a remedy for patent infringement

(1) *General principles*

[9] In this area of law, judges tend not to write much about the principles they are applying and, rather, offer

[2] Après les plaidoiries devant notre Cour, l’appel et l’appel incident ont été mis en suspens pendant une longue période pour permettre la tenue de discussions visant un règlement. Malheureusement, ces discussions ont échoué.

[3] Par souci de concision, dans les présents motifs, « NOVA » renvoie à l’appelante et « Dow » aux intimés.

[4] De façon générale, l’appel et l’appel incident devant notre Cour portent sur les principes qui devraient régir le calcul des fonds qu’un plaignant peut recouvrer par voie de restitution des profits. Cette question découle d’un jugement antérieur de la Cour fédérale qui a par la suite été confirmé en appel : 2014 CF 844, confirmé par 2016 CAF 216.

[5] Dans ce jugement antérieur, la Cour fédérale conclut que NOVA s’est rendue coupable de contrefaçon du brevet de Dow relativement au métallocène polyéthylène à basse densité et structure linéaire en fabriquant son produit, SURPASS, et en le vendant pour faire concurrence au produit de Dow, ELITE.

[6] Ce jugement fait intervenir la question de la réparation. La Cour fédérale a autorisé Dow à choisir entre une restitution des profits tirés de la contrefaçon du brevet et des dommages-intérêts compensatoires. Dow a opté pour la restitution des profits.

[7] Ni la décision autorisant Dow à choisir le type de réparation, ni le choix proprement dit, ne sont contestés. L’appel et l’appel incident portent exclusivement sur la restitution des profits et, plus précisément, sur le calcul du montant de la réparation à laquelle Dow a droit.

[8] Pour les motifs qui suivent, je rejetterais à la fois l’appel et l’appel incident.

A. La restitution des profits à titre de réparation pour contrefaçon de brevet

1) *Principes généraux*

[9] Dans ce domaine du droit, les juges ont tendance à peu s’étendre sur les principes et à ne formuler que de

narrow rationales for their decisions. Sometimes in later cases, judges take these rationales as ironclad rules and apply them according to their terms. Over time, there is a risk that, through later application and refinement, the rules evolve in a way that deviates from the governing principles. Worse, as the rules get more complicated, some lawyers and even some judges, start invoking “equity” as a reason to award whatever seems, to them, appropriate and fair. Such an approach is antithetical to a legal system governed by the rule of law that prizes consistent and predictable rulings.

[10] To prevent this from happening, it is useful every once and a while to identify and explain the principles that underlie an area of law. This case presents us with an opportunity to do this in the area of an accounting of profits as a remedy for patent infringement. When we do this and when we apply the principles to the facts here, it becomes evident that the Federal Court did not commit reviewable error in deciding in the way it did. Indeed, as will be seen, except for one small area, I substantially agree with the analysis of the Federal Court.

[11] Broadly speaking, the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 enshrines and regulates a bargain made between inventors and the public: inventors disclose their inventions for the good of all, including the public and later inventors, and, in return, they are given a powerful monopoly for a period of time to exploit their invention. If the *Patent Act* did not do this, one would expect that many inventors would keep their inventions secret, depriving all of knowledge and know-how that can be built upon. Over time, one would expect fewer discoveries and, thus, fewer benefits for society. The Supreme Court and this Court have repeatedly explained this patent bargain in cases such as *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 13 and *Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FCA 171, [2016] 2 F.C.R. 202 (*Apotex FCA (2015)*), at paragraph 42.

brefs motifs pour justifier leurs décisions. Dans des affaires ultérieures, des juges considèrent parfois ces justifications comme des règles rigides et les appliquent à la lettre. Cependant, au fil des ans, à mesure que ces règles sont appliquées et raffinées, elles peuvent évoluer d’une manière qui s’écarte des principes qui les sous-tendent. Pire encore, à mesure que les règles se complexifient, certains avocats, voire certains juges, commencent à invoquer l’« equity » comme un motif justifiant l’adjudication de toute réparation qui leur semble juste et appropriée. Une telle démarche ne respecte pas notre système juridique, fondé sur la primauté du droit, qui valorise la cohérence et la prévisibilité des décisions.

[10] Pour éviter un tel résultat, il est utile de cerner et d’expliquer à l’occasion les principes qui sous-tendent un domaine particulier du droit. La présente affaire nous offre pareille occasion en matière de restitution des profits en réparation de la contrefaçon d’un brevet. À la lumière d’un tel exercice et des principes de la restitution des profits, il ressort des faits de l’espèce que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur susceptible de révision. De fait, comme je l’explique ci-après, je souscris dans une large mesure à l’analyse de la Cour fédérale, sauf sur un seul point.

[11] En termes généraux, la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, établit et réglemente le marché entre les inventeurs et le public : les inventeurs divulguent leurs inventions pour le bien de tous, y compris du public et des inventeurs qui suivront, et ils bénéficient en contrepartie d’un puissant monopole sur l’exploitation de leur invention durant une période précise. Si la *Loi sur les brevets* n’accordait pas un tel avantage, on pourrait s’attendre à ce que bon nombre d’inventeurs gardent leurs inventions secrètes et privent ainsi l’ensemble de la population des connaissances et du savoir-faire susceptibles de servir de base à d’autres inventions. Au fil des ans, il en résulterait une diminution du nombre de découvertes et, partant, des bienfaits pour la société. La Cour suprême du Canada et notre Cour ont à maintes reprises expliqué ce marché inhérent à l’octroi de brevets, notamment dans les arrêts *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 13, et *Merck & Co. c. Apotex Inc.*, 2015 CAF 171, [2016] 2 R.C.F. 202 (*Apotex (CAF) (2015)*), au paragraphe 42.

[12] In the academic literature and in many university seminars, many debate whether the bargain is as beneficial for society as some contend. But in the courtroom, the debate is irrelevant. The *Patent Act*, with the bargain it enshrines and regulates, is law that binds us. By enacting the *Patent Act*, Parliament has decreed the bargain to be a social good, necessary both for the creation of wealth and the improvement of our collective welfare.

[13] Putting aside the exceptional cases where punitive damages are warranted or specific legislative provisions provide to the contrary, remedies addressing patent infringement must be consistent with the bargain. The remedies must neither overshoot nor undershoot the mark: they must neither undercut the bargain nor extend it.

[14] The *Patent Act* and the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 specifically speak to the remedies for patent infringement. One remedy is compensatory damages: *Patent Act*, section 55. Others include injunction, inspection and an accounting: *Patent Act*, section 57. The Federal Courts also have the power to grant other remedies “at law or in equity” or under other Acts of Parliament: *Federal Courts Act*, subsection 20(2).

[15] Compensatory damages for patent infringement serve a particular purpose: to restore those whose patents have been infringed to the position they would have been in had the infringement never taken place. Compensation is the aim, no more, no less.

[16] In many cases, an award of compensatory damages is consistent with the bargain under the *Patent Act*. Those whose patents have been infringed are made whole for the wrongful incursion into their rights to exclusive use of the invention. In many cases, the infringer does not benefit from its wrongdoing and no incentives to infringe are created.

[17] In some cases, however, compensatory damages are inconsistent with the bargain under the *Patent Act*. An

[12] Nombreux sont ceux qui, dans la doctrine et lors de colloques universitaires, se demandent si ce marché est aussi avantageux pour la société que certains le prétendent. Un tel débat n’est toutefois pas pertinent dans une salle d’audience. La *Loi sur les brevets*, et le marché qu’elle établit et régleme, est d’application impérative. En promulguant la *Loi sur les brevets*, le législateur a décrété que le marché est un bien collectif, qui est nécessaire à la fois pour la création de richesses et l’amélioration de notre bien-être collectif.

[13] Si l’on écarte les circonstances exceptionnelles où des dommages-intérêts punitifs sont justifiés et les dispositions légales à l’effet contraire, les recours en cas de contrefaçon de brevet doivent respecter ce marché. Les réparations accordées ne doivent aller ni au-delà ni en deçà de l’objet; elles ne doivent ni saper le marché ni l’étendre.

[14] La *Loi sur les brevets* et la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, définissent expressément les réparations prévues en cas de contrefaçon de brevet, dont l’octroi de dommages-intérêts compensatoires ([*Loi sur les brevets*], article 55) et l’interdiction, l’inspection et le règlement de comptes ([*Loi sur les brevets*], article 57). Les Cours fédérales peuvent aussi accorder d’autres réparations sous le régime « d’une loi fédérale ou de toute autre règle de droit » (*Loi sur les Cours fédérales*, paragraphe 20(2)).

[15] Les dommages-intérêts compensatoires accordés pour contrefaçon de brevet visent un objectif précis : remettre les titulaires de brevets dans l’état où ils auraient été n’eût été la contrefaçon. Cette mesure a pour unique objectif l’indemnisation, ni plus, ni moins.

[16] Dans bien des cas, l’allocation de dommages-intérêts compensatoires est conforme au marché prévu par la *Loi sur les brevets*. Les titulaires de brevets contrefaits obtiennent réparation pour la violation de leur droit à l’exploitation exclusive de leur invention. Souvent, le contrefacteur ne profite pas de ses actes répréhensibles, et aucune incitation à la contrefaçon n’en découle.

[17] Or, parfois, l’octroi de dommages-intérêts compensatoires ne respecte pas le marché prévu par la *Loi*

infringer can make a gain from the use of the patented invention and, in some cases, that gain can be more than the cost of paying compensatory damages to the holder of the benefit of the patent. On a net basis, the infringer can come out ahead.

[18] If the court's remedial armoury were limited to an award of compensatory damages, in some cases infringers would have an incentive to infringe. For them, compensatory damages would be nothing more than a manageable fee to infringe the patent and earn benefits over and above the fee. Effectively, in such cases, inventors would no longer enjoy exclusive rights to benefit from their invention but rather merely a right to a fee for the unconsented-to use of their invention. Indeed, in some cases, infringers would have very strong economic incentives to invade the monopoly granted by the patent. The bargain under the *Patent Act* would be no more.

[19] Fortunately, the court's remedial armoury is not so impoverished. It has another tool by which it can protect and vindicate the patentee's right to exclusivity and, thus, the bargain under the *Patent Act*: an accounting of profits.

[20] The aim of an accounting of profits is not to compensate for injury but to remove the benefits the wrongdoer has made as a result of the infringement. By doing this, any economic incentive to infringe is removed. Potential infringers realize that they will not come out ahead if they infringe a patent and the infringement is detected—all benefits earned as a result of the infringement will be stripped from them. The availability of the remedy of an accounting of profits warns potential infringers that they had best steer clear of others' rights of exclusivity under patents and, instead, spend their time in more profitable, lawful ways. In this way, an accounting of profits reinforces the bargain under the *Patent Act*. If infringers invade a patentee's statutory monopoly with insufficient consequence, the *Patent Act's* bargain crumbles, inventive spirit sputters, and a source of public wealth depletes.

sur les brevets. C'est le cas si le contrefacteur réalise, de l'exploitation de l'invention brevetée, un profit supérieur au montant des dommages-intérêts compensatoires qu'il doit verser au titulaire du brevet. En chiffres nets, le contrefacteur peut même en sortir gagnant.

[18] Si l'arsenal des tribunaux en matière de réparation se limitait à l'allocation de dommages-intérêts, il serait parfois avantageux pour certains de s'adonner à la contrefaçon. Pour eux, les dommages-intérêts compensatoires ne seraient en effet rien de plus que des frais raisonnables à acquitter pour contrefaire un brevet en vue d'en tirer des profits supérieurs. Dans ce cas, les inventeurs ne bénéficieraient plus du droit exclusif d'exploiter leur invention, mais auraient simplement le droit d'exiger le paiement de frais pour l'exploitation non autorisée de celle-ci. De fait, d'importants intérêts financiers inciteraient les contrefacteurs à violer le monopole conféré par le brevet. Une telle réalité sonnerait le glas du marché prévu par la *Loi sur les brevets*.

[19] Heureusement, l'arsenal des tribunaux en matière de réparation n'est pas vide. Les tribunaux disposent en effet d'une autre arme pour protéger et défendre le droit à l'exclusivité des titulaires de brevet et, partant, le marché prévu par la *Loi sur les brevets* : la restitution des profits.

[20] La restitution des profits a pour objet non pas de réparer un préjudice subi, mais plutôt d'en dépouiller l'auteur des profits réalisés grâce à la contrefaçon. Les tribunaux écartent ainsi toute incitation financière à la contrefaçon. Les contrefacteurs en puissance comprennent que la contrefaçon ne paie pas, car, si elle était découverte, tous les profits qu'ils en auraient tirés leur seraient retirés. La possibilité d'être condamnés à la restitution des profits leur rappelle qu'il vaut mieux éviter d'enfreindre les droits à l'exclusivité conférés par les brevets et consacrer plutôt leur temps à des activités licites plus bénéfiques. Ainsi, la restitution des profits renforce le marché prévu par la *Loi sur les brevets*. Si les conséquences auxquelles s'exposent les contrefacteurs qui violent le monopole conféré par la loi aux titulaires de brevet sont insuffisantes, le marché prévu par la *Loi sur les brevets* ne tient plus, l'esprit d'innovation s'essouffle et une source de richesse publique s'appauvrit.

[21] This is not unlike the role of an accounting of profits in preserving other important dynamics and relationships recognized by law. For example, an accounting of profits plays a key role in protecting and vindicating the relationship between fiduciaries and their beneficiaries and removing any incentives to dishonour the relationship. See, e.g., *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at paragraph 75; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pages 453–454, (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; I.M. Jackman, “Restitution for Wrongs” (1989), 48:2 *Cambridge L.J.* 302, at page 304; James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Oxford, Portland, OR: Hart, 2002), at pages 83–86.

[22] In the area of fiduciary duty, compensatory damages can fall short of vindicating the fiduciary relationship in the same way that they can fall short in the patent infringement context: James Edelman, “The Measure of Restitution and the Future of Restitutionary Damages” (2010), 18 *R.L.R.* 1, at page 11 (“disgorgement damages ... are needed ... where other remedies do not provide sufficient deterrence”). For example, if persons in a fiduciary position invest \$100 of trust money for their personal use and earn a profit of \$1000, compensatory damages would only require them to surrender \$100, allowing them to retain \$900. A purely compensatory approach would incentivize faithless fiduciary behaviour and undermine a relationship the law considers worthy of protection.

[23] In the patent infringement context, suppose a multinational infringer is extremely efficient: it can produce infringing wares at much higher volumes than the patentee at similar cost. If a court is restricted to awarding only compensatory damages, the patentee’s lost sales will be a drop in the infringer’s bucket of profits. The remedial restriction would be a boon for efficient infringers. Stripping infringers of their wrongful gains through an accounting of profits is often the only way to vindicate the patentee’s rights to exclusivity over the invention.

[21] Cet objet ressemble au rôle de la restitution des profits dans le maintien d’autres importantes dynamiques et relations reconnues par la loi. À titre d’exemple, la restitution des profits joue un rôle déterminant dans la protection et la défense de la relation entre les fiduciaires et leurs bénéficiaires, car elle supprime tout motif de nuire à cette relation. Voir, par exemple, *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, au paragraphe 75; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, aux pages 453 et 454, 1994 CanLII 70; I.M. Jackman, « Restitution for Wrongs » (1989), 48 :2 *Cambridge L.J.* 302, à la page 304; James Edelman, *Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property* (Oxford, Portland, OR : Hart , 2002), aux pages 83 à 86.

[22] Il se peut que les dommages-intérêts compensatoires ne soient pas suffisants pour défendre la relation fiduciaire, tout comme pour décourager la contrefaçon de brevet : James Edelman, « The Measure of Restitution and the Future of Restitutionary Damages » (2010), 18 *R.L.R.* 1, à la page 11 ([TRADUCTION] « des dommages-intérêts de restitution [...] sont nécessaires [...] lorsque les autres mesures de réparation n’ont pas un effet dissuasif suffisant »). Par exemple, si un fiduciaire investit pour son usage personnel 100 \$ d’une somme qu’il détient en fiducie, en retire un profit de 1 000 \$ et est condamné aux dommages-intérêts compensatoires, il serait tenu de rembourser seulement 100 \$, ce qui lui permettrait de conserver 900 \$. Une sanction purement compensatoire encouragerait les comportements fiduciaires déloyaux et minerait une relation que la loi juge digne de protection.

[23] En matière de contrefaçon de brevet, supposons qu’un contrefacteur multinational fasse preuve d’une extrême efficacité en réussissant à produire, à un coût comparable, des marchandises contrefaites en quantités beaucoup plus importantes que le titulaire du brevet. Si le tribunal pouvait seulement allouer des dommages-intérêts compensatoires, le titulaire du brevet ne serait indemnisé que pour les ventes perdues, qui ne représentent qu’une goutte d’eau dans la mer des profits réalisés par le contrefacteur. Dans un tel cas, les contrefacteurs efficaces bénéficieraient d’un avantage. Dépouiller les contrefacteurs des gains qu’ils ont acquis illégalement, par une restitution des profits, est souvent le seul moyen de défendre le droit à l’exclusivité dont bénéficie le titulaire du brevet à l’égard de son invention.

[24] An accounting of profits ensures that faithless fiduciaries and patent infringers alike will not “profit from [their] wrong”: *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, at page 174, (1993), 101 D.L.R. (4th) 129; *Strother*, above, at paragraph 77 (the remedy “teaches faithless fiduciaries that conflicts of interest do not pay”); Andrew S. Burrows, *The Law of Restitution*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2011) [Burrows], at pages 621–623; Jackman, above, at page 304. This principle is a long-standing and powerful one that animates remedial responses in many areas of law: see, e.g., *Lundy v. Lundy* (1895), 24 S.C.R. 650, 1895 CanLII 19; *Jamieson v. Jamieson* (1921), 63 S.C.R. 188, 65 D.L.R. 68; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*; *Brissette Estate v. Crown Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, (1992), 96 D.L.R. (4th) 609; *Hall v. Hebert*, above; *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, (1989), 59 D.L.R. (4th) 660. In the area of patents, stripping infringers of their wrongful gains restores confidence in the *Patent Act* scheme and ensures equitable treatment not only for inventors but also for market competitors who continue to play by the rules. As Professor Burrows (now Burrows L.J. of the U.K. Supreme Court) puts it, above, at page 662, “[w]hy should a wrongdoing defendant end up better off, for example, than a competitor who has taken care not to infringe another’s legal rights?”.

[25] I.M. Jackman, a leading Commonwealth scholar on the topic of restitution, explains how restitutionary remedies, like an accounting of profits, can guard the integrity of “facilitative legal institutions”:

.... Just as the law protects people directly from harm, so must the law protect the integrity of ... facilitative legal institutions, and the structure of civil remedies thus reflects the need to guard against not only personal harm, but also institutional harm. Institutional harm may not be a form of immediate “harm to others,” but will be in a mediate way, by depriving a community of the integrity (and thus the utility) of its facilitative institutions. Further, these two kinds of protection from harm operate independently, so that even if no one personally and

[24] La restitution des profits fait en sorte que les fiduciaires déloyaux de même que les contrefacteurs de brevet ne pourront « tirer profit de [leur] faute » (*Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, à la page 174, 1993 CanLII 141; *Strother* [précité], au paragraphe 77 (la réparation « montre aux fiduciaires déloyaux que le conflit d’intérêts ne paie pas »); Andrew S. Burrows, *The Law of Restitution*, 3^e éd. (New York : Oxford University Press, 2011) [Burrows], aux pages 621 à 623; Jackman [précité], à la page 304). Ce puissant principe établi de longue date sous-tend les mesures de réparation prévues dans bon nombre de domaines du droit (voir, par exemple, *Lundy v. Lundy* (1895), 24 R.C.S. 650; *Jamieson v. Jamieson* (1921), 63 R.C.S. 188; *Brissette, succession c. Crown, Cie d’Assurance-Vie*, [1992] 3 R.C.S. 87, 1992 CanLII 32; *Hall c. Hebert* [précité]; *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, 1989 CanLII 105). Dans le domaine des brevets, le fait de dépouiller les contrefacteurs de leurs gains acquis illégalement rétablit la confiance à l’égard du régime prévu par la *Loi sur les brevets* et garantit un traitement équitable, non seulement pour les inventeurs, mais aussi pour leurs concurrents qui respectent les règles du jeu. Comme le mentionne le professeur Burrows (aujourd’hui lord Burrows, juge à la Cour suprême du Royaume-Uni), à la page 662 de son ouvrage, [TRADUCTION] « [p]ourquoi une partie fautive devrait-elle se retrouver en meilleure position que, par exemple, un concurrent qui a pris soin de ne pas enfreindre les droits que la loi reconnaît à autrui? ».

[25] I.M. Jackman, un éminent spécialiste de la question de la restitution au sein du Commonwealth, explique comment les réparations fondées sur ce principe, comme la restitution des profits, peuvent protéger l’intégrité des [TRADUCTION] « institutions juridiques visant à faciliter un certain but » :

[TRADUCTION] [...] Tout comme la loi protège directement les gens contre le préjudice, de même doit-elle protéger l’intégrité des [...] institutions juridiques visant à faciliter un certain but; la structure des recours civils doit donc tenir compte de la nécessité d’offrir une protection contre les préjudices non seulement personnels, mais aussi institutionnels. Si le préjudice institutionnel n’est pas une forme immédiate de « préjudice à autrui », ce préjudice s’exerce néanmoins d’une manière indirecte, en privant un groupe de l’intégrité (et, partant, de l’utilité) de telles institutions.

immediately has suffered harm, a remedy might still be attracted to protect a particular facilitative institution.

(Jackman, above, at page 304; emphasis added, footnotes omitted.)

[26] In *Hodgkinson*, above, at page 453, the Supreme Court echoes these comments in the fiduciary context: “the law is able to monitor a given relationship society views as socially useful while avoiding the necessity of formal regulation that may tend to hamper its social utility.”

[27] An accounting of profits is directed to the disgorgement of benefits obtained by infringers as a result of the infringement, no more, no less: e.g., *Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902 [*Schmeiser*], at paragraph 101; *Apotex Inc. v. ADIR*, 2017 FCA 23, 406 D.L.R. (4th) 572 (*ADIR FCA*), at paragraphs 26, 28; *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2010 FCA 207, [2012] 1 F.C.R. 473, 408 N.R. 143 (*Rivett FCA*); *Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd.*, [1993] HCA 54, (1993), 179 C.L.R. 101 [*Dart Industries*], at page 111, (1993), 116 A.L.R. 385 (Aust. H.C.); Norman Siebrasse, “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 *C.I.P.R.* 79 (Siebrasse 2004), at page 83.

[28] Awarding less—leaving infringers to enjoy some of the benefits from their infringement of patents—does not fully remove the incentive to infringe. It incentivizes infringement, thereby undercutting the bargain. Awarding more—stripping infringers of the benefits obtained from their infringement and taking even more away—removes the incentive to infringe. The bargain is affirmed. But by taking even more away, it punishes the infringer.

[29] An accounting of profits is not to be punitive: *Schmeiser*, above, at paragraph 101; *Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.*, [1997] 2 F.C. 3, (1996), 71 C.P.R. (3d) 26 (C.A.) [*Lubrizol*], at paragraph 15. Instead, that is the

Qui plus est, ces deux types de protection contre les préjudices sont indépendants l’un de l’autre de sorte que, même si personne n’a subi personnellement et directement aucun préjudice, un recours pourrait toujours être possible pour protéger une institution particulière.

(Jackman, précité, à la page 304; non souligné dans l’original, renvois omis.)

[26] Dans l’arrêt *Hodgkinson* [précité], à la page 453, la Cour suprême fait écho à ces commentaires dans le contexte de l’obligation fiduciaire : « [I]e droit est ainsi en mesure de surveiller une relation que la société considère comme utile, tout en écartant la nécessité d’une réglementation officielle qui risquerait d’en réduire l’utilité sociale ».

[27] La restitution des profits vise à permettre le recouvrement des bénéfices réalisés par les contrefacteurs grâce à la contrefaçon, ni plus, ni moins (voir, par exemple, *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902 [*Schmeiser*], au paragraphe 101; *Apotex Inc. c. ADIR*, 2017 CAF 23 (*ADIR* (CAF)), aux paragraphes 26 et 28; *Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2010 CAF 207, [2012] 1 R.C.F. 473 (*Rivett* (CAF)); *Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd.*, [1993] HCA 54, (1993), 179 C.L.R. 101, à la page 111, (1993), 116 A.L.R. 385 (Haute Cour de l’Australie); Norman Siebrasse, « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 *R.C.P.I.* 79 (Siebrasse, 2004), à la page 83).

[28] Accorder moins —et permettre que la contrefaçon de brevet profite au contrefacteur — ne supprime pas complètement l’incitation; ce dernier n’est pas dissuadé, et le marché est de ce fait miné. Accorder plus — et dépouiller les contrefacteurs des bénéfices tirés de la contrefaçon et davantage — supprime l’incitation. Le marché est alors confirmé, mais en accordant davantage, on punit le contrefacteur.

[29] Or, la restitution des bénéfices n’a pas pour objet de punir (*Schmeiser*, [précité], au paragraphe 101; *Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée*, [1997] 2 C.F. 3, 1996 CanLII 4095 (C.A.) [*Lubrizol*], au

objective of punitive damages. Punitive damages are additional awards tacked on top of another remedial response (whether compensatory or restitutionary) and a separate body of law defines and regulates their availability and quantum: e.g., *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at paragraph 36, cited in *Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock*, 2020 SCC 19, 447 D.L.R. (4th) 543 [*Atlantic Lottery*], at paragraphs 63–66.

[30] Here, a warning must be sounded. In some cases, an accounting of profits, calculated in accordance with proper principle, can result in an enormous quantum of recovery, a sum with many digits. Some judges get spooked by this. They turn their backs on the doctrine, draw upon their own vague sense of what seems to be fair, and find some formula of words to reduce the amount awarded. This is wrong. Their response is not a judicial one, a reasoned application of settled doctrine to the evidence. Rather, their response springs from idiosyncratic feelings and impressions, something that varies from judge to judge. Were this the accepted way of performing an accounting of profits, outcomes would depend on the random chance of the particular person chosen to decide the case—essentially justice turning on the spin of a roulette wheel. Alas, some counsel—not the skilled and professional ones here—encourage these sorts of non-judicial responses by lambasting claims as “enormous”, “unfair” and “unjust” without referring to the settled doctrine.

[31] These sorts of non-judicial approaches should be seen for what they are. If a defendant wrongly takes a plaintiff’s patented machine and earns millions from the machine that it had no right to use and the remedy is an accounting of profits, every last penny caused by the wrongdoing must be stripped from the defendant, no matter how high that may be. Otherwise, the defendant is rewarded for its wrongdoing and others looking on might be encouraged to do the same.

[32] Thus, properly seen, the instruction to avoid punitive outcomes when awarding an accounting of profits is no reason to arbitrarily reduce or cap the amount to be disgorged from the infringer. It is just a prudent reminder to apply causation principles properly and rigorously, to

paragraphe 15). C’est l’objet des dommages-intérêts punitifs, qui s’ajoutent à d’autres réparation (indemnisation ou restitution). Leur octroi et leur montant sont régis par des règles de droit distinctes (voir, par exemple, *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, au paragraphe 36, cité dans *Société des loteries de l’Atlantique c. Babstock*, 2020 CSC 19 [*Société des loteries de l’Atlantique*], aux paragraphes 63 à 66).

[30] Une mise en garde s’impose. Dans certains cas, le calcul effectué conformément aux principes établis en matière de restitution des profits peut donner une somme considérable, susceptible d’effrayer certains juges. Ils tournent alors le dos au principe, déterminent ce qui leur semble juste et trouvent une formule pour réduire le montant de la réparation. Ils ont tort. Ce faisant, ils ne proposent pas une réponse judiciaire fondée sur une application raisonnée des principes établis aux éléments de preuve. Ils fondent plutôt leur réponse sur des sentiments et des impressions singuliers; qui varient d’un juge à un autre. Si telle était la manière reconnue d’appliquer la restitution des profits, le résultat serait alors le fruit du hasard et dépendrait de la personne choisie pour statuer sur l’affaire; comme si la justice dépendait d’un jeu de roulette. Hélas, certains avocats — non pas les juristes chevronnés et professionnels — encouragent ce type de réponses non judiciaires, en s’insurgeant contre des demandes de réparation qu’ils estiment « astronomiques », « iniques » et « iniques » sans renvoyer aux principes établis.

[31] Il faut être réalistes à l’égard de ces approches non judiciaires. Si un défendeur s’approprie à tort la machine brevetée du demandeur, qu’il en retire des millions de dollars alors qu’il n’avait pas le droit de l’exploiter et qu’il est condamné à la restitution des profits, il devra remettre tous les profits générés par cette faute, jusqu’au dernier sou, peu importe le montant de la restitution. Sinon, le défendeur sera récompensé pour sa faute, et d’autres pourraient être incités à lui emboîter le pas.

[32] Par conséquent, la directive voulant qu’il faille éviter un effet punitif en ordonnant la restitution des profits, si elle est bien interprétée, ne justifie nullement que l’on réduise ou limite arbitrairement la somme à recouvrer du contrefacteur. Il s’agit uniquement d’un rappel

ensure that the gain earned by the infringer as a result of the infringement is reversed, no more, no less.

[33] To reiterate, under an accounting of profits, the patentee is entitled to the benefits obtained by infringers as a result of the infringement of the patent, properly construed and understood, no more, no less. The key words are “as a result” and “infringement of the patent, properly construed and understood”. The former stresses the need for the court to analyze causation, for only those amounts causally linked to the infringement are captured by the accounting of profits; anything extra is punitive. The latter reminds us that the focus is on the protection afforded by the patent; anything extra effectively extends, improperly, the scope of protection afforded by the patent.

[34] Thus, an accounting of profits must walk a fine line between deterring infringement, i.e., extracting any economic incentive to infringe, without punishing, i.e., extracting sums not causally connected to the infringement. And it must focus on defending and vindicating—not expanding—the patentee’s lawful monopoly under the patent.

[35] To illustrate this, consider a luxury car manufacturer that uses a screw in its windshield wipers. The screw infringes a patent. The patentee’s monopoly covers that screw, not luxury cars. If the infringer would be forced to disgorge all of its profits from the luxury cars, in practical terms the remedy would place the patentee in the position of enjoying a monopoly that it simply does not possess. The patentee did not invent luxury cars, it only invented a screw. An accounting of profits defends and, thus, is constrained by a patent’s borders, nothing more.

[36] The jurisprudence has developed two rules for courts to help them implement these principles: (1) only actual profits, meaning actual revenues minus actual

prudent selon lequel les principes de causalité doivent être appliqués adéquatement et rigoureusement, afin que seuls les gains réalisés par le contrefacteur grâce à la contrefaçon ne soient recouverts, ni plus, ni moins.

[33] Bref, selon le principe de la restitution des profits, le titulaire du brevet n’a droit qu’à la restitution des profits que le contrefacteur a acquis au moyen de la contrefaçon du brevet, correctement interprété et compris, ni plus, ni moins. L’accent est mis sur les expressions « au moyen de » et « contrefaçon du brevet, correctement interprété et compris ». La première fait ressortir l’importance pour la cour de déterminer le lien de causalité, car la restitution des profits ne vise que les sommes ayant un lien de causalité avec la contrefaçon; toute somme supplémentaire relève d’un effet punitif. La deuxième nous rappelle que l’objectif est de garantir la protection conférée par le brevet; tout élément supplémentaire a pour effet d’étendre à tort la portée de la protection conférée par le brevet.

[34] Par conséquent, par la restitution des profits, on doit trouver le juste équilibre entre la dissuasion — c’est-à-dire supprimer toute incitation économique à la contrefaçon — et la punition — c’est-à-dire recouvrer des profits qui n’ont pas de lien de causalité avec la contrefaçon. Et elle doit viser essentiellement à défendre — et non à étendre — le monopole licite dont jouit le titulaire du brevet.

[35] Prenons l’exemple d’un fabricant de voitures de luxe qui utilise une vis particulière pour fixer les essuie-glaces de la voiture. Cette vis résulte d’une contrefaçon de brevet. Le monopole du breveté porte sur la vis, non pas sur les voitures de luxe. Si le contrefacteur était tenu de restituer tous les profits provenant de la vente des voitures de luxe, la réparation permettrait alors au titulaire du brevet de jouir d’un monopole qu’il ne possède tout simplement pas. Le titulaire de brevet n’a pas inventé les voitures de luxe; il n’a inventé qu’une vis. La restitution des profits vise à défendre le brevet; elle doit donc se limiter à la portée du brevet, sans plus.

[36] La jurisprudence a établi deux règles pour aider les tribunaux à appliquer ces principes : 1) seuls les profits réels, c’est-à-dire la différence entre les recettes réelles et

costs, are disgorged; (2) only profits that have resulted from the patent infringement are disgorged.

(2) *Specific principles*

(a) *Only actual profits are disgorged*

[37] In an accounting of profits, courts must work in the real world, not the hypothetical. Courts care only about *actual* revenues and *actual* costs. What “could have”, “should have”, or “would have” happened is of no moment. The only thing that matters is what *did* happen. Because the aim of the remedy is to strip the gains that *did* happen from the infringer as a result of the *actual* infringement of the patent, properly construed and understood.

[38] Thus, it is a key principle in this area of law that patentees must take their infringers as they find them: *Lubrizol*, above, at paragraph 15; *Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 F.C. 483, (1994), 58 C.P.R. (3d) 359 (C.A.), at page 368; Norman Siebrasse et al., “Accounting of Profits in Intellectual Property Cases in Canada” (2007), 24 *C.I.P.R.* 83 (, at page 87; S.J. Perry and T.A. Currier, *Canadian Patent Law*, 2nd ed. (Markham, Ont: LexisNexis Canada, 2014), at page 472, §17.46; *Dart Industries*, above, at page 111; *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203, at page 220, [1998] All E.R. 594(Ch. D.). In its reasons, the Federal Court correctly identified this principle and was guided by it: reasons, at paragraphs 138–140.

[39] This principle advances the purposes of the remedy. Disgorging anything less than an infringer’s actual profits would offer an economic incentive to infringe. It allows the infringer to retain some of its ill-gotten gains and chip away at the patentee’s monopoly. But disgorging more than what was actually earned is not necessary to protect that monopoly and is, therefore, punitive.

les coûts réels, sont restitués; 2) seuls les profits découlant de la contrefaçon de brevet sont restitués.

(2) *Principes précis*

a) *Seuls les profits réels sont restitués*

[37] Lorsqu’ils ordonnent la restitution des profits, les tribunaux doivent s’appuyer sur des faits réels, et non sur des hypothèses. Ils ne s’intéressent qu’aux recettes réelles et aux coûts réels. Il importe peu de savoir ce qui « aurait pu » ou « aurait dû » se produire, ou ce qui « se serait » produit. La seule chose qui importe, c’est de savoir ce qui s’est produit. Car l’objectif de la réparation est de dépouiller le contrefacteur des gains qu’il a bel et bien réalisés au moyen de la contrefaçon réelle du brevet, correctement interprété et compris.

[38] Il est donc un principe essentiel dans ce domaine du droit : c’est que les titulaires de brevet doivent évaluer leurs contrefacteurs dans leur véritable situation (*Lubrizol* [précité], au paragraphe 15; *Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.*, [1995] 1 C.F. 483, 1994 CanLII 3524 (C.A.); Norman Siebrasse et al., « Accounting of Profits in Intellectual Property Cases in Canada » (2007), 24 *R.C.P.I.* 83 (Siebrasse, 2007), à la page 87; S.J. Perry et T.A. Currier, *Canadian Patent Law*, 2^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014), à la page 472, paragraphe 17.46; *Dart Industries* [précité], à la page 111; *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C. 203, à la page 220, [1998] All E.R. 594 (Ch. D.). Dans ses motifs, la Cour fédérale définit correctement ce principe et s’en inspire (motifs, aux paragraphes 138 à 140).

[39] Ce principe favorise la réalisation des objectifs de la réparation. La restitution de toute somme inférieure aux profits réels du contrefacteur offrirait une incitation économique à la contrefaçon en permettant au contrefacteur de conserver une partie des gains acquis illégalement et saperait le monopole du breveté. Exiger la restitution d’une somme supérieure aux profits réellement dégagés n’est pas nécessaire pour protéger ce monopole; il s’agirait alors d’une mesure punitive.

[40] In order to do this properly in an accounting of profits, courts must avoid the hypothetical, “but for” world. Questions of what the parties could, would, or should have done are irrelevant to the analysis.

[41] For example, infringers cannot deduct opportunity costs (i.e., what they *would have* done but for the infringement). Opportunity costs are hypothetical costs occurring in the “but for” world. Allowing any hypothetical revenues or costs to be deducted undercuts the patent bargain. When hypothetical revenues and costs are used it distorts the picture of what the infringer *actually* earned making it impossible to extract the actual value derived from the infringement.

[42] In its oral submissions, the respondent Dow offered a simple, apt example to illustrate this point: if bank robbers steal \$50 and are liable to return it, they cannot seek to deduct \$20 because they would have earned \$20 in the workplace had they never robbed the bank. To allow the \$20 deduction is to incentivize bank robbery: in the best case scenario, where their robbery is not detected, the bank robbers would keep all of their ill-gotten gains and, in the worst case scenario, the bank robbers would keep what they would have earned had they not robbed the bank. Given this, why wouldn’t the bank robbers decide to rob a bank every time? Likewise, why wouldn’t infringers decide to infringe every time? Under this approach, they are in effect given a free lottery ticket—there is only upside, no downside.

[43] Dow’s example can be extended further. Suppose the bank robbers were earning much more than minimum wage such that the robbers’ opportunity costs were \$100. If the robbers could deduct the opportunity costs (\$50 minus \$100), they would have no profits to disgorge. This would allow the robbers to rob the bank free from any consequence. If *actual* profits are not disgorged, the robbers have an open license to rob the bank. Similarly, in the patent context, infringers with large opportunity costs—those who are powerful and well off who could make substantial lawful profits elsewhere—could infringe patents free from any consequence.

[40] Ainsi, les tribunaux doivent éviter le raisonnement fondé sur des scénarios hypothétiques. Il n’est pas pertinent de se demander ce que les parties auraient fait, ni ce qu’elles auraient pu ou auraient dû faire.

[41] Par exemple, les contrefacteurs ne peuvent déduire les coûts de renonciation (c.-à-d. ce qu’ils auraient fait n’eût été la contrefaçon). Les coûts de renonciation sont des coûts hypothétiques. Autoriser la déduction de recettes ou de coûts hypothétiques mine le marché inhérent à l’octroi de brevets et fausse le portrait de ce que le contrefacteur a réellement gagné. Il est alors impossible de dégager la valeur réelle provenant de la contrefaçon.

[42] Dans ses observations orales, l’intimée Dow a avancé un exemple simple et pertinent pour illustrer ce point : si des voleurs de banque volent 50 \$ et sont tenus de les restituer, ils ne peuvent demander qu’en soient déduits 20 \$, car c’est ce qu’ils auraient gagné s’ils avaient travaillé au lieu de perpétrer le vol. Autoriser la déduction des 20 \$ encouragerait les vols de banque : dans le meilleur des cas, le vol n’est pas remarqué, et les voleurs conservent tous les gains acquis illégalement; dans le pire des cas, ils conservent ce qu’ils auraient gagné, n’eût été le vol de banque. Selon une telle logique, qu’est-ce qui empêcherait les voleurs d’opter pour le vol chaque fois que l’occasion se présente? De même, qu’est-ce qui empêcherait des contrefacteurs de continuer leurs activités de contrefaçon chaque fois qu’ils en auraient l’occasion? Ce serait pour eux comme recevoir un billet de loterie gratuit; la situation présenterait seulement des avantages, et aucun inconvénient.

[43] Pouvons l’exemple de Dow un peu plus loin. Supposons que les voleurs gagnent beaucoup plus que le salaire minimum, et donc que leurs coûts de renonciation sont de 100 \$. Si les voleurs pouvaient déduire les coûts de renonciation (50 \$ moins 100 \$), ils n’auraient alors aucun profit à remettre. Ils pourraient voler la banque sans subir de conséquences. Si les voleurs ne sont pas contraints de restituer les profits réels, ils ont carte blanche pour voler à leur guise. De même, dans le contexte des brevets, les contrefacteurs qui justifient d’importants coûts de renonciation — ceux qui sont puissants et bien pourvus et qui pourraient réaliser des profits substantiels

[44] Thus, allowing infringers to deduct opportunity costs violates the rule that only *actual* costs can be deducted. If hypothetical costs are deducted, it provides economic incentive for infringers to “rob the bank” and undermine the patent bargain.

[45] To be clear, “but for”, hypothetical reasoning applies when courts award compensatory damages for patent infringement: see, e.g., *Apotex FCA (2015)*, at paragraphs 43–45; *Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited*, 2016 FCA 161, 483 N.R. 275 [*Pfizer*], at paragraph 50. There is no doubt that, in that context, “[b]oth ‘would have’ and ‘could have’ are key” to determine the proper amount of compensation: see, e.g., *Pfizer*, at paragraph 50. But this is not the case in an accounting of profits. An accounting of profits is indifferent to the plaintiff’s compensation. What “would have” and “could have” happened does not matter—all that matters is what is actually in the infringer’s pockets as a result of the infringement of the patent, properly construed and understood.

(b) *Only profits that have resulted from the patent infringement are disgorged*

[46] There must be a causal connection between the profits to be disgorged and the patent infringement. A “common sense view of causation” is to be applied: *Schmeiser*, above, at paragraph 101. For example, a pharmaceutical company does not disgorge its profits from all of its products just because one of its products is infringing.

[47] Even within a particular product, there may be infringing elements and non-infringing elements. If a patented brake is sold inside a car, the patentee is not entitled to all of the profits generated from the sale of the car: *Dart Industries*, at page 120. Likewise, if a drug contains two active ingredients, one of which is patented and the other

en menant d’autres activités licites — pourraient contre-faire des brevets sans s’exposer à quelque conséquence que ce soit.

[44] Par conséquent, permettre aux contrefacteurs de déduire les coûts de renonciation enfreint la règle voulant que seuls les coûts réels puissent être déduits. En étant autorisés à déduire des coûts hypothétiques, les contrefacteurs bénéficient d’un motif économique de « voler la banque », et cela vient miner le marché inhérent à l’octroi de brevets.

[45] Il convient de préciser que le raisonnement fondé sur des scénarios hypothétiques s’applique à l’octroi de dommages-intérêts compensatoires pour contrefaçon de brevet (voir, par exemple, *Apotex (CAF) (2015)*, aux paragraphes 43 à 45; *Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited*, 2016 CAF 161 [*Pfizer*], au paragraphe 50.) Il ne fait aucun doute que, dans ce contexte, « [l]es deux expressions “aurait eu” et “aurait pu” sont les expressions clés » pour déterminer le montant adéquat de l’indemnisation (voir, par exemple, *Pfizer*, au paragraphe 50). Ce n’est toutefois pas le cas lorsqu’il s’agit de la restitution des profits. L’indemnisation du demandeur ne joue pas dans la restitution des profits. Il importe peu de savoir ce qui « aurait pu » se produire; la seule chose qui importe est de savoir combien la contrefaçon du brevet, correctement interprété et compris, a réellement rapporté au contrefacteur.

b) *Seuls les profits attribuables à la contrefaçon de brevet sont restitués*

[46] Il doit exister un lien de causalité entre les profits à remettre et la contrefaçon de brevet. Une « conception normale du lien de causalité » doit être appliquée (*Schmeiser*, au paragraphe 101). À titre d’exemple, une société pharmaceutique n’a pas à restituer les profits dégagés de tous ses produits simplement parce que l’un d’eux est contrefait.

[47] Il peut y avoir des éléments contrefaits et d’autres qui ne le sont pas à l’intérieur d’un même produit. Si un système de freinage breveté est installé sur une voiture, le titulaire du brevet n’a pas droit à tous les profits générés par la vente de ces voitures (*Dart Industries*, à la page 120). De même, si un médicament renferme deux

unpatented, then the patentee may not be entitled to all of the profits from the drug: *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1998), 82 C.P.R. (3d) 466, 151 F.T.R. 250 (F.C.T.D.) [*Wellcome*]. The court parses through the profits and orders only those profits caused by the infringement to be disgorged, allowing the infringer to retain the rest. This is because some of the profits are generated from a non-infringing source (i.e., the car or the unpatented ingredient).

[48] The case law in this area uses the term “apportionment of profits” to describe this process of dividing profits caused by the infringement from other profits: e.g., *ADIR v. Apotex Inc.*, 2015 FC 721, 482 F.T.R. 276 (*ADIR FC*), at paragraph 119 *revd* but not on this principle, *ADIR FCA*, above. This is unfortunate, as the term can be misleading. It invites some to think that the court’s task is to divide the profits into recoverable and irrecoverable amounts on the basis of fairness. Not at all. “Apportionment” is just another way of describing the process by which the court identifies and separates the profits made as a result of the infringement from those that are not. As the Supreme Court put it in *Schmeiser*, at paragraph 101, “the inventor is only entitled to that portion of the infringer’s profit which is causally attributable to the invention” (emphasis added). Assessing what profit has resulted from the infringement remains the core of the court’s task.

[49] To disgorge the profits generated from an entire car because of an infringing brake or screw is not only punitive but it also overinflates the value of the patent. As explained above, the patentee has a patent over the value generated from the patented brake or the screw, not the car as a whole. Otherwise, the *Patent Act* would be protecting a right that the patentee simply does not have. The remedy of an accounting of profits only defends the patent’s borders; it does not expand them.

[50] In apportioning profits, the court must look for a link between the patent and the profits. It can do this by identifying the value (i.e., profit) generated because of

principes actifs, dont l’un est breveté et l’autre ne l’est pas, le titulaire du brevet pourrait ne pas avoir droit à la totalité des profits tirés du médicament (*Wellcome Foundation Limited c. Apotex Inc.*, 1998 CanLII 8270 (C.F. 1^{re} inst.)). Le tribunal analyse les profits et ordonne que seuls les profits attribuables à la contrefaçon soient restitués, et le contrefacteur peut conserver le reste. Il en est ainsi parce qu’une partie des profits provient d’une source non contrefaisante (c.-à-d. la voiture ou le principe actif non breveté).

[48] Dans la jurisprudence, le terme « répartition des profits » renvoie à la séparation des profits attribuables à la contrefaçon des autres profits (voir, par exemple, *ADIR c. Apotex Inc.*, 2015 CF 721 (*ADIR (CF)*), au paragraphe 119, infirmé par *ADIR (CAF)*, [précité] pour une autre question). Malheureusement, ce terme peut être trompeur. Il laisse entendre que le rôle du tribunal est de répartir les profits entre les sommes qui sont recouvrables et celles qui ne le sont pas en se fondant sur l’équité. Or, il ne s’agit pas du tout de cela. La « répartition » n’est qu’une autre façon de décrire l’exercice par lequel le tribunal détermine les profits générés par la contrefaçon et les distingue de ceux qui ne le sont pas. Comme le souligne la Cour suprême dans l’arrêt *Schmeiser*, au paragraphe 101, « l’inventeur a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l’invention » (non souligné dans l’original). L’évaluation des profits résultant de la contrefaçon demeure la principale tâche du tribunal.

[49] Ordonner la restitution des profits générés par une voiture entière, à cause de l’exploitation d’un système de freinage ou d’une vis contrefaits, a non seulement un caractère punitif, mais a aussi pour effet de gonfler exagérément la valeur du brevet. Comme il est expliqué plus haut, le titulaire du brevet a droit seulement à la valeur générée par le système de freinage ou la vis brevetés, et non aux profits provenant de la voiture tout entière. Autrement, la *Loi sur les brevets* protégerait un droit que le breveté ne possède tout simplement pas. La réparation que constitue la restitution des profits défend les limites du brevet; elle ne l’étend pas.

[50] Par la répartition des profits, la cour doit établir un lien, s’il en est, entre le brevet et les profits. Elle peut le faire en déterminant la valeur (c.-à-d. les profits)

the patent. In other words, the court can ask what profits are attributable to the patented brake in the car. What profits are attributable to the patented ingredient in the medicine?

[51] Professor Norman Siebrasse, a leading, incisive member of Canada’s intellectual property academy, calls this the “differential profits approach” or “value-based apportionment”:

.... awarding profits according to the value added by the patented invention and opposed to the proportionate cost or physical size, is consonant with fundamental nature of patents as *intellectual* property. What is valuable is the intellectual contribution that is embodied in an invention, not the physical contribution. It may be that even though the patented aspect is only a small part of the wares that are sold, either by physical proportion or by cost, the entire value of the wares is due to the patent. [Emphasis in original.]

(Siebrasse 2004, at page 92.)

[52] In *ADIR FCA*, at paragraph 73, this Court cited a passage in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1994), 55 C.P.R. (3d) 433, at page 457, 78 F.T.R. 86 (F.C.T.D.), revd (1995), 184 N.R. 149, 61 C.P.R. (3d) 271 (but affirmed on this point), approvingly as an illustration of this value-based approach. The passage is as follows:

There is no question however, that the individual circumstances of a particular case may render an apportionment of profits the only equitable solution. The test in determining if there should be an apportionment is based on the saleability, as a whole, of the product which contains the patented invention. The question for the court is whether the market demand for the defendant’s product arose because of the infringed patent or whether it arose by virtue of the product’s additional features. In other words, the inquiry is directed to “the value of the patented part to the machine as a whole”, to use the words of Lord Shaw in *Watson Laidlaw*.

This determination is a factual one to be made on the basis of all the evidence. The answer depends entirely on the particular circumstances of each case. The onus is on the defendant to adduce sufficient evidence to satisfy the court that consumer demand for its product arose by virtue of features other than the plaintiffs’ infringed patent. If

attribuable au brevet. En d’autres mots, la cour peut se demander quels profits sont attribuables au système de freinage breveté de la voiture. Quels profits sont attribuables à l’ingrédient breveté du médicament?

[51] Le professeur Norman Siebrasse, un membre éminent du milieu de la propriété intellectuelle au Canada, qualifie cette approche de [TRADUCTION] « méthode du profit différentiel » ou « répartition fondée sur la valeur » :

[TRADUCTION] [...] une restitution des profits fondée sur la valeur ajoutée par l’invention brevetée, et non sur le coût proportionnel ou la dimension physique, respecte la nature fondamentale des brevets en tant que propriété *intellectuelle*. La valeur d’une invention tient à sa contribution intellectuelle et non à sa contribution matérielle. Il est possible que toute la valeur de la marchandise soit attribuable au brevet, même si l’élément breveté ne représente qu’une faible portion des marchandises vendues, sur le plan du volume ou des coûts. [Italiques dans l’original.]

(Siebrasse, 2004, à la page 92.)

[52] Dans l’arrêt *ADIR (CAF)*, au paragraphe 73, notre Cour cite avec approbation le paragraphe 76 de l’arrêt *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* [1994] A.C.F. n° 682 (QL) (1^{re} inst.), infirmé par [1995] A.C.F. n° 733 (QL) (C.A.) (mais confirmé sur ce point), pour illustrer cette approche fondée sur la valeur. Cet extrait est le suivant :

Toutefois, il est certain qu’à cause des circonstances individuelles d’une affaire particulière, la [répartition] des bénéfices peut constituer la seule solution équitable. Le critère, lorsqu’on détermine si la [répartition] doit être effectuée, est fondé sur la possibilité de vendre, dans son ensemble, le produit qui contient l’invention brevetée. Il s’agit de savoir si la demande du marché, en ce qui concerne le produit du défendeur, découlait du brevet contrefait, ou si elle découlait des caractéristiques additionnelles du produit. En d’autres termes, l’enquête vise [TRADUCTION] « la valeur de la pièce brevetée par rapport à la machine complète », comme l’a dit lord Shaw dans l’arrêt *Watson Laidlaw*.

Il s’agit d’une question de fait qui doit être tranchée compte tenu de la preuve dans son ensemble. La réponse dépend entièrement des circonstances particulières de chaque affaire. Il incombe à la défenderesse de présenter suffisamment d’éléments de preuve pour convaincre la Cour que la demande du consommateur pour son produit découlait

the defendant's evidence in this regard is inadequate, the court will not make an apportionment.

[53] For a court to apportion profits, the defendant must prove that some of its profits are attributable not to the patent but some other non-infringing aspect of the infringing wares: *ADIR FCA*, at paragraph 72; Donald H. MacOdrum, *Fox: Canadian Law of Patents*, 5th ed. (loose-leaf) (Toronto: Carswell, 2013) (looseleaf update 2018-3), at §14:5(f).

[54] There are numerous examples of value-based apportionment in the accounting of profits jurisprudence:

- In *Wellcome*, above, where a drug featured one patented ingredient and one unpatented ingredient, the Federal Court declined to apportion on the basis of the relative weight of the two ingredients or the cost to make them. Instead, the Federal Court apportioned on the basis of the value generated by the patented ingredient: see paragraphs 54–58.
- In *Teledyne Industries, Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.* (1982), 68 C.P.R. (2d) 204, 31 C.P.C. 285 (F.C.T.D.) [*Teledyne*], the Federal Court declined to apportion the profits because “there [was] no evidence whatsoever establishing that the improvements made did, in fact, increase in any way the marketability of the shower heads or have any effect on their sales. Without a clearly proven effect on the market, there can obviously be no apportionment”: at page 214.
- In *Lubrizol*, above, the patent covered motor oil with a certain additive in it. This Court apportioned the profits because “it [was] possible that [the motor oils] have achieved their market share and attendant profits for reasons other than the presence of [the patentee’s] patented additive”: paragraph 10. Indeed, “the reality” was that the patentee “did not invent motor oil”: paragraph 10.

des caractéristiques autres que le brevet contrefait de la demanderesse. Si la preuve de la défenderesse à cet égard est inadéquate, la Cour n’effectuera pas la répartition.

[53] Pour qu’un tribunal autorise la répartition des profits, le défendeur doit faire la preuve qu’une partie des profits n’est pas attribuable au brevet, mais provient plutôt de certains autres éléments non contrefaits des marchandises contrefaites (*ADIR (CAF)*, au paragraphe 72; Donald H. MacOdrum, *Fox : Canadian Law of Patents*, 5^e éd. (feuilles mobiles) (Toronto : Carswell, 2013) (mise à jour : mars 2018), paragraphe 14:5(f)).

[54] La jurisprudence sur la restitution des profits comporte de nombreux exemples d’une répartition fondée sur la valeur :

- Dans l’affaire *Wellcome* [précité], une affaire où un principe actif du médicament est breveté et l’autre ne l’est pas, la Cour fédérale refuse d’autoriser une répartition fondée sur le poids relatif des deux principes actifs ou sur leur coût de fabrication respectif. Elle fonde plutôt la répartition sur la valeur générée par l’ingrédient breveté (paragraphes 54 à 58).
- Dans l’affaire *Teledyne Industries, Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.*, [1982] A.C.F. n° 1024 (QL) (1^{re} inst.) [*Teledyne*], la Cour fédérale refuse d’autoriser une répartition des profits, car « il n’y a aucune preuve établissant que les améliorations apportées ont, en fait, augmenté les possibilités de commercialisation des pommes de douche ou ont influé sur leurs ventes. Il est évident qu’il ne peut être question de répartition en l’absence de répercussions clairement établies sur le marché » (au paragraphe 29).
- Dans l’affaire *Lubrizol* [précité], le brevet porte sur une huile à moteur contenant un certain additif. Dans cette affaire, la Cour procède à une répartition des profits, car « il est donc possible que [les huiles à moteur] se soient accaparé leur part de marché et aient entraîné les bénéfices correspondants pour d’autres raisons que la présence de l’additif breveté [du titulaire de brevet] » (paragraphe 10). De fait,

- In *Dart Industries*, the High Court of Australia declined to apportion profits because the infringing press button lid on an otherwise non-infringing canister was the “essential feature ... without which this particular container would never have been produced at all”: at page 120 [paragraph 30 of [1993] HCA 54].
- In *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881), the patentee added a new device to an existing pump but the United States Supreme Court declined to apportion profits and awarded the full amount of profit from the pump because the “old pump was useless without the improvement”: at page 256. None of the infringing sales would have been possible without the improvement: at page 256.

[55] Value-based apportionment is accepted and applied outside of the patent infringement context and guidance can be obtained from cases in those areas: see, e.g., *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15, at page 56, [1981] Com. L.R. 194 (Ch. D.).

[56] Apportionment is most easily understood when the patent is a component of a larger whole (i.e. when the infringing brake is sold inside the car). It is easy to grasp why the patentee is not entitled to profits from an entire car because it uses an infringing brake. But binding jurisprudence from this Court and the Supreme Court of Canada tells us that apportionment may be necessary even when the infringing product is the whole of the patent: *Schmeiser*; *ADIR FCA*, both above. In both of these cases, this Court and the Supreme Court applied value-based apportionment even though the infringing products were the patent itself.

[57] As instructed by the Supreme Court, this is accomplished by comparing “the defendant’s profit attributable

« la réalité » est que le breveté « n’a pas inventé l’huile à moteur » (paragraphe 10).

- Dans l’affaire *Dart Industries*, à la page 120 [paragraphe 30 de [1993] HCA 54], la Haute Cour de l’Australie refuse de répartir les profits, parce que le couvercle à bouton-presseur contrefait sur une canette par ailleurs licite est [TRADUCTION] « la caractéristique essentielle [...] sans laquelle ce contenant particulier n’aurait jamais été produit ».
- Dans l’affaire *Manufacturing Company v. Cowing*, 105 U.S. 253 (1881), le breveté ajoute un nouveau dispositif à une pompe existante, mais la Cour suprême des États-Unis refuse de répartir les profits et accorde une restitution complète des profits générés par la pompe, car [TRADUCTION] « l’ancienne pompe était inutile sans l’amélioration » (à la page 256). Aucune vente de la marchandise contrefaite n’aurait pu être réalisée sans l’amélioration (à la page 256).

[55] La répartition des profits fondée sur la valeur est acceptée et appliquée dans des domaines autres que la contrefaçon de brevet, et on peut s’inspirer de certaines affaires dans ces domaines (voir, p. ex., *My Kinda Town Limited v. Soll and Another*, [1983] R.P.C. 15, à la page 56, [1981] Com. L.R. 194 (Ch. D.)).

[56] Il est plus facile de comprendre le principe de la répartition lorsque le brevet vise une composante d’un ensemble plus vaste (p. ex., un système de freinage contrefait à l’intérieur d’une voiture). On comprend alors facilement pourquoi le breveté n’a pas droit aux profits générés par la voiture entière qui est dotée d’un système de freinage contrefait. Cependant, la jurisprudence contraignante de notre Cour et de la Cour suprême du Canada nous indique qu’une répartition peut être nécessaire, même lorsque le produit entier contrefait le brevet. Dans les arrêts *Schmeiser* et *ADIR* (CAF) [précités], notre Cour et la Cour suprême du Canada appliquent une méthode de répartition fondée sur la valeur, même si les produits entiers contrefaisaient le brevet.

[57] Comme l’affirme la Cour suprême, il faut comparer « le profit que l’invention a permis au défendeur de

to the invention and his profit had [the defendant] used the best non-infringing [alternative]”: *Schmeiser*, above, at paragraph 102; *Collette v. Lasnier* (1886), 13 S.C.R. 563, at page 576. Indeed, this is the “preferred means of calculating an accounting of profits”: *Schmeiser*, at paragraphe 102.

[58] Both *Schmeiser*, above, and *ADIR FCA*, above, are good illustrations of how to apply value-based apportionment when the product used or sold is the whole of the patent.

[59] In *Schmeiser*, the infringing farmers used the patentee’s herbicide-resistant canola seeds on their land. There were no non-infringing subcomponents: the patent was the whole seed. But the infringers never sprayed herbicide over their crops. The Supreme Court awarded no profit because the infringers’ “profits were precisely what they would have been had they planted and harvested ordinary canola” and, therefore, the infringers “obtained no premium” nor “gain[ed] any agricultural advantage” from the patented seeds: paragraph 104. When compared to the non-infringing alternative, the farmer generated no profits “as a result of the invention”: paragraph 103; emphasis in original.

[60] In *ADIR FCA*, above, the infringer manufactured the patentee’s drug in Canada and then sold it both in Canada and internationally. The infringer conceded that its Canadian sales should be disgorged but asserted, and this Court agreed, that it did not need to disgorge its international sales because the patented drugs could have been manufactured outside of Canada without infringing. The infringer gained no benefit (i.e., profit) from the patent when manufacturing in Canada because the drug could have been manufactured and sold outside of Canada without infringing.

[61] Value-based apportionment “isolates and identifies the profit that was generated because of the patented invention”: *Monsanto Canada Inc. v. Rivett*, 2009 FC 317, [2010] 2 F.C.R. 93 (*Rivett FC*), at paragraph 53. In

réaliser à celui que lui aurait permis de réaliser la meilleure solution non contrefaisante » (*Schmeiser* [précité], au paragraphe 102; *Collette v. Lasnier* (1886), 13 R.C.S. 563, à la page 576). Il s’agit, en réalité, de la « méthode privilégiée de calcul des profits devant être remis » (*Schmeiser*, au paragraphe 102).

[58] Les arrêts *Schmeiser* [précité] et *ADIR (CAF)* [précité] illustrent bien comment appliquer la méthode de la répartition fondée sur la valeur lorsque le produit entier exploité ou vendu contrefait le brevet.

[59] Dans l’affaire *Schmeiser*, les agriculteurs ont exploité sur leurs terres des semences de canola résistantes à un herbicide protégées par un brevet. Il n’y avait aucune sous-composante non contrefaisante, puisque le brevet visait la semence entière. Cependant, les contrefacteurs n’ont jamais pulvérisé l’herbicide sur leurs cultures. La Cour suprême n’accorde aucune remise de profits, car les contrefacteurs « ont réalisé exactement les mêmes profits que s’ils avaient planté et récolté du canola ordinaire » et, par conséquent, ils n’ont « pas obtenu un meilleur prix » et « [s]ur le plan agricole, les appelants n’ont également tiré aucun avantage » des semences brevetées (paragraphe 104). Comparativement à la solution licite, l’agriculteur n’a réalisé aucun profit « dû à l’invention » (paragraphe 103; souligné dans l’original).

[60] Dans l’affaire *ADIR (CAF)* [précité], le contrefacteur a fabriqué le médicament du breveté au Canada, puis l’a vendu au Canada et à l’étranger. Le contrefacteur a reconnu que les profits générés par ses ventes au Canada devaient être restitués, mais a fait valoir, et notre Cour a accepté cet argument, qu’il n’avait pas à restituer les profits découlant de ses ventes sur le marché international, car les médicaments brevetés auraient pu être fabriqués à l’extérieur du Canada sans qu’il y ait contrefaçon. Le contrefacteur n’a tiré aucun bénéfice (c.-à-d. profit) du brevet en fabriquant son produit au Canada, car le médicament aurait pu être fabriqué et vendu à l’extérieur du Canada sans qu’il y ait contrefaçon.

[61] La répartition fondée sur la valeur « a pour effet de repérer et distinguer les profits générés par l’invention brevetée » (*Monsanto Canada Inc. c. Rivett*, 2009 CF 317, [2010] 2 R.C.F. 93 (*Rivett (CF)*), au paragraphe 53). Dans

Schmeiser, above, the infringing farmers profited from the seeds but none of those profits were attributable to the seeds' inventive value (i.e., herbicide resistance). In *ADIR FCA*, the profits earned outside of Canada were not causally attributable to the value of the patent because the patentee did not have the benefit of a monopoly in those other jurisdictions.

[62] These cases illustrate how value-based apportionment must focus on the value added by the invention itself. This advances the purposes of the remedy. It ensures that the *Patent Act* only protects the rights actually conferred to the patentee by the *Patent Act*. Failing to apply value-based apportionment in *Schmeiser* would give the patentee a monopoly over canola seeds generally and, in *ADIR FCA*, “would give an extraterritorial reach” to the patent that only had a monopoly in Canada: paragraph 33.

[63] Even putting aside the binding jurisprudence, apportioning profits even when the patent is the whole of the infringing product makes sense on a principled level: if the purpose of an account is for the infringer to disgorge the *value* derived from the patent, the fact that a patent is physically part of a larger whole or not should not determine whether apportionment is available. Apportionment is simply how a court ascertains which profits are *causally attributable* to the patentee's monopoly and which profits were generated by some other unpatented, non-infringing element.

[64] What is the *value* of a patented pain reliever that provides eight hours and one minute of pain relief when there is a non-infringing alternative that provides eight hours of relief? The patentee did not invent pain relievers; the patentee only invented a drug that added an extra minute of relief: *Lubrizol*, above, at paragraph 10 (“the reality is that Lubrizol did not invent motor oil”). Why should the defendant disgorge all of its profits if only a small fraction of its profits are attributable to the value of the invention? When comparing the patent to a non-infringing alternative, we can “isolate[] and identif[y]” the value of the patent: *Rivett FC*, above, at paragraph 53. This

l'affaire *Schmeiser* [précité], les agriculteurs et contrefacteurs ont tiré profit des semences, mais aucun de ces profits n'était attribuable à la valeur inventive des semences (c.-à-d. la résistance à un herbicide). Dans l'affaire *ADIR (CAF)*, les profits réalisés à l'extérieur du Canada n'avaient pas de lien de causalité avec la valeur du brevet, car le breveté ne jouissait pas d'un monopole à l'étranger.

[62] Ces affaires illustrent comment la méthode de répartition des profits fondée sur la valeur doit être centrée sur la valeur ajoutée par l'invention proprement dite. Cette méthode favorise la réalisation des objectifs de la réparation. Elle garantit que la *Loi sur les brevets* ne protège que les droits qu'elle confère réellement au breveté. Si la méthode de répartition fondée sur la valeur n'avait pas été appliquée dans l'arrêt *Schmeiser*, le breveté aurait bénéficié d'un monopole sur les semences de canola en général, alors que, dans l'affaire *ADIR (CAF)*, il aurait été « confér[é] une portée extraterritoriale » à un brevet dont le monopole ne visait que le Canada (paragraphe 33).

[63] Même si l'on met de côté la jurisprudence contraignante, il paraît logique, d'après les principes établis, d'opter pour une répartition des profits même si le brevet vise l'intégralité du produit contrefait. Si l'objet de la remise est d'enjoindre au contrefacteur de restituer la valeur dérivée du brevet, la répartition des profits ne devrait pas dépendre du fait que l'objet protégé par le brevet est une partie physique d'un ensemble plus vaste ou non. La répartition est simplement une méthode qui permet au tribunal de déterminer quels profits ont un lien de causalité avec le monopole du breveté, et lesquels proviennent d'autres éléments non brevetés et licites.

[64] Quelle est la valeur d'un analgésique breveté qui procure un soulagement pendant huit heures et une minute, lorsqu'il existe un produit de substitution licite qui procure un soulagement pendant huit heures? Le breveté n'a pas inventé les analgésiques; il n'a inventé qu'un médicament qui procure un soulagement prolongé d'une minute (*Lubrizol*, [précité], au paragraphe 10 (« la réalité est que Lubrizol n'a pas inventé l'huile à moteur »)). Pourquoi un défendeur devrait-il restituer la totalité de ses profits, si une petite partie de ceux-ci est attribuable à la valeur de l'invention? En comparant l'objet protégé par le brevet à une solution de substitution licite, nous

“results in a true reflection of the profits made from the invention”: *Rivett FC*, at paragraph 56.

[65] The use of non-infringing alternatives in the accounting of profits context does not engage in impermissible hypothetical, “but for” reasoning. It is simply a means of isolating the value of the patent. While it is tempting to drift into the world of hypotheticals when using non-infringing alternatives, this temptation must be resisted.

[66] Indeed, the seminal Siebrasse (2004) article, above, advocating for value-based apportionment, cited at paragraph 51, above, briefly succumbs to this temptation. In that article, Professor Siebrasse justifies non-infringing alternatives as a “specialized statement” of the “but for” principle of causation (at page 91, emphasis added):

.... The argument in favour of the differential-profits approach is that it is simply the application of “but for” causation to an accounting of profits.

...

.... It says that the defendant’s profit caused by the infringement is the difference between the profit that the defendant in fact made and the profit that the defendant would have made but for the infringement, on the supposition that but for the infringement the defendant would have used the next best non-infringing method.

[67] This logic violates the foundational principle that one must take the infringer as one finds them. What the defendant “would have used” is not relevant to the analysis. As explained above, at paragraphs 37–45, an accounting of profits takes into account only actual revenue, actual costs and actual profits. The use of hypotheticals and the “but for” test is often used to calculate compensatory damages but has no place in an accounting of profits.

pouvons « repérer et distinguer » la valeur du brevet (*Rivett* (CF), [précité], au paragraphe 53). « Il en résulte une image fidèle des profits tirés de l’invention » (*Rivett* (CF), au paragraphe 56).

[65] Le recours à une comparaison avec des solutions de substitution licite dans le contexte de la restitution des profits ne fait pas intervenir de raisonnement inacceptable fondé sur des scénarios hypothétiques. Il s’agit simplement d’un moyen de dégager la valeur du brevet. Bien qu’il soit tentant de se laisser aller aux scénarios hypothétiques dans l’examen des solutions de substitution licites, il faut résister à cette tentation.

[66] Certes, dans son article faisant autorité (2004), au paragraphe 51, le professeur Siebrasse succombe quelque peu à cette tentation en préconisant une répartition fondée sur la valeur. Dans cet article, le professeur Siebrasse justifie la comparaison avec des solutions de substitution licites comme étant une [TRADUCTION] « formulation spécialisée » du principe du lien de causalité hypothétique (page 91, non souligné dans l’original) :

[TRADUCTION] [...] L’argument en faveur de la méthode des profits différentiels est qu’elle consiste simplement à appliquer un lien de causalité hypothétique à la restitution des profits.

[...]

[...] Selon cette méthode, les profits du défendeur tirés de la contrefaçon correspondent à la différence entre les profits réels du défendeur et ceux qu’il aurait réalisés sans la contrefaçon, à supposer que, n’eût été la contrefaçon, le défendeur aurait exploité la meilleure solution de substitution licite disponible.

[67] Cette logique viole toutefois le principe fondamental selon lequel le contrefacteur doit être évalué dans sa situation véritable. Il n’est pas utile à l’analyse de savoir ce que le défendeur « aurait exploité ». Comme il est expliqué aux paragraphes 37 à 45 des présents motifs, la restitution des profits tient compte uniquement des recettes, des coûts et des profits réels. Les éléments hypothétiques servent au calcul des dommages-intérêts compensatoires; ils n’ont pas leur place dans le calcul des profits à remettre.

[68] Professor Siebrasse defends the proposition that but for the infringement an infringer would have used the next best non-infringing alternative as:

... a reasonable one, since it says no more than that, but for the infringement, the defendant would have acted in a prudent and informed manner in pursuing its interest in making as much money as possible. Indeed, it is difficult to see what other supposition might be used....

(Siebrasse 2004, at pages 91–92; emphasis added.)

[69] On the contrary, it is quite easy to posit another supposition. For example, if an infringer could prove in evidence that, but for the infringement, it would have used its capital to invest in, say, Apple or Amazon before their market ascendance then the infringer could retain the vast majority, if not all, of its profits. But for the infringement, the infringer would have earned much more investing in Apple or Amazon than selling the infringing goods. By Professor Siebrasse’s “but for” logic, the infringer would not have to disgorge anything because using the infringing product was actually detrimental to the infringer’s overall profitability.

[70] The reality is that infringers may not always pursue the next best non-infringing alternative. It may be the case that without access to the patented product, the infringer might have pursued an entirely different course, for example, speculative investments in emerging tech companies, and would have lost everything.

[71] Professor Siebrasse’s logic permits the deduction of opportunity costs when it comes in the form of “next best non-infringing method”. But it would be unprincipled to allow the infringer to deduct its opportunity costs where that opportunity cost is in the form of a “true” non-infringing alternative but prevent the infringer from deducting if the opportunity cost is of a different nature (i.e., investing in Apple or Amazon). If value-based apportionment is rooted in “but for” principles, it should

[68] Le professeur Siebrasse défend en ces termes sa proposition selon laquelle, n’eût été la contrefaçon, le contrefacteur aurait utilisé la meilleure solution de substitution licite disponible :

[TRADUCTION] [...] est raisonnable, car elle ne laisse entendre rien de plus que, n’eût été la contrefaçon, le défendeur aurait agi d’une manière prudente et avisée en cherchant à faire le plus d’argent possible. De fait, on peut difficilement voir quelle autre hypothèse pourrait être formulée [...]

(Siebrasse, 2004, pages 91 et 92; non souligné dans l’original.)

[69] Bien au contraire, il est très facile de formuler une autre hypothèse. Par exemple, si un contrefacteur pouvait prouver que, n’eût été la contrefaçon, il aurait investi ses capitaux, disons dans Apple ou Amazon avant leur domination du marché, le contrefacteur pourrait alors conserver la grande majorité, voire la totalité, de ses profits. N’eût été la contrefaçon, le contrefacteur aurait gagné beaucoup plus en investissant dans Apple ou Amazon qu’en vendant des marchandises contrefaites. Selon la logique du professeur Siebrasse, fondée sur une hypothèse, le contrefacteur n’aurait pas de profits à remettre, car l’utilisation du produit contrefait avait en fait nui à sa rentabilité globale.

[70] Le fait est, toutefois, que les contrefacteurs n’optent peut-être pas toujours pour la meilleure solution de substitution. Le contrefacteur aurait peut-être emprunté une voie totalement différente s’il n’avait pas eu accès au produit breveté, par exemple en faisant des investissements spéculatifs dans de nouvelles entreprises de technologie, et il aurait peut-être tout perdu.

[71] Selon le raisonnement du professeur Siebrasse, les coûts de renonciation peuvent être déduits lorsqu’ils sont liés à l’exploitation de la « meilleure solution de substitution licite ». Cependant, il serait contraire aux principes établis de permettre au contrefacteur de déduire ses coûts de renonciation lorsque ceux-ci sont liés à l’exploitation d’une « véritable » solution de substitution licite, mais de lui interdire cette déduction lorsque ces coûts sont de nature différente (c.-à-d. liés à un investissement dans

not matter whether the foregone alternative was a “true” non-infringing alternative or a simple opportunity cost.

[72] So if non-infringing alternatives cannot be rooted in “but for” reasoning, on what principled basis are they allowed to flourish in the accounting-of-profits ecosystem?

[73] Non-infringing alternatives are used not to determine what the infringer could have done instead of infringing (i.e., “but for” reasoning), but instead to establish a non-infringing baseline to isolate the value of the patent. As the Federal Court explains in *Rivett FC*, above (paragraph 56):

... the next best non-infringing alternative that is to be considered when using the differential profits approach cannot be what one would have done had one complied with the law, i.e. obtained a licence to use the patent. ... The comparison is to the profit that would have been earned from using the next best product that is not the patented product itself, with the latter acting as a baseline from which to calculate added value. That results in a true reflection of the profits made from the invention—the necessary causal link.

[74] If one compares the profits earned on an infringing product (i.e., eight hour and one minute pain reliever) with a non-infringing product (i.e., the eight hour pain reliever), one can isolate the value of the patent (i.e., profits attributable to the extra minute of pain relief). This establishes a causal connection between the profits and the patent with greater exactitude. The infringer will disgorge the profits attributable to the extra minute of pain relief, no more, no less.

[75] “Non-infringing alternative” can be a deceiving term in the accounting of profits context. The word “alternative” invites “but for”, hypothetical reasoning. Investing

Apple ou Amazon). Si la répartition fondée sur la valeur repose bel et bien sur des principes tenant compte de scénarios hypothétiques, il ne devrait pas importer de savoir si la solution de substitution à laquelle on a renoncé était une « véritable » solution de substitution licite ou s’il s’agissait de simples coûts de renonciation.

[72] Si les solutions de substitution licites ne jouent aucun rôle dans le raisonnement fondé sur des scénarios hypothétiques, suivant quels principes pourraient-elles se trouver à l’avant-scène lorsqu’il s’agit de la restitution des profits?

[73] La comparaison avec des solutions de substitution licites ne sert pas à déterminer ce que le contrefacteur aurait pu faire autrement (« n’eût été » la contrefaçon), mais plutôt à établir un seuil de référence quant aux actes licites pour déterminer la valeur du brevet. Comme l’explique la Cour fédérale dans la décision *Rivett* (CF) [précité], au paragraphe 56 :

[...] la meilleure solution de substitution licite à prendre en considération lorsqu’on recourt à la méthode du profit différentiel ne peut être ce que l’intéressé aurait fait s’il avait respecté la loi, c.-à-d. obtenu une licence d’exploitation du brevet. [...] La comparaison est à établir avec les profits qu’on aurait réalisés en exploitant le meilleur produit possible après le produit breveté même, ce dernier devant servir de référence pour le calcul de la valeur ajoutée. Il en résulte une image fidèle des profits tirés de l’invention — le lien de causalité nécessaire.

[74] En comparant les profits tirés du produit contrefait (c.-à-d. l’analgésique procurant un soulagement pendant huit heures et une minute) à ceux provenant du produit licite (c.-à-d. l’analgésique offrant un soulagement pendant huit heures), il est possible de dégager la valeur du brevet (c.-à-d. les profits attribuables à la minute supplémentaire de soulagement). On peut ainsi établir de manière plus précise le lien de causalité entre les profits et le brevet. Le contrefacteur devra restituer les profits attribuables à la minute supplémentaire de l’effet analgésique, pas plus, pas moins.

[75] L’expression « solution de substitution licite » peut être trompeuse dans le contexte de la restitution des profits, car le terme « solution de substitution » invite

in Apple or Amazon or obtaining a license to use the patent are, on the plain meaning of the words, “non-infringing alternatives”. But when courts use the term “non-infringing alternative”, they are really referring to a non-infringing course of action that can effectively isolate the value of the patent. They really mean the non-infringing baseline—not an alternative.

[76] In the compensatory damages context, the term “non-infringing alternative” is entirely appropriate. In that context, the infringer must prove that it “would have” and “could have” used the non-infringing alternative: see, e.g., *Apotex FCA (2015)*, above, at paragraphs 43–45; *Pfizer*, above, at paragraph 50. But the language of “would have” and “could have” does not extend to the accounting of profits context.

[77] The Federal Court’s decision in *Rivett FC*, affirmed by this Court, best illustrates why “baseline”, not “alternative”, is more appropriate terminology in the accounting of profits context. In *Rivett FC*, the Federal Court used a non-infringing alternative even though the “alternative”—in that case, regular, unpatented canola seed—was not locally available to the infringer during the infringement period. Using “but for” logic, the Federal Court could not consider the non-infringing alternative because the infringer had no access to the non-infringing seeds: but for the infringement, the infringer would still have used the patentee’s seed.

[78] But the Federal Court resisted the “but for” reasoning and used the regular soybean seed as an alternative even though the infringer could not have used it. If non-infringing alternatives must be true “alternatives”, “the fact that the [product] has a value apart from the invention will be ignored”: *Rivett FC*, at paragraph 62. The patent is not valuable because it just so happens to be unavailable in a particular locale. It is valuable because it has some inventive quality that increases the infringing product’s profitability or marketability. For the Federal Court in *Rivett FC*, the point of using non-infringing alternatives was to isolate the value of the patent. It was irrelevant whether the infringer could have—in a

à la formulation d’hypothèses. Investir dans Apple ou Amazon ou obtenir une licence pour utiliser le brevet sont, selon le sens ordinaire de ces mots, des « solutions de substitution licites ». Cependant, pour les tribunaux, l’expression renvoie à une ligne de conduite licite qui peut réellement permettre de dégager la valeur du brevet. Ils envisagent en fait le seuil de référence licite, et non une solution de substitution.

[76] En revanche, l’expression « solution de substitution licite » convient tout à fait dans le contexte des dommages-intérêts compensatoires. Dans ce cas, le contrefacteur doit prouver qu’il « aurait » utilisé et qu’il « aurait pu » utiliser la solution de substitution licite (voir, par exemple, *Apotex (CAF) (2015)* [précité], aux paragraphes 43 à 45; *Pfizer* [précité], au paragraphe 50). Cependant, ces formulations hypothétiques ne s’appliquent pas au contexte de la restitution des profits.

[77] La décision de la Cour fédérale dans l’affaire *Rivett (CF)*, confirmée par notre Cour, illustre bien pourquoi le terme « seuil de référence » est préférable au terme « solution de substitution » en matière de restitution des profits. Dans cette affaire, la Cour fédérale tient compte d’une solution de substitution licite à laquelle le contrefacteur n’avait pas accès localement — dans ce cas, des semences de canola ordinaires non brevetées — durant la période de contrefaçon. Suivant un raisonnement fondé sur des scénarios hypothétiques, la Cour fédérale ne pouvait tenir compte de la solution de substitution licite, car le contrefacteur n’y avait pas accès : n’eût été la contrefaçon, il aurait utilisé les semences brevetées.

[78] Or, la Cour fédérale n’applique pas un tel raisonnement fondé sur des scénarios hypothétiques. Elle estime que les semences ordinaires de soja constituent une solution de substitution, même si le contrefacteur n’aurait pu les utiliser. S’il fallait que les solutions de substitution licites soient de véritables « solutions de substitution », « on ferait abstraction du fait que [le produit] a une valeur indépendante de celle de l’invention » (*Rivett (CF)*, au paragraphe 62). La valeur du brevet ne tient pas au fait qu’il n’est pas disponible dans un endroit précis. Sa valeur réside dans sa qualité inventive qui augmente la rentabilité ou la qualité marchande du produit contrefait. Pour la Cour fédérale, dans l’affaire *Rivett (CF)*, la comparaison

hypothetical universe—avoided the infringement because it had an alternative course of action. This point was affirmed on appeal: *Rivett FCA*, at paragraphs 50–57.

[79] Thus, for the foregoing reasons, in the accounting of profits context, the use of the term “non-infringing baseline” is preferable to “non-infringing alternative”. Using the term “non-infringing baseline” steers courts and litigants away from impermissible “but for” reasoning. Perhaps *ADIR FCA*’s words in *obiter* looking at a “but for” situation involving non-infringing alternatives can be understood in this way and, as a result, can be seen as consistent with the reasoning in *Rivett FCA* and this opinion.

[80] To summarize, the key task of the Court in determining an accounting of profit is causation—the actual benefit received by the infringer that was caused by the infringement of the patent. “Apportionment” is nothing more than part of the assessment of causation: the exercise of ensuring that benefit not caused by the infringement of the patent is factored out. This assessment is based on the particular facts of a case and it may be informed by expert evidence. In most cases, causation is a factually suffused question of mixed fact and law. Thus, the standard of review is palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 [*Housen*].

[81] Palpable and overriding error is a difficult standard for appellants to meet. This Court has said that it requires appellants to go beyond pulling at leaves and branches and pull the whole tree down: *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 431 N.R. 286, at paragraph 46, cited with approval by the Supreme Court in *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38.

[82] Many appellants misunderstand the requirement of palpable and overriding error. They urge appellate

avec une solution de substitution licite a pour but de dégager la valeur du brevet. Il importe peu de savoir si le contrefacteur aurait pu — dans un monde hypothétique — éviter la contrefaçon parce qu’une autre ligne de conduite s’offrait à lui. Ce point a été confirmé en appel (*Rivett (CAF)*, aux paragraphes 50 à 57).

[79] Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, il est préférable d’employer l’expression « seuil de référence licite » plutôt que « solution de substitution licite » lorsqu’il est question de restitution des profits. Ainsi, les tribunaux et les plaideurs ne sont pas tentés d’appliquer un raisonnement inadmissible fondé sur des scénarios hypothétiques. L’opinion incidente formulée dans l’arrêt *ADIR (CAF)*, sur une situation hypothétique mettant en cause des solutions de substitution licites, pourrait être interprétée ainsi et, de ce fait, être jugée conforme aux motifs énoncés dans l’arrêt *Rivett (CAF)* et aux présents motifs.

[80] En résumé, le principal rôle de la Cour, dans la restitution des profits, est de déterminer le lien de causalité; c.-à-d. les profits réellement obtenus par le contrefacteur grâce à la contrefaçon de brevet. La « répartition des profits » n’est rien de plus qu’un volet de l’évaluation du lien de causalité : un exercice visant à s’assurer que les profits non attribuables à la contrefaçon de brevet sont écartés. Cette évaluation est fondée sur les faits particuliers de l’affaire et elle peut être étayée par une preuve d’expert. Dans la plupart des cas, la causalité est une question de fait et de droit qui repose sur des faits. La norme de contrôle est donc celle de l’erreur manifeste et dominante (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 [*Housen*]).

[81] La norme de l’erreur manifeste et dominante est exigeante pour les appelants. Selon notre Cour, l’appelant ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout; il doit faire tomber l’arbre tout entier (*Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165, au paragraphe 46, cité avec approbation par la Cour suprême dans l’arrêt *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38).

[82] De nombreux appelants méconnaissent cette norme. Ils exhortent les cours d’appel à apprécier de

courts to reweigh the evidence. Many parse the first-instance court's reasons, pointing out gaps and non-mentions of evidence, and call these instances of palpable and overriding error. Others read the first-instance court's reasons in the abstract, divorced from the record before the court, and find things that could have been said better, and then declare that there is palpable and overriding error. Others try to dress up a drafting deficiency in the reasons as an error of law or principle. Without more, none of these things constitute palpable and overriding error. See generally *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344.

B. Analysis

[83] To reiterate, the Federal Court found NOVA liable for infringing Dow's patent over metallocene linear low-density polyethylene by manufacturing its product, SURPASS and selling it in competition to Dow's product, ELITE. Four issues arise in the appeal and cross-appeal:

- (1) Did the Federal Court err in rejecting NOVA's apportionment claim?
 - (2) Did the Federal Court err in awarding Dow "springboard profits"?
 - (3) Did the Federal Court err in selecting the "full cost" method for deducting costs?
 - (4) Did the Federal Court err in converting the currency at the date of judgment?
- (1) *Did the Federal Court err in rejecting NOVA's apportionment claim?*

[84] At the outset, Dow objects to NOVA's raising of this issue in the manner in which it did. Dow says that NOVA cast its apportionment arguments differently in

nouveau la preuve. Bon nombre analysent les motifs du tribunal de première instance à la recherche de lacunes et d'éléments de preuve omis, et ils qualifient ces lacunes d'erreurs manifestes et dominantes. D'autres lisent les motifs du tribunal de première instance sans tenir compte du dossier et y relèvent des éléments qui auraient pu être mieux formulés, puis déclarent qu'il s'agit d'une erreur manifeste et dominante. D'autres encore essaient de faire passer des lacunes dans la rédaction des motifs comme une erreur de droit ou de principe. Cependant, en l'absence d'autres éléments, aucun de ces cas ne constitue une erreur manifeste et dominante. Voir, de façon générale, *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344.

B. Discussion

[83] Il convient de rappeler que la Cour fédérale conclut que NOVA s'est rendue coupable de contrefaçon du brevet de Dow relativement au métallocène polyéthylène à basse densité et structure linéaire, en fabriquant son produit, SURPASS, et en le vendant pour faire concurrence au produit ELITE de Dow. L'appel et l'appel incident soulèvent quatre questions :

- 1) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en rejetant la demande de répartition des profits de NOVA?
 - 2) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en accordant des « bénéfices de rebond » à Dow?
 - 3) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en choisissant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts?
 - 4) La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en convertissant la devise à la date du jugement?
- 1) *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en rejetant la demande de répartition des profits de NOVA?*

[84] D'emblée, Dow s'oppose à la manière dont NOVA a soulevé cette question. Dow soutient que NOVA a présenté différemment ses arguments sur la répartition des

the Federal Court and that it is asking this Court to deal with new legal arguments without the Federal Court's views on them.

[85] This Court does have a discretion not to consider new issues on appeal. Where the late raising of new issues on appeal causes prejudice because the parties would have adduced evidence at first instance on those issues, the Court generally should refuse to consider the new issues. See, e.g., *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, at paragraph 33.

[86] However, NOVA is not raising any new legal issues. Broadly speaking, the legal issue it raises is the calculation of the accounting of profits, an issue considered and decided by the Federal Court. In this Court, NOVA simply offers different legal arguments on that same issue.

[87] This is not a problem. The law is always at large. A party can always raise new law and new legal arguments in this Court concerning issues that were before the first-instance court provided that the opposing party has had fair notice of them and has had an opportunity to respond to them.

[88] In any event, regardless of how this issue was framed in the Federal Court, NOVA's apportionment arguments must fail in this Court.

[89] NOVA's apportionment arguments are two-fold.

[90] NOVA's first apportionment argument concerns its manufacture of ethylene, a major component of metallocene linear low-density polyethylene and its SURPASS product that infringed Dow's patent. NOVA says that had it not infringed Dow's patent, it would have produced ethylene anyway and would have made lawful profits from that. It says that it should be credited for these hypothetical profits in the accounting of profits—or, in

profits devant la Cour fédérale et qu'elle demande à notre Cour d'examiner de nouveaux arguments juridiques que la Cour fédérale n'a pas examinés.

[85] Notre Cour peut, à sa discrétion, refuser d'examiner de nouvelles questions en appel. Lorsque de nouvelles questions soulevées tardivement en appel causent préjudice parce que les parties auraient présenté des éléments de preuve sur ces questions en première instance, la Cour devrait généralement refuser de les examiner. Voir, par exemple, *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, au paragraphe 33.

[86] Cependant, NOVA ne soulève pas de nouvelles questions de droit. De façon générale, la question de droit qu'elle soulève concerne le calcul des profits à remettre, une question qui a été examinée et tranchée par la Cour fédérale. NOVA ne fait que présenter à notre Cour différents arguments juridiques sur la même question.

[87] Cette situation ne pose pas problème. Le droit évolue toujours. Une partie peut toujours invoquer de nouvelles règles de droit et de nouveaux arguments juridiques devant notre Cour sur des questions qui ont été examinées par le tribunal de première instance, à condition que la partie adverse en soit prévenue à temps et qu'elle ait la possibilité d'y répondre.

[88] Quoi qu'il en soit, peu importe la manière dont la question a été formulée devant la Cour fédérale, les arguments de NOVA relatifs à la répartition des profits doivent être rejetés par notre Cour.

[89] NOVA présente deux arguments quant à la répartition des profits.

[90] Son premier argument porte sur sa fabrication de l'éthène, un important composant du métallocène polyéthylène à basse densité et structure linéaire et de son produit SURPASS, une contrefaçon du brevet de Dow. Selon NOVA, si elle n'avait pas contrefait le brevet, elle aurait produit de l'éthène de toute façon et en aurait tiré des profits licites. NOVA soutient que ces profits hypothétiques devraient être pris en compte dans la restitution

other words, there should be apportionment of the profits—because it “would have earned ... ethylene profits even without infringing”: NOVA’s revised memorandum of fact and law, at paragraphs 24, 55, 56.

[91] This argument must be rejected. In this regard, I disagree with my colleague who accepts the argument.

[92] First, at a factual level, the argument fails. In the Federal Court, NOVA did not demonstrate that it would have been able to sell ethylene to third parties if it did not use it to make infringing SURPASS polyethylene. There was no evidence before the Federal Court of any market demand or market price for NOVA’s ethylene, as opposed to the prices NOVA sold ethylene to certain third parties under long-term supply contracts with different and variable pricing: see paragraphs 36–37 of Dow’s memorandum of fact and law. Also the Federal Court had confidential evidence before it that stood in the way of any argument that NOVA could have made and sold ethylene to third parties. We must presume that the Federal Court reviewed and considered all of the evidence before it, absent proof that it forgot, ignored or misapprehended the evidence: *Housen*, at paragraph 46; *Mahjoub*, at paragraphs 66–67.

[93] In short, the Federal Court declined to make the finding that NOVA would have been able to sell ethylene to third parties if it did not use it to make infringing SURPASS polyethylene. It did not make that finding because, for one thing, there was nothing in the record to allow it to do so. Thus, we cannot make that finding.

[94] Further, in law, NOVA’s argument fails. NOVA says that it would have earned ethylene profits from ethylene sales without infringing Dow’s patent. But this is purely hypothetical and, thus, is legally irrelevant to the accounting of profit. What a party could have done or would have done in a hypothetical non-infringement scenario is no part of the accounting-of-profits exercise. As explained in paragraphs 37–45 and 65–79, above, only actual revenues, costs and profits are relevant.

des profits — autrement dit, qu’il devrait y avoir répartition des profits — car elle [TRADUCTION] « aurait tiré des profits de l’éthène [...] même sans la contrefaçon » (mémoire des faits et du droit révisé de NOVA, aux paragraphes 24, 55 et 56).

[91] Cet argument doit être rejeté. Sur ce point, je suis en désaccord avec ma collègue.

[92] Cet argument ne tient pas, d’abord sur le plan factuel. NOVA n’a pas démontré à la Cour fédérale qu’elle aurait été en mesure de vendre de l’éthène à des tiers si elle n’avait pas utilisé ce composant pour fabriquer le polyéthylène contrefait SURPASS. Elle n’a présenté à la Cour fédérale aucun élément de preuve sur la demande sur le marché ou sur le prix du marché de l’éthène de NOVA, par comparaison aux prix auxquels NOVA a vendu l’éthène à certains tiers dans le cadre de contrats d’approvisionnement à long terme prévoyant des prix différents et variables (voir le mémoire des faits et du droit de Dow, aux paragraphes 36 et 37). De plus, la Cour fédérale disposait d’éléments de preuve confidentiels démentant l’argument selon lequel NOVA aurait pu vendre de l’éthène à des tiers. À défaut d’élément indiquant le contraire, nous devons présumer que la Cour fédérale a examiné et pris en compte la totalité de la preuve qui lui a été présentée (*Housen*, au paragraphe 46; *Mahjoub*, aux paragraphes 66 et 67).

[93] Bref, la Cour fédérale refuse de conclure que NOVA aurait été en mesure de vendre de l’éthène à des tiers si elle n’avait pas utilisé ce composant pour fabriquer le polyéthylène contrefait SURPASS. Rien au dossier ne lui permet de tirer pareille conclusion. Notre Cour ne peut donc pas tirer cette conclusion.

[94] L’argument de NOVA ne tient pas non plus en droit. Elle affirme qu’elle aurait tiré des profits de ses ventes d’éthène sans contrefaire le brevet de Dow. Il s’agit toutefois d’une prétention purement hypothétique, qui est donc sans valeur juridique dans le contexte de la restitution des profits. Ce qu’une partie aurait pu faire, ou aurait fait, dans un scénario hypothétique exempt de contrefaçon ne peut pas être pris en compte dans un exercice de restitution des profits. Comme il est expliqué plus haut aux paragraphes 37 à 45 et 65 à 79, seuls les recettes, coûts et profits réels doivent être pris en compte.

[95] The Federal Court looked at this very issue and specifically rejected it. It held that “[a]n accounting of profits should be based on actual revenues and costs” and added that a “market price” for ethylene was “a theoretical cost [NOVA] did not incur” (at paragraph 139). These findings are correct in law and, for good measure, are supported by the evidence.

[96] As explained in paragraphs 37–45, above, stripping all of the ill-gotten gains made from the infringement of the patent restores the patentee’s monopoly and, generally, the integrity of the patent bargain. Allowing NOVA to deduct its hypothetical ethylene sales from the accounting of profits would incentivize NOVA and others like it to infringe, thereby undermining the patent bargain under the *Patent Act*. In that scenario, NOVA and others like it would know that there is no downside to infringing the patent because, at a minimum, it will do no worse than earning the hypothetical profits it would have made had it acted legally. In fact, depending on the market situation, it may even end up making more than those hypothetical profits.

[97] Is there a comparative baseline that might help in the accounting of profit in this case? (See discussion at paragraphs 72–79, above.) No. NOVA conceded that it had no non-infringing alternative to the manufacture of Dow’s product: Federal Court reasons, at paragraph 146. Thus, a comparative baseline is not available. Without this, it must be presumed that all of NOVA’s profits were caused by its exploitation of the patented product.

[98] NOVA also runs its apportionment argument a slightly different way. NOVA says that a portion of its profits are attributable to its unique ability to produce ethylene at a significant discount, what it calls its “Alberta Advantage”. NOVA says that this portion of the profits is not causally attributable to the patent but is instead attributable to NOVA’s “Alberta Advantage”. Thus, according to NOVA, some of its profits are due to its own efficiencies and should be apportioned out of the amount to be awarded to Dow.

[95] La Cour fédérale rejette expressément cette question. Elle conclut que « [l]e recouvrement des bénéfices devrait se fonder sur les recettes et les coûts réels », en ajoutant que le « prix du marché » pour l’éthène est « un coût théorique [que NOVA] n’a pas encouru » (au paragraphe 139). Ces conclusions sont correctes en droit et sont, dans une bonne mesure, étayées par les éléments de preuve.

[96] Comme il est expliqué plus haut aux paragraphes 37 à 45, le recouvrement de la totalité des gains tirés illégalement de la contrefaçon de brevet rétablit le monopole du breveté et, de façon générale, l’intégrité du marché inhérent à l’octroi de brevets. Permettre à NOVA de déduire ses ventes hypothétiques d’éthène des profits à restituer l’encouragerait, de même que d’autres contrefacteurs, à s’adonner à la contrefaçon, et minerait de ce fait le marché inhérent à l’octroi de brevets prévu dans la *Loi sur les brevets*. Dans un tel scénario, NOVA et les autres contrefacteurs sauraient qu’il n’y a aucun inconvénient à contrefaire un brevet : dans le pire cas, ils conserveraient l’équivalent des profits hypothétiques qu’ils auraient réalisés s’ils avaient agi en toute légalité. De fait, selon la situation du marché, leurs profits pourraient même être supérieurs à ces profits hypothétiques.

[97] Existe-t-il en l’espèce un seuil de référence utile à l’exercice de la restitution des profits? (Voir l’analyse aux paragraphes 72 à 79 plus haut.) Non. NOVA a concédé qu’il n’existait aucune solution de substitution licite au produit de Dow (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 146). Il n’existe donc pas de seuil de référence. On doit donc présumer que la totalité des profits de NOVA provient de l’exploitation du produit breveté.

[98] NOVA présente également son argument en faveur d’une répartition des profits dans une optique légèrement différente. NOVA affirme qu’une partie de ses profits sont attribuables à sa capacité unique de produire de l’éthène à un prix considérablement moins élevé, ce qu’elle dénomme un [TRADUCTION] « avantage propre à l’Alberta ». NOVA affirme qu’il n’existe pas de lien de causalité entre cette portion de ses profits et le brevet, et elle attribue plutôt ces profits à l’« avantage propre à l’Alberta ». NOVA fait donc valoir qu’elle doit une partie de ses profits à sa propre efficacité et que cette partie devrait être soustraite de la somme à restituer à Dow.

[99] This argument must be rejected.

[100] Dow has the exclusive right to produce the polyethylene covered by its patent. The fact that NOVA produces its own ethylene in a way that allows it to make higher profits is irrelevant. Under the principles governing an accounting of profits, the profits as a result of the wrongful manufacture and sale of the infringing product must be stripped from NOVA.

[101] The Federal Court specifically rejected NOVA's argument. In addressing it, the Federal Court correctly held that "[a]n accounting of profits should be based on actual revenues and costs". It found that the "market price" for ethylene that NOVA was using in its calculation, rather than its actual cost of ethylene, was "a theoretical cost [NOVA] did not incur" (at paragraph 139). Again, an accounting of profits looks to actualities, not hypotheticals.

[102] An accounting of profits looks at the actual infringer, what the infringer actually did and the actual profits made from the infringement. It does not look at hypotheticals. It does not ask what another hypothetical, less efficient infringer might have made. See paragraphs 37–45 and 65–79, above.

[103] In isolation, NOVA's production of the raw material, ethylene, for its SURPASS product is "non-infringing". But one cannot view each step of an infringer's activities in isolation. When viewed at a micro level, almost anything an infringer does can be classified as non-infringing. Training employees, building a new assembly line, and expanding a marketing budget are all, in isolation, "non-infringing" activities that contribute to ultimate profitability. In theory, the act of infringement can be sliced endlessly into tiny "non-infringing" actions. But it is artificial and, thus, wrong in principle to do that.

[104] In this case, the findings of the Federal Court regarding how the infringing SURPASS product was made preclude any attempt to regard NOVA's manufacture of

[99] Cet argument doit être rejeté.

[100] Dow possède le droit exclusif de produire le polyéthylène visé par son brevet. Le fait que NOVA produit son propre éthène d'une manière qui lui permet de réaliser des profits plus élevés n'est pas pertinent. Selon les principes régissant la restitution des profits, les profits que NOVA a réalisés grâce à la fabrication et à la vente illicites du produit contrefait doivent lui être retirés.

[101] La Cour fédérale rejette expressément cet argument de NOVA. En l'examinant, la Cour fédérale conclut à juste titre que « [l]e recouvrement des bénéfices devrait se fonder sur les recettes et les coûts réels ». Elle ajoute que le « prix du marché » pour l'éthène que NOVA a indiqué dans ses calculs ne représente pas le coût réel de l'éthène, mais plutôt « un coût théorique [que NOVA] n'a pas encouru » (au paragraphe 139). Encore une fois, la restitution des profits doit se fonder sur des faits réels, et non hypothétiques.

[102] La restitution des profits est fondée sur la situation véritable du contrefacteur, sur ce qu'il a fait et sur les profits réels qu'il a dégagés de la contrefaçon. Elle ne tient pas compte des éléments hypothétiques. Elle ne cherche pas à déterminer les profits qu'aurait pu réaliser un autre contrefacteur hypothétique moins efficace. Voir plus haut les paragraphes 37 à 45 et 65 à 79.

[103] Examinée isolément, la production par NOVA de la matière première, l'éthène, pour la fabrication de son produit SURPASS est « licite ». Cependant, on ne peut examiner séparément chacune des étapes de la contrefaçon. En effet, presque chaque action d'un contrefacteur analysée à un microniveau peut comporter des éléments licites. La formation des employés, la construction d'une nouvelle chaîne de montage et l'augmentation du budget alloué au marketing sont toutes, prises séparément, des activités « licites » qui contribuent à la rentabilité ultime. En théorie, l'acte de contrefaçon peut être en scindé à l'infini en de minuscules actions « licites ». Il s'agit toutefois d'un exercice purement théorique; il est donc par principe erroné de s'y prêter.

[104] En l'espèce, les conclusions de la Cour fédérale sur la manière dont le produit contrefait SURPASS a été fabriqué nous empêchent d'examiner séparément la

ethylene as a separate matter or feature. As the Federal Court found, all of NOVA's actions, including its manufacture of the ethylene that was wholly integrated and merged into the infringing SURPASS polyethylene product, were part and parcel of the manufacture and sale of the infringing product. Unlike *Beloit*, above, at page 457 C.P.R., the ethylene is not an "additional feature" of SURPASS to which consumer demand can be attributed and apportioned.

[105] The Federal Court's decision on this issue is wholly consistent with the test set out in *Beloit*, at page 457, reproduced at paragraph 52 above, that has been adopted by this Court in *ADIR (FCA)*. The infringing SURPASS product was, in the words of *Beloit*, "saleable, as a whole" and "[m]arket demand" for SURPASS "arose because of the infringed patent" and not any "additional features" such as the efficiently produced ethylene in this case. As *Beloit* says, the "inquiry is directed to 'the value of the patented part' to the [product] as a whole" and the "determination is a factual one to be made on the basis of all the evidence", dependent "entirely on the particular circumstances of each case". What drove the sales of SURPASS was not the cheaper, efficiently produced ethylene that was fully incorporated and merged into the final product but the superior physical properties and processability of the final product, superior qualities that were the fruits of Dow's invention. This was proven in the Federal Court: reasons of the Federal Court, at paragraphs 70–76; Federal Court judgment on liability, at paragraph 252; Exhibit PR-16, AB-68, at page 7. In the face of this, we cannot make our own factual findings and replace the Federal Court's decision with our own.

[106] An infringer may have produced an infringing product using an efficient and well-trained workforce, one superior to that of the patentee. An infringer may have produced the infringing product using only four assembly lines rather than the patentee's seven. An

fabrication d'éthène par NOVA. Comme l'affirme la Cour fédérale, toutes les actions de NOVA, y compris sa fabrication d'éthène entièrement intégrée à la production de son produit de polyéthylène contrefait SURPASS, concouraient à la fabrication et à la vente du produit contrefait. Contrairement à la situation dans l'affaire *Beloit*, mentionnée plus haut au paragraphe 76, l'éthène n'est pas parmi les « caractéristiques additionnelles » de SURPASS auxquelles peuvent être attribuées une demande du consommateur et qui devrait être prise en compte dans la répartition des profits.

[105] La décision de la Cour fédérale sur cette question est tout à fait conforme au critère énoncé dans *Beloit*, aux paragraphes 76 et 77, reproduits au paragraphe 52 plus haut, et que notre Cour a adopté dans l'arrêt *ADIR (CAF)*. Selon les termes employés dans l'affaire *Beloit*, le produit contrefait SURPASS présentait une « possibilité de vendre, dans son ensemble » et « la demande du marché » en ce qui concerne SURPASS « découlait du brevet contrefait » et non de « caractéristiques additionnelles » comme en l'occurrence l'efficacité de production de l'éthène. Toujours selon l'arrêt *Beloit*, « l'enquête vise [TRADUCTION] "la valeur de la pièce brevetée par rapport [au produit] compl[et]" »; il « s'agit d'une question de fait qui doit être tranchée compte tenu de la preuve dans son ensemble », et la réponse « dépend entièrement des circonstances particulières de chaque affaire ». Ce qui a propulsé les ventes de SURPASS n'était pas l'éthène produit efficacement et à moindre coût, qui a été entièrement intégré au produit final, mais bien les propriétés physiques supérieures et les qualités de transformation du produit final — des propriétés supérieures qui étaient le fruit de l'invention de Dow. La preuve en a été faite devant la Cour fédérale (motifs de la Cour fédérale, aux paragraphes 70 à 76; jugement de la Cour fédérale sur la responsabilité, au paragraphe 252; pièce PR-16, AB-68, à la page 7). Par conséquent, nous ne pouvons formuler nos propres conclusions de fait et substituer notre décision à celle de la Cour fédérale.

[106] Le contrefacteur pourrait avoir fabriqué le produit contrefait en ayant recours à une main-d'œuvre efficace et bien formée, supérieure à celle du breveté. Le contrefacteur pourrait avoir fabriqué le produit contrefait au moyen de quatre chaînes de montage, au lieu des sept que

infringer may be a better marketer than the patentee or may have superior distribution channels. Here, the infringer made its own raw material, ethylene, in a particularly efficient way. All of these are of no moment: NOVA's product infringed Dow's patent and, as the Federal Court found, based on the superior qualities of the infringing SURPASS in the market and other evidence, NOVA's gains were all caused by its infringement. To vindicate the patentee's rights to exclusivity and deter infringement, the profits earned from the infringement must be stripped from the infringer.

[107] In an accounting of profits, it is not open to an infringer to say the following. "Yes I infringed the patent, yes I violated the patentee's exclusive rights over its invention, and yes I wronged the patentee. But because I am more efficient I was able to benefit more from my wrongdoing, so I should be able to keep that extra benefit."

[108] Allowing an infringer like NOVA to deduct its efficiencies jeopardizes the patent bargain by creating wrong incentives and weakening deterrence. Those who are able to achieve efficiencies by making a raw material more cheaply, using established distribution channels, exploiting trusted brand name recognition or taking advantage of greater economies of scale, if given credit for these things, may have an incentive to infringe a patent—if caught, they may end up better off than if they did not infringe.

[109] Leaving an infringer with some of the profits it made from the infringement just because of the efficient nature of its operations effectively makes the infringer a joint venture partner with the patentee, able to get some benefit from its exploitation of the patentee's invention. However, the *Patent Act* gives the patentee a right to exclusivity over the invention or, put negatively, a right not to be forced into a joint venture with anyone concerning its invention.

comporte le procédé du breveté. Le contrefacteur pourrait avoir une stratégie de marketing supérieure à celle du breveté ou de meilleurs réseaux de distribution. En l'espèce, le contrefacteur a fabriqué sa propre matière première, l'éthène, d'une manière particulièrement efficace. Aucun de ces éléments n'a d'importance : le produit de NOVA a contrefait le brevet de Dow et, comme le conclut la Cour fédérale en se basant sur les qualités supérieures du produit contrefait SURPASS sur le marché et sur d'autres éléments de preuve, les gains de NOVA étaient tous attribuables à la contrefaçon. Afin de défendre le droit à l'exclusivité du breveté et de décourager la contrefaçon, il faut dépouiller le contrefacteur des profits tirés de cette dernière.

[107] Dans le cadre de la restitution des profits, il n'est pas permis au contrefacteur d'excuser sa conduite en ces termes : « Oui, c'est vrai. J'ai contrefait le brevet, j'ai violé les droits exclusifs du breveté à l'égard de son invention et je lui ai causé préjudice. Cependant, comme je suis plus efficace, j'ai pu tirer davantage de profits de mes actes répréhensibles; je devrais donc être autorisé à conserver ces profits supplémentaires. »

[108] Permettre à un contrefacteur comme NOVA d'exclure ses gains d'efficacité met en péril le marché inhérent à l'octroi de brevets en incitant la contrefaçon et en affaiblissant les mesures de dissuasion. Ceux qui sont en mesure de réaliser des gains d'efficacité — en fabriquant une matière première à moindre coût, en utilisant des réseaux de distribution établis, en exploitant la notoriété d'une marque de commerce de confiance ou en tirant profit d'économies d'échelle — pourraient être incités à contrefaire un brevet s'il était tenu compte de ces éléments. Si la contrefaçon est découverte, ils seraient susceptibles de se trouver en meilleure position que s'ils n'avaient pas contrefait le brevet.

[109] Le contrefacteur qui serait autorisé à conserver la portion des profits de la contrefaçon qu'il doit uniquement à l'efficacité de ses opérations deviendrait en quelque sorte un associé du breveté, pouvant tirer certains avantages de l'exploitation de l'invention du breveté. Cependant, la *Loi sur les brevets* accorde au breveté le droit à l'exploitation exclusive de son invention ou, formulé de façon négative, le droit de ne pas être forcé de

[110] Simply put, in this case, the patentee, Dow, has a right against others exploiting its patent, whether that exploitation is efficient or inefficient, profitable or extremely profitable. Indeed, NOVA acknowledges this at paragraph 65 of its revised memorandum of fact and law (underlined emphasis added, italics in original):

It is clear that an accounting of profits for patent infringement is intended to return to the patentee the *actual profits* earned by the infringer as a result of the infringement. This means that if the profit margin on the infringing product is particularly high, or the infringer's market share during infringement is particularly large, the patentee will reap these benefits.

[111] As will be explained at the conclusion of these reasons, this Court recently asked the parties for submissions concerning the effect of *Atlantic Lottery*, above, a recently released decision from the Supreme Court. In the course of its submissions, Dow addressed the present issue. It submits as follows (emphasis in original):

Contrary to [NOVA's] submissions, [NOVA] did not make a "profit" (economic or otherwise) by manufacturing the ethylene. Rather, [NOVA] incurred a cost to manufacture the ethylene and in turn made profits by selling infringing SURPASS polyethylene products made from the ethylene. [NOVA's] approach of attributing "profits" to an individual raw material departs from the accounting of profits jurisprudence in which the infringer is taken "as they are" and costs are only deducted if actually incurred. Applying a "market value" to raw materials (whether higher or lower than the infringer's actual costs) has never been part of the accounting of profits analysis, and *Atlantic Lottery* does not change this approach. Moreover, there is no rational or equitable basis for adopting such an approach.

Even if a "market value" approach to costing raw materials was supported by *Atlantic Lottery* or earlier jurisprudence, which it is not, it is of no avail to [NOVA].

participer à une coentreprise avec quiconque dans l'exploitation de son invention.

[110] Bref, le breveté Dow, en l'espèce, a un droit opposable à quiconque exploiterait son invention protégée par brevet, que cette exploitation soit efficace ou inefficace, rentable ou extrêmement rentable. NOVA reconnaît ce fait au paragraphe 65 de son mémoire des faits et du droit révisé (en italiques dans l'original, soulignement ajouté) :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la restitution des profits sanctionnant la contrefaçon de brevet vise à remettre au breveté les *profits réels* réalisés par le contrefacteur grâce à la contrefaçon. Cela signifie que, si la marge bénéficiaire attribuable au produit contrefait est particulièrement élevée ou que le contrefacteur tire profit d'une part de marché particulièrement importante durant la période de contrefaçon, le breveté récoltera ces bénéfices.

[111] Comme je l'explique dans la conclusion des présents motifs, notre Cour a récemment demandé aux parties de lui soumettre leurs observations sur les effets de la décision récemment rendue par la Cour suprême dans l'affaire *Loteries de l'Atlantique* [précité]. Dans ses observations, Dow formule le commentaire suivant à propos de cette question (souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] Contrairement à ce qu'elle prétend, [NOVA] n'a pas fait de « profits » (économiques ou autres) en fabriquant l'éthène. [NOVA] a dû plutôt engager des coûts pour fabriquer l'éthène, puis elle a réalisé des profits en vendant le produit de polyéthylène contrefait SURPASS fait à partir d'éthène. L'approche proposée par [NOVA], qui consiste à attribuer des « profits » à une matière première en particulier, s'écarte de la jurisprudence sur la restitution des profits selon laquelle le contrefacteur doit être évalué « dans sa situation véritable » et seuls les coûts réellement engagés peuvent être déduits. L'application d'une « valeur marchande » à une matière première (qu'elle soit supérieure ou inférieure aux coûts réels du contrefacteur) n'a jamais fait partie de l'analyse aux fins de la restitution des profits, et l'arrêt *Loteries de l'Atlantique* ne modifie pas cette approche. Qui plus est, il n'existe aucun fondement rationnel ou d'*equity* justifiant l'adoption d'une telle approche.

Même si l'arrêt *Loteries de l'Atlantique* ou une jurisprudence antérieure préconisait l'utilisation d'une approche fondée sur la « valeur marchande » pour établir le coût des matières premières, ce qui n'est pas le cas, cela n'est d'aucune utilité [pour NOVA].

[112] I agree with and accept this submission.

[113] My colleague suggests that the Federal Court did not decide this issue, which she calls the “apportionment” issue. Quite evidently it did, as the references, above, to the findings of the Federal Court on this point demonstrate.

[114] It is true that in the relevant section of its reasons on this issue, the Federal Court does not use the word “apportionment”. But it did not need to. It would be wrong to quash its reasons based on an insistence it should have used that magic word: *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *R. v. R.E.M.*, 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3. Further, as I have explained in paragraph 48, above, “apportionment” is nothing more than the exercise of separating the actual benefits made as a result of the infringement of the patent, which are recoverable, from other sums, which are not. “Apportionment” is nothing more than the exercise of assessing causation, a factually suffused task.

[115] Unquestionably, the Federal Court always had causation front of mind in this case. At key parts of its reasons, it reminded itself of the causation requirement or used a form of words demonstrating its awareness of the need for Dow to establish it. To name a few (with emphasis added): “the Court’s role is to assess the actual profits made by the defendant as a result of the infringement” (at paragraph 108), “[a] plaintiff is entitled only to that portion of the infringer’s profit that is causally attributable to the invention” (at paragraph 108), an accounting of profits “is restitutionary in nature, not punitive” so it should not strip the defendant of more than the gain in its hands made as a result of the infringement (at paragraph 109), the plaintiff “bears the burden of proving the defendant’s sales or revenues from the infringement” (at paragraph 110), the “revenues attributable to NOVA’s infringement of the ‘705 patent extend to those earned from” certain grades (at paragraph 111), springboard profits allowed NOVA to continue “to profit from its infringing activity” (at paragraph 112), and “[i]n an accounting of profits, the aim is to provide the plaintiff with all of the profits made by the defendant resulting from the

[112] Je suis d’accord et j’accepte ces observations.

[113] Ma collègue affirme que la Cour fédérale n’a pas tranché cette question, qu’elle qualifie de question relative à la « répartition des profits ». Or, manifestement, la Cour fédérale l’a fait, comme en témoignent les renvois précités aux conclusions de la Cour fédérale sur ce point.

[114] Certes, la Cour fédérale n’emploie pas le terme « répartition » dans la section de ses motifs portant sur cette question, mais elle n’avait pas besoin de le faire. Il serait erroné d’infirmar la décision de la Cour fédérale parce que certains insistent sur le fait qu’elle aurait dû employer le mot « magique » (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3). De plus, comme je l’explique plus haut, au paragraphe 48, la « répartition des profits » n’est rien de plus qu’un exercice visant à séparer les profits réels réalisés grâce à la contrefaçon de brevet, lesquels sont recouvrables, des autres profits, qui ne le sont pas. La « répartition des profits » n’est rien de plus qu’un exercice visant à déterminer le lien de causalité, une tâche éminemment factuelle.

[115] Il ne fait aucun doute qu’en l’espèce le lien de causalité a toujours été au cœur des préoccupations de la Cour fédérale. Dans des passages névralgiques de ses motifs, elle rappelle la nécessité d’établir un lien de causalité ou emploie une formulation qui révèle qu’elle est bien consciente de l’obligation pour Dow d’établir ce lien. Rappelons quelques extraits de ses motifs (non soulignés dans l’original) : « le rôle de la Cour est d’évaluer les bénéfices réels dégagés par le défendeur par sa violation de brevet » (au paragraphe 108); « [u]n demandeur a seulement droit à la portion des profits réalisés par le contrefacteur qui a un lien de causalité avec l’invention » (au paragraphe 108); la restitution des profits « est une mesure réparatrice et non punitive », afin de ne pas dépouiller le défendeur d’une somme supérieure aux gains qu’il a tirés de la contrefaçon (au paragraphe 109); « [l]e fardeau de démontrer les montants des ventes ou des recettes liées à la violation de brevet revient au demandeur » (au paragraphe 110); les « recettes découlant de la violation par Nova du brevet ‘705 comprennent celles dégagées » de certaines qualités (au paragraphe 111); les bénéfices de rebond ont permis à NOVA de continuer « de profiter de

infringement” (at paragraph 138). Quite properly, NOVA does not complain that the Federal Court did not have causation principles in mind throughout. It did.

[116] Ultimately causation depends on the facts. In this case, for very good reasons, the Federal Court found that all of the gain earned by NOVA as a result of its more efficient manner of manufacturing ethylene was gain made as a result of the infringement. It made this finding mindfully and having considered all of the evidence and arguments before it: *Housen*, at paragraph 46. This finding was a factually suffused one on a question of mixed fact and law that attracts the very high standard of palpable and overriding error: see paragraphs 80–81, above. It is wholly consistent with and, in fact, reinforces the principles underlying an accounting of profits in the patent infringement context and, thus, on these facts, is legally sound. For one thing, it removes all incentives on the part of infringers to infringe.

[117] As an appellate court bound by the palpable and overriding error standard, we are forbidden from wading in, re-doing the factually suffused task of assessing causation, and substituting our views for those of the first-instance court.

[118] The analysis, above, on the state of the law, the evidentiary record before the Federal Court, and the appellate standard of palpable and overriding error addresses the remainder of my colleague’s reasons, particularly her decision to “apportion” out of the accounting of profits the benefits resulting from NOVA’s efficiencies and other benefits that NOVA might have earned in a hypothetical world.

[119] I would simply add that my colleague oversimplifies and narrows the patent in issue in this case. The patent does not just claim a process. It claims novel polymers used to make plastic products like stretch films and

ses activités de contrefaçon » (au paragraphe 112) et « [l]e recouvrement des bénéfices a pour objectif d’apporter au demandeur tous les bénéfices dégagés par le défendeur par la violation de brevet » (au paragraphe 138). NOVA n’allègue pas, à juste titre, que la Cour fédérale n’a pas tenu compte du critère de causalité dans l’ensemble de son jugement, car elle l’a fait.

[116] Ultimement, le lien de causalité dépend des faits. En l’espèce, la Cour fédérale conclut, pour de très bonnes raisons, que la totalité des gains dégagés par NOVA grâce à sa méthode de fabrication plus efficace de l’éthène est attribuable à la contrefaçon. Elle tire cette conclusion d’une manière avisée, après avoir tenu compte de tous les éléments de preuve et arguments qui lui ont été présentés (*Housen*, au paragraphe. 46). Cette conclusion, sur une question de droit et de fait commandant l’application de la très rigoureuse norme de l’erreur manifeste et dominante, est fondée sur une abondance de faits (voir plus haut les paragraphes 80 et 81). Cette conclusion est tout à fait conforme aux principes qui sous-tendent la restitution des profits en matière de contrefaçon de brevet et, de fait, elle vient renforcer ces principes. Au vu de ces faits, elle est donc fondée sur le plan juridique. Elle supprime notamment tout élément susceptible d’inciter la contrefaçon.

[117] En tant que cour d’appel liée par la norme de l’erreur manifeste et dominante, il nous est interdit d’intervenir, de procéder à nouveau à l’évaluation du lien de causalité fondée sur une abondance de faits et de substituer nos vues à celles du tribunal de première instance.

[118] L’analyse qui précède sur l’état du droit, le dossier de preuve présenté à la Cour fédérale et la norme de l’erreur manifeste et dominante applicable en appel répond aux autres points soulevés par ma collègue dans ses motifs, notamment sa décision de soustraire de la restitution des profits les bénéfices attribuables aux gains en efficience de NOVA et autres bénéfices que NOVA aurait pu réaliser dans une situation hypothétique.

[119] Je me contente d’ajouter que ma collègue simplifie à outrance le brevet en litige en l’espèce et en réduit la portée. Les revendications du brevet ne portent pas uniquement sur un procédé. Elles portent sur des polymères

heavy duty shipping sacks that are stronger and require less plastic. The patented polymers (forms of polyethylene) are produced by connecting together molecules of ethylene with octane, as the patent describes. The protected polymers are different from and are said to be superior to others in the market. The fact that NOVA used a non-infringing way to make a raw material that is fully incorporated and merged into the protected polymers is beside the point: it earned a sizeable gain from infringing Dow's patent by making and selling the protected polymers—appropriating and exploiting Dow's invention for itself—and it should not be left with any of the gain made as a result of its wrongful act. This the Federal Court found in its factually suffused assessment of causation. Under the appellate standard of palpable and overriding error we should respect its finding, not replace it with our own.

[120] Therefore, on the so-called “apportionment” issue, the Federal Court neither erred in law nor committed palpable and overriding error. Its decision must be left in place.

(2) *Did the Federal Court err in awarding “springboard profits”?*

[121] The Federal Court summarized this issue as follows (at paragraph 112):

If [NOVA] had not infringed [Dow's patent], then it would have taken [NOVA] some time following the patent's expiry to attain the same level of sales of the infringing products that [NOVA] enjoyed in April 2014. Dow says that [NOVA's] infringement of [Dow's patent] provided it with a “springboard” into the market and, as a result, [NOVA] continued to profit from its infringing activity after the expiry of [Dow's patent]. Dow says that it is entitled to receive these “springboard profits” from April 20, 2014 to December 31, 2015.

nouveaux utilisés pour la fabrication de produits de plastique tels que des pellicules extensibles et des sacs d'expédition ultra robustes, qui présentent une résistance supérieure, mais nécessitent une quantité moindre de plastique. Comme le décrit le brevet, les polymères brevetés (des formes de polyéthylène) sont produits par l'union de molécules d'éthène et de l'octane. Les polymères protégés par le brevet diffèrent de ceux que l'on trouve sur le marché et on les dit supérieurs. Le fait que NOVA a fabriqué au moyen d'une méthode qui ne contrefait pas le brevet une matière première qui a été intégralement incorporée aux polymères protégés par brevet est hors de propos : NOVA a réalisé des gains appréciables grâce à la contrefaçon du brevet de Dow, en fabriquant et en vendant les polymères protégés — soit en s'appropriant l'invention de Dow pour l'exploiter à ses propres fins — et elle ne devrait pas être autorisée à conserver quelque gain provenant de ses actes répréhensibles. C'est la conclusion à laquelle est arrivée la Cour fédérale lors de son évaluation abondamment étayée de faits du lien de causalité. Selon la norme de l'erreur manifeste et dominante qui s'applique en appel, nous devrions respecter cette conclusion et non y substituer la nôtre.

[120] Par conséquent, sur la question de la « répartition des profits », la Cour fédérale n'a commis ni d'erreur de droit ni d'erreur manifeste et dominante. Sa décision doit être maintenue.

2) *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en accordant ce qu'elle appelle des « bénéfices de rebond »?*

[121] La Cour fédérale résume cette question ainsi (au paragraphe 112) :

Si Nova n'avait pas contrefait le brevet [de Dow], Nova aurait dû attendre un certain temps suivant l'arrivée à échéance du brevet pour que ses ventes atteignent le même niveau que celui des ventes de produits contrefaits dont Nova jouissait en avril 2014. Dow affirme que la violation par Nova du brevet [de Dow] a constitué pour elle un « tremplin » qui a permis à ses ventes de faire un bond sur le marché et, par conséquent, que Nova a continué de profiter de ses activités de contrefaçon après l'arrivée à échéance du brevet [de Dow]. Dow affirme avoir droit à ces « bénéfices de rebond » du 20 avril 2014 au 31 décembre 2015.

[122] The Federal Court allowed Dow the springboard profits it sought.

[123] NOVA makes two arguments against the Federal Court's awarding of springboard profits. First, NOVA submits that springboard profits are not available at law. In the alternative, NOVA submits that if springboard profits are available at law, the Federal Court incorrectly calculated the springboard profits.

[124] The first issue is reviewable on correctness and the second on the standard of palpable and overriding error: *Housen*, above.

[125] While the parties did not acquaint the Court with a Canadian authority where an infringer was ordered to disgorge springboard profits, there is no principled reason standing in the way. I agree with the observations of the Federal Court in *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FC 671, at paragraph 7. There, in the context of compensatory damages, the Federal Court suggested that so-called springboard damages are "nothing more than a type of loss no different than any other claim to damages". Similarly, so-called springboard profits are nothing more than a type of gain from patent infringement, just like other gains from patent infringement. This was the reasoning of the Scottish Court of Session in a decision cited by the Federal Court (at paragraph 114): *Bayer Cropscience KK v. Charles River Laboratories Preclinical Services Edinburgh Limited & Albaugh Inc.*, [2010] CSOH 158.

[126] A key source of a patent's value is in its statutory monopoly period. If the infringer's post-expiry profits can be causally linked to its unauthorized invasion of this monopoly, then those profits should be disgorged. Use of the patent during the monopoly period caused the profits. As the Federal Court said, springboard profits "are nothing more than a type of [gain] to be proven with evidence": paragraph 124.

[122] La Cour fédérale a accordé à Dow ces bénéfiques dits « de rebond » qu'elle demandait.

[123] NOVA oppose deux arguments à ces profits dont tient compte la Cour fédérale. NOVA prétend d'abord que le droit n'en permet pas l'attribution. Subsidiairement, NOVA prétend que, si la loi en autorise l'attribution, alors la Cour fédérale a fait erreur dans le calcul.

[124] La première question doit être examinée selon la norme de la décision correcte, et la seconde, selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Housen* [précité]).

[125] Bien que les parties n'aient présenté à la Cour aucune affaire canadienne où un contrefacteur avait été obligé de restituer des profits dits « de rebond », aucun principe ne s'y oppose. Je suis d'accord sur les observations formulées par la Cour fédérale dans l'affaire *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CF 671, au paragraphe 7. Dans cette affaire, la Cour fédérale laisse entendre, à propos des dommages-intérêts compensatoires, que les dommages-intérêts fondés sur la règle dite du rebond « ne sont rien de plus qu'un type de perte et ne sont nullement différents des autres dommages-intérêts ». De même, les profits dits de rebond ne sont rien de plus qu'un type de gain provenant de la contrefaçon de brevet, au même titre que les autres gains découlant de la contrefaçon de brevet. Ce raisonnement est celui qu'adopte la Cour de session de l'Écosse dans une décision citée par la Cour fédérale (au paragraphe 114) (*Bayer Cropscience KK v. Charles River Laboratories Preclinical Services Edinburgh Ltd. & Albaugh Inc.*, [2010] CSOH 158).

[126] Un des principaux éléments qui confère au brevet sa valeur est la période de monopole prévue par la loi. Si un lien de causalité peut être établi entre les profits réalisés par le contrefacteur après l'expiration du brevet et une atteinte non autorisée à ce monopole, ces profits devraient être restitués. L'exploitation du brevet durant la période visée par le monopole a généré des profits. Comme l'affirme la Cour fédérale, les profits dits de rebond « relèvent purement du type de [gain] devant être démontr[é] par preuve » (paragraphe 124).

[127] In oral argument, NOVA seemingly accepted springboard profits as an inescapable outcome flowing from the application of causation principles but questioned whether, as a matter of freestanding policy, post-expiry profits should be disgorged. But freestanding policy does not give this Court license to subvert the accepted principles in an accounting of profits: *ADIR FCA*, at paragraph 34. Courts operate according to law, not policy: *Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686, at paragraph 26.

[128] In any event, NOVA's policy arguments run very much contrary to the legal considerations canvassed at paragraphs 20–28, above. To allow an infringer to retain any advantage gained from its infringement is to incentivize the infringement: see paragraph 28, above. If post-expiry profits are immune from the reach of an accounting of profits, an infringer could be economically incentivized to invade the patentee's monopoly shortly before its expiry. The infringer would disgorge its minimal "ramp-up" profits and use the infringement to springboard into the patentee's post-expiry market share. Recognizing this economic advantage, competitors would likely follow suit and, in effect, abridge the length of the patentee's monopoly. As a matter of policy, awarding springboard profits, where appropriate, best defends and restores the integrity of the patentee's monopoly.

[129] NOVA's memorandum raises three other reasons why the Federal Court erred in law by awarding springboard profits. All three arguments should be rejected.

[130] While NOVA correctly states that "an accounting of profits takes place in the real world" (NOVA's revised memorandum of fact and law, at paragraph 66), it incorrectly suggests that springboard profits require the application of an impermissible "hypothetical exercise" in the "but for" world (paragraph 67). Springboard profits seek

[127] Dans sa plaidoirie, NOVA semble reconnaître les profits de rebond comme un effet inévitable de l'application des principes de causalité, mais met en doute, sur le fondement de considérations de politique générale, l'opportunité de la restitution des profits réalisés après l'expiration du brevet. Cependant, aucune politique générale n'autorise notre Cour à faire fi des principes reconnus en matière de restitution des profits (*ADIR (CAF)*, au paragraphe 34). Les tribunaux appliquent des lois, non des politiques (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Ishaq*, 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686, au paragraphe 26).

[128] Quoi qu'il en soit, les arguments invoqués par NOVA relativement aux politiques vont tout à fait à l'encontre des considérations juridiques examinées plus haut aux paragraphes 20 à 28. Permettre à un contrefacteur de conserver quelque avantage résultant de la contrefaçon incite à la contrefaçon (voir le paragraphe 28 des présents motifs). Si la restitution ne visait pas les profits réalisés après l'expiration du brevet, le contrefacteur pourrait être incité économiquement à violer le monopole conféré par le brevet peu avant l'arrivée à échéance de celui-ci. Le contrefacteur n'aurait en effet qu'à restituer ses profits réalisés durant la période de « transition », une somme minimale, et se servir de la contrefaçon comme tremplin pour gruger la part de marché du breveté après l'expiration du brevet. Conscients d'un tel avantage économique, des concurrents emboîteraient vraisemblablement le pas, ce qui, dans les faits, réduirait la durée du monopole du breveté. Comme politique, la restitution de profits liés à l'effet dit de « rebond », s'il y a lieu, contribue le mieux à défendre et à restaurer l'intégrité du monopole du breveté.

[129] Dans son mémoire, NOVA invoque trois autres arguments étayant sa prétention selon laquelle la décision de la Cour fédérale d'ordonner la restitution des profits liés à l'effet dit de rebond est entachée d'une erreur de droit. Ces trois arguments devraient être rejetés.

[130] Bien que NOVA déclare, à juste titre, que [TRADUCTION] « la restitution des profits doit être fondée sur la situation réelle » (mémoire des faits et du droit révisé de NOVA, au paragraphe 66), elle laisse entendre, à tort, que le calcul des profits liés à l'effet dit de rebond requiert un « exercice hypothétique » inadmissible, qui tient compte

to identify the *actual profits* causally attributable to the infringement. There is no hypothetical world involved: the profits disgorged are actual profits that are causally connected to the patent's exclusivity rights.

[131] Establishing causation for springboard profits is no different from any other question of causation in the accounting of profits context: it requires a causal link between the profits and the patent. A non-infringing baseline, the “ramp-up” period, is established with expert evidence and is compared to the total profits the infringer earned. The difference between the two is the value added from the unauthorized use of the patent. As discussed above, there is no “but for” reasoning when using non-infringing baselines: see paragraphs 37–45 and 65–79, above. The same logic applies here when using the “ramp-up” period as a type of non-infringing baseline.

[132] NOVA also contends that once the plaintiff elects for an accounting of profits, the plaintiff “condones” or “adopts” the infringer's behaviour. This is what some call “condonment theory”. Applying the condonment theory, NOVA says that, having condoned the infringer's actions, Dow cannot turn around and demand springboard profits from an authorized or “condoned” use of its patent.

[133] Condonment theory, first articulated in *Neilson v. Betts* (1871), L.R. 5 H.L. 1 [*Neilson*], was used to explain why a plaintiff is not entitled to both damages and an accounting of profits. The theory has been subject to intense academic criticism: e.g., Stephen Watterson, “An Account of Profits or Damages? The History of Orthodoxy” (2004), 24:3 *O.J.L.S.* 471; Burrows, above, at pages 628–629; David Vaver, “Civil Liability For Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 *Can. Bus. L.J.* 253, at pages 296–300.

d'une situation hypothétique (paragraphe 67). Le calcul des profits liés à l'effet dit de rebond vise à déterminer les profits réels directement attribuables à la contrefaçon. Aucun élément hypothétique n'entre en jeu : les profits restitués sont les profits réels ayant un lien de causalité avec les droits à l'exclusivité du breveté.

[131] L'établissement du lien de causalité ne diffère nullement, que ce soit dans le contexte de profits découlant d'un effet de rebond ou dans celui de la restitution des profits : il s'agit d'établir un lien de causalité entre les profits et le brevet. Le seuil de référence quant à des actes licites, soit la période dite « de transition », est déterminé à partir d'une preuve d'expert, puis est comparé aux profits totaux réalisés par le contrefacteur. La différence entre les deux correspond à la valeur ajoutée découlant de l'exploitation non autorisée du brevet. Comme il est mentionné plus haut, le raisonnement fondé sur des scénarios hypothétiques ne joue pas dans l'examen du seuil de référence quant aux actes licites (voir les paragraphes 37 à 45 et 65 à 79 des présents motifs). Le même raisonnement s'applique lorsqu'on considère la période « de transition » comme une sorte de seuil de référence quant aux actes licites.

[132] NOVA prétend également que, dès lors que le plaignant opte pour la restitution des profits, il « cautionne » ou « admet » le comportement du contrefacteur. C'est ce que certains appellent la « théorie du cautionnement ». NOVA affirme, sur le fondement de cette théorie, que Dow, ayant cautionné les actions du contrefacteur, ne peut faire marche arrière et exiger que lui soient restitués des profits dits « de rebond » découlant d'une exploitation autorisée ou « cautionnée » de son brevet.

[133] La théorie du cautionnement, qui a été définie pour la première fois dans l'affaire *Neilson v. Betts* (1871), L.R. 5 H.L. 1 [*Neilson*], explique pourquoi un plaignant n'a pas droit à la fois à l'attribution de dommages-intérêts et à la restitution des profits. Cette théorie a toutefois fait l'objet de vives critiques de la part de spécialistes du domaine (voir, par exemple, Stephen Watterson, « An Account of Profits or Damages? The History of Orthodoxy » (2004), 24 :3 *O.J.L.S.* 471; Burrows, précité, aux pages 628 et 629; David Vaver, « Civil Liability For Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 *Rev. can. dr. comm.* 253, aux pages 296 à 300).

[134] These authorities unanimously reject the condonement theory as an untenable fiction. Instead, condonement theory is best understood as an “imperfect analogy” to assist in understanding why a patentee cannot receive both remedies: *L.P. Larson Jr., Co. v. William Wrigley Jr., Co.*, 227 U.S. 97 (1928), at pages 99–100; see also: *Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, [1996] F.S.R. 36 (Ch. D.), at pages 41–42, cited at paragraph 118 of the Federal Court’s reasons.

[135] The real reason why a patentee does not have access to both remedies is because this would result in double recovery: Burrows, above, at page 629. Disgorged profits will incidentally compensate the patentee. Compensation will incidentally disgorge some of the infringer’s profits. To allow for both in full is to allow for double recovery.

[136] To the extent that Canadian cases have referred to the condonement theory (e.g., *Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 F.C. 497, (1997), 73 C.P.R. (3d) 321 (C.A.), at paragraph 100), they have done so only as a means of explaining why a patentee cannot have both damages and an accounting of profits. There is no suggestion in these authorities that the patentee is deemed to have actually condoned or adopted the infringer’s activities or that *Neilson* has any ripple effect beyond the election phase.

[137] NOVA also says that its true “ramp-up” period was in this post-filing, pre-grant time period. Thus, says NOVA, an accounting of profits “overcompensates” Dow by handing over the fruits of NOVA’s enhanced market share during the post-grant phase: NOVA’s revised memorandum of fact and law, at paragraph 69.

[138] Concerns about overcompensation and undercompensation of the patentee are misplaced in the accounting-of-profits context. Appropriate compensation is a question for compensatory damages, not an accounting

[134] Ces auteurs rejettent à l’unanimité la théorie du cautionnement qu’ils qualifient de fiction indéfendable. Il convient plutôt d’interpréter la théorie du cautionnement comme une « analogie imparfaite » qui explique pourquoi un breveté ne peut avoir droit aux deux réparations (*L.P. Larson Jr., Co. v. William Wrigley Jr., Co.*, 227 U.S. 97 (1928), aux pages 99 à 100; voir aussi : *Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.*, [1996] F.S.R. 36 (Ch. D.), aux pages 41 et 42, cité au paragraphe 118 des motifs de la Cour fédérale).

[135] La véritable raison pour laquelle un breveté ne peut avoir droit aux deux réparations, c’est qu’il aurait ainsi droit à un double recouvrement (Burrows [précité], à la page 629). La restitution des profits aura accessoirement pour effet d’indemniser le breveté. L’indemnisation emporte accessoirement la restitution d’une partie des profits du contrefacteur. Accorder intégralement les deux réparations donnerait lieu à un double recouvrement.

[136] Chaque fois où cette théorie du cautionnement a été invoquée dans la jurisprudence canadienne (voir, par exemple, *Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.*, [1997] 3 C.F. 497, 1997 CanLII 6342 (C.A.), au paragraphe 100), elle a servi à expliquer pourquoi un breveté ne peut avoir droit à la fois à des dommages-intérêts et à une restitution des profits. Rien dans cette jurisprudence ne laisse croire que le breveté est réputé avoir admis ou adopté les activités du contrefacteur, ou que l’affaire *Neilson* a des répercussions après le moment du choix de la mesure de réparation.

[137] NOVA affirme également que sa véritable période « de transition » est celle correspondant à la période consécutive au dépôt et précédant l’octroi. NOVA fait donc valoir qu’une restitution des profits a pour effet d’offrir à Dow une « indemnisation excessive », en lui permettant de recouvrer les fruits de l’élargissement de la part de marché de NOVA durant la phase suivant l’octroi (mémoire des faits et du droit révisé de NOVA, au paragraphe 69).

[138] Les préoccupations relatives à l’indemnisation excessive ou insuffisante du breveté ne s’appliquent pas à la restitution des profits. Elles interviennent seulement dans le contexte des dommages-intérêts compensatoires.

of profits. The focus in an award of compensatory damages is on the plaintiff's injury. An accounting of profits, on the other hand, focuses on the infringer and the infringer's actual profits. The actual profits made as a result of infringement must be stripped from the infringer to remove any incentive to infringe and to vindicate the patentee's right to exclusivity over the invention.

[139] The patentee must take the infringer as it finds it. If the infringer happens to be particularly profitable during the relevant infringement period (i.e., post-grant), then the patentee will be entitled to a greater award. The converse is true: if an infringer failed to gain a foothold in the market, it would not disgorge profits that it should or could have earned had it been savvy in its infringement. Taking NOVA as it is found is necessary to extract the value added to NOVA by the infringement and remove the economic incentive to infringe.

[140] Finally, NOVA takes issue with the Federal Court's calculation of springboard profits. NOVA suggests that, if springboard profits are to be awarded, they can only be awarded in the "but for" world. Therefore, NOVA should be entitled to deduct the ethylene profits it would have earned "but for" the infringement (i.e., its opportunity costs): NOVA's revised memorandum of fact and law, at paragraphs 71–76.

[141] As explained above, at paragraphs 37–45 and 130–131, springboard profits are not calculated in a hypothetical "but for" world. The profits disgorged are the actual profits NOVA earned that are causally attributable to the infringement.

[142] Overall, on the issue of springboard profits, NOVA has not established any error of law or palpable and overriding error on the part of the Federal Court. Indeed, I substantially agree with the analysis of the Federal Court on this issue.

L'objet de l'attribution de dommages-intérêts compensatoires est de réparer le préjudice subi par le plaignant. En revanche, la restitution des profits vise le contrefacteur et les profits réels qu'il a réalisés. Les profits réels réalisés par le contrefacteur grâce à la contrefaçon doivent lui être retirés, afin d'éliminer toute incitation à la contrefaçon et de défendre le droit du breveté à l'exploitation exclusive de son invention.

[139] Le breveté doit évaluer le contrefacteur dans sa situation réelle. S'il s'avère que la période de contrefaçon visée (c.-à-d. la période suivant l'octroi) a été particulièrement rentable pour le contrefacteur, alors le breveté aura droit à une somme élevée. Cependant, l'inverse est aussi vrai : si le contrefacteur n'a pas réussi à bien s'implanter sur le marché, il n'aura pas à restituer des profits qu'il aurait dû, ou aurait pu, réaliser s'il avait été plus habile dans sa contrefaçon. Il faut évaluer NOVA dans sa situation réelle, afin de dégager la valeur que la contrefaçon lui a procurée et d'en supprimer les incitatifs économiques.

[140] Enfin, NOVA conteste le calcul, par la Cour fédérale, des profits résultant de l'effet dit de rebond. Elle laisse entendre que, si de tels profits doivent être restitués, ils ne peuvent l'être que sur le fondement d'un scénario hypothétique. NOVA devrait donc avoir le droit de déduire les profits liés à l'éthène qu'elle aurait réalisés, « n'eût été » la contrefaçon (c.-à-d. les coûts de renonciation) (mémoire des faits et du droit révisé de NOVA, aux paragraphes 71 à 76).

[141] Cependant, comme il est expliqué plus haut aux paragraphes 37 à 45 et 130 à 131, le calcul des profits résultant de l'effet dit de rebond ne peut être fondé sur des scénarios hypothétiques. Les profits restitués doivent correspondre aux profits réels qui ont été réalisés par NOVA et qui ont un lien de causalité avec la contrefaçon.

[142] En ce qui a trait dans l'ensemble à la question des profits résultant de l'effet dit de rebond, NOVA n'a pu établir quelque erreur de droit ou erreur manifeste et dominante de la part de la Cour fédérale. De fait, je souscris essentiellement à l'analyse de la Cour fédérale sur cette question.

(3) *Did the Federal Court err in selecting the “full costs” method for deducting costs?*

[143] The Federal Court selected the “full costs” or “absorption” method to deduct costs. In its cross-appeal, Dow challenges this.

[144] In my view, while the Federal Court reached the correct outcome in deducting costs, it selected the full costs method on an incorrect basis.

[145] Applying an Australian High Court decision, *Dart Industries*, above, the Federal Court held that the “full costs” approach can be implemented as long as the infringer is operating at full capacity and can prove an opportunity cost. In my view, to the contrary, the “full costs” approach should always be available to an infringer. Indeed, absent some exceptional and compelling circumstance or persuasive expert evidence in a particular case, the “full costs” approach is the preferred method for deducting costs.

[146] The Federal Court recognized that an infringer is typically entitled to deduct only its incremental costs. In choosing the “full cost” approach, the Federal Court relied on *Dart Industries*. In my view, while *Dart Industries* provides a helpful summary of accounting of profits principles, its rule for deducting full costs should not be adopted in Canada.

[147] The rule in *Dart Industries* can be explained as follows. Where an infringer but for the infringement would have been able to replace the infringing product with another profit-producing, foregone alternative, it should be permitted to deduct a portion of its fixed costs. The idea is that had the infringer not infringed, its foregone opportunity would have absorbed a portion of these fixed costs.

3) *La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en choisissant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts?*

[143] La Cour fédérale a choisi la méthode du « coût de revient complet » ou méthode « d’absorption » pour déduire les coûts. Dans son appel incident, Dow conteste ce choix.

[144] Bien que la Cour fédérale soit arrivée à la bonne conclusion en déduisant les coûts, je suis d’avis que son choix de la méthode du coût de revient complet repose sur un fondement erroné.

[145] Appliquant la décision de la Haute Cour d’Australie dans l’affaire *Dart Industries*, la Cour fédérale conclut que la méthode du « coût de revient complet » convient à condition que le contrefacteur fonctionne à plein rendement et qu’il peut justifier de coûts de renonciation. Je suis d’avis, au contraire, que le contrefacteur devrait toujours avoir la possibilité de demander l’application de la méthode du « coût de revient complet ». De fait, en l’absence de certaines circonstances exceptionnelles et contraignantes ou d’une preuve d’expert convaincante dans une affaire donnée, la méthode du « coût de revient complet » est celle qu’il faut privilégier pour la déduction des coûts.

[146] La Cour fédérale reconnaît qu’en général un contrefacteur peut uniquement déduire ses coûts différentiels. En choisissant la méthode du « coût de revient complet », la Cour fédérale s’est fondée sur l’affaire *Dart Industries*. Je suis toutefois d’avis que, bien que cette dernière présente un résumé utile des principes de la restitution des profits, la règle qui y est énoncée pour la déduction des coûts totaux ne devrait pas être adoptée au Canada.

[147] La règle énoncée dans l’arrêt *Dart Industries* peut être expliquée en ces termes. Si un contrefacteur était en mesure, n’eût été la contrefaçon, de remplacer le produit contrefait par un produit de substitution qu’il avait abandonné, qui générerait toutefois des profits, il devrait être autorisé à déduire une partie de ses coûts fixes. Cette notion repose sur l’hypothèse selon laquelle, n’eût été la contrefaçon, le contrefacteur aurait engagé une partie de ces coûts fixes dans la solution de substitution abandonnée.

[148] The principled error in this logic is easy to spot: *Dart Industries* allows an infringer to deduct a hypothetical opportunity cost which is not a cost actually incurred. As explained above, accounting of profits occurs in the real world. Actual profits must be disgorged which means only actual costs can be deducted.

[149] Opportunity costs are never deductible in this context. The Court in *Dart Industries* acknowledges this: the High Court says that “the defendant may not deduct ... opportunity cost[s]” but goes on to say that “there would be real inequity” if the Court denied a deduction for both fixed costs and opportunity costs: *Dart Industries*, at page 114 [paragraph 14 of [1993] HCA 54].

[150] Why? Because, in the High Court’s view, “[i]f both were denied, the defendant would be in a worse position than if it had made no use of the patented invention”: *Dart Industries*, at page 114 [paragraph 14 of [1993] HCA 54]. And if the defendant did not have an opportunity cost and the full costs approach was applied, “the defendant would be in a better position than it would have been if it had not infringed”: *Dart Industries*, at page 114 [paragraph 15 of [1993] HCA 54].

[151] But this language—“worse position” or “better position”—is reserved exclusively for compensatory damages. Whether the infringer would be better off or worse off but for the infringement is irrelevant. The reality is that the infringer did infringe and, therefore, it must account only for its actual revenue and deduct only its actual costs.

[152] On top of this, there is no principled reason to allow the infringer to deduct only a portion of its opportunity costs. If the infringer can deduct opportunity costs to off-set or absorb its fixed costs, why should it not be able to deduct all of its opportunity costs? Why draw the line at fixed costs? If the court does not want the infringer to

[148] Ce raisonnement comporte une erreur de principe évidente : l’affaire *Dart Industries* autorise un contrefacteur à déduire des coûts de renonciation hypothétiques qui n’ont pas réellement été engagés. Or, comme il est expliqué plus haut, la restitution des profits est fondée sur la situation réelle. Ce sont les profits réels qui doivent être restitués, ce qui signifie que seuls les coûts réels peuvent être déduits.

[149] Les coûts de renonciation ne sont jamais déductibles dans ce contexte. Dans l’affaire *Dart Industries*, la Haute Cour d’Australie reconnaît ce fait et conclut que [TRADUCTION] « la défenderesse ne peut déduire [...] les coûts de renonciation », mais ajoute par la suite qu’il [TRADUCTION] « y aurait une réelle iniquité » si la Cour refusait la déduction des coûts fixes et des coûts de renonciation (*Dart Industries*, à la page 114 [paragraphe 14 de [1993] HCA 54]).

[150] Pourquoi? La Haute Cour estime que, [TRADUCTION] « [s]i les deux étaient refusés, la défenderesse serait alors dans une pire situation qu’elle ne l’aurait été si elle n’avait pas exploité l’invention brevetée » (*Dart Industries*, à la page 114 [paragraphe 14 de [1993] HCA 54]). À l’inverse, si elle n’avait aucun coût de renonciation et que la méthode du coût de revient complet était appliquée, [TRADUCTION] « la défenderesse serait dans une meilleure position qu’elle ne l’aurait été si elle n’avait pas commis la violation du brevet » (*Dart Industries*, à la page 114 [paragraphe 15 de [1993] HCA 54]).

[151] Cependant, cette terminologie — « pire situation » et « meilleure situation » — est réservée exclusivement au domaine des dommages-intérêts compensatoires. Il importe peu de savoir si le contrefacteur aurait été dans une meilleure ou pire situation sans la contrefaçon. La réalité est que le contrefacteur s’est bel et bien adonné à la contrefaçon et qu’il ne doit restituer que ses recettes réelles et ne déduire que ses coûts réels.

[152] Qui plus est, aucun principe ne justifie qu’un contrefacteur soit autorisé à déduire uniquement une partie de ses coûts de renonciation. Si le contrefacteur peut déduire des coûts de renonciation pour compenser ou absorber ses coûts fixes, pourquoi ne pourrait-il pas déduire la totalité de ces coûts? Pourquoi se limiter aux coûts

be “worse off”, it would allow the defendant to deduct all of its opportunity costs.

[153] Whenever an infringer is denied the opportunity to deduct opportunity costs, it will always be “worse off” than it would have been had it never infringed. But, again, an accounting of profits is indifferent to whether an infringer will be “better off” or “worse off”. All that matters is that all of the actual profits caused by the infringement are disgorged.

[154] In short, *Dart Industries* carves out a limited use for opportunity costs to reduce a “real inequity” but this exception is not rooted in any principle. While I reject the Federal Court’s reliance on *Dart Industries*, selecting the full costs approach was not in error. In my view, the full costs approach is principled and sound.

[155] All incremental costs are deductible; there is no controversy over this. The only question in issue in this case is whether a proportion of an infringer’s stagnant overhead costs are deductible.

[156] The seminal case rejecting the full costs approach in Canada is *Teledyne*, above. In *Teledyne*, the Federal Court expressed the view that the full costs approach would “constitute in effect unjust enrichment of the infringer” because those fixed costs “would have been incurred had the infringing operation not taken place”: at pages 210, 213.

[157] But this reasoning falls into the trap of using hypotheticals. *Teledyne* requires a “but for” analysis to determine what “would have been incurred had the infringing operation not taken place” (at page 213). The reality is that the infringer did incur those costs. Without incurring certain overhead costs (e.g., property taxes, lighting, heating), the infringing product could not be produced. While the fixed costs did not increase as a result of the infringement, it does not mean that they are not causally attributable.

fixes? Si le tribunal ne veut pas que le contrefacteur se trouve dans une « pire situation », il devrait lui permettre de déduire tous ses coûts de renonciation.

[153] Dès lors qu’il est interdit au contrefacteur de déduire ses coûts de renonciation, il sera toujours dans une « pire » situation que celle dans laquelle il se serait trouvé n’eût été la contrefaçon. Cependant, la restitution des profits ne cherche pas à savoir si le contrefacteur se trouvera dans une pire ou meilleure situation. Tout ce qui importe, c’est que la totalité des profits réels attribuables à la contrefaçon soit restituée.

[154] En bref, l’arrêt *Dart Industries* permet une exception relative aux coûts de renonciation afin de réduire une « réelle iniquité », mais cette exception ne repose sur aucun principe. Bien que je rejette l’application par la Cour fédérale de l’arrêt *Dart Industries*, son choix de la méthode du coût de revient complet ne constituait pas une erreur. Je suis en effet d’avis qu’il s’agit d’une méthode valable qui repose sur des principes établis.

[155] La totalité des coûts différentiels est déductible : personne ne conteste ce fait. La seule question en litige en l’espèce est de déterminer si un contrefacteur peut déduire une partie de ses frais généraux fixes.

[156] Au Canada, la jurisprudence qui a rejeté la méthode du coût de revient complet est l’affaire *Teledyne*. Dans cette affaire, la Cour fédérale indique que la méthode du coût de revient complet « constituerait un enrichissement injuste du contrefacteur », car ces frais fixes « aurai[ent] été engagé[s] si la contrefaçon n’avait pas eu lieu » (paragraphe 16 et 25).

[157] Ce raisonnement tombe dans le piège de la conjecture. La décision *Teledyne* repose sur une analyse fondée sur un scénario hypothétique pour déterminer ce qui « aurait été engagé » si la contrefaçon n’avait pas eu lieu » (paragraphe 25). La réalité est que le contrefacteur a engagé ces coûts. Le produit contrefait ne pourrait être produit sans que soient engagés certains frais généraux (p. ex. impôt foncier, électricité, chauffage). Bien que les frais fixes n’aient pas augmenté du fait de la contrefaçon, cela ne signifie pas pour autant qu’ils n’ont pas de lien de causalité avec cette dernière.

[158] Consider a factory that produces eight separate infringing product lines where each product infringes a different patent. If each of the eight patentees brings separate infringement proceedings, could the infringer never deduct its overhead costs? Certainly each product absorbed a portion of those necessary overhead costs: *Dart Industries*, at pages 116–120; *Tremaine v. Hitchcock*, 90 U.S. 518 (1874).

[159] What if only seven of the eight product lines are infringing? Should the one non-infringing product line shoulder all of the overhead? It is clear that those overhead costs were necessary to produce the infringing products. Indeed, if proportionate fixed costs are not deducted, the overhead that was absorbed by the infringing product will be shifted on to an infringer's non-infringing products. This would unfairly burden a perfectly legal product line for no principled reason.

[160] Denying the deduction of fixed costs generates a distorted picture of the infringer's profits. It may be the case that an infringer has minimal variable costs but very high overhead costs such that the product is not, in fact, profitable. The incremental approach advocated for in *Teledyne* could force that infringer to disgorge "profits" from an unprofitable product.

[161] The fear that allowing a deduction of fixed costs would permit an infringer to, in effect, subsidize its non-infringing products is unfounded. An infringer would only be entitled to deduct a proportion of its fixed costs. For example, if an infringing product occupies 1 percent of a factory's production capacity or volume, only 1 percent of the fixed costs will be deducted.

[162] Therefore, there is no need for the *Dart Industries* exception; the "real inequity" identified by the Australian High Court disappears. Any infringer, regardless of whether it is operating at full capacity, should be able to deduct a proportion of its fixed costs.

[163] Regardless of whether *Teledyne* should be overturned, there is no basis to conclude that the full costs

[158] Examinons le cas d'une usine qui produit huit gammes distinctes de produits contrefaisants qui violent chacune un brevet différent. Si chaque breveté introduit une action distincte pour contrefaçon, est-il possible que le contrefacteur ne puisse jamais déduire ses frais généraux? Il ne fait aucun doute que chaque gamme de produits a absorbé une partie de ces frais généraux essentiels (*Dart Industries*, aux pages 116 à 120; *Tremaine v. Hitchcock*, 90 U.S. 518 (1874)).

[159] Qu'advierait-il si seulement sept des huit gammes de produits étaient contrefaites? La gamme licite devrait-elle supporter la totalité des frais généraux? Il ne fait aucun doute que ces frais généraux ont dû aussi être engagés pour produire les produits contrefaits. De fait, s'il n'y a pas déduction de coûts fixes proportionnels, les frais généraux absorbés par les produits contrefaits seront transférés aux produits licites du contrefacteur. Ainsi, une gamme de produits parfaitement licite se trouverait injustement grevée, sans raison valable.

[160] Refuser la déduction des frais fixes brosses un portrait erroné des profits du contrefacteur. Il est possible que les coûts variables du contrefacteur soient peu élevés, mais que ses frais généraux soient très élevés et que, de ce fait, son produit ne soit pas rentable. La méthode fondée sur les coûts différentiels préconisée dans la décision *Teledyne* pourrait obliger un contrefacteur à restituer des « profits » provenant d'un produit non rentable.

[161] La crainte selon laquelle la déduction des frais fixes permettrait, en réalité, à un contrefacteur de subventionner ses produits licites est non fondée. Le contrefacteur ne pourrait déduire qu'une partie de ses frais fixes. Par exemple, si un produit contrefait représente 1 p. 100 de la capacité ou du volume de production de l'usine, seulement 1 p. 100 des frais fixes seront déduits.

[162] Il n'y a donc pas lieu d'invoquer l'exception prévue dans l'arrêt *Dart Industries*; la « réelle iniquité » énoncée par la Haute Cour d'Australie disparaît. Tout contrefacteur, qu'il fonctionne ou non à plein rendement, devrait être autorisé à déduire une partie de ses frais fixes.

[163] Il importe peu de savoir si la décision *Teledyne* devrait ou non être infirmée, car rien ne permet de conclure

approach is legally unsound. Therefore, I would uphold the Federal Court's selection of the full costs approach and dismiss Dow's cross-appeal.

[164] In my view, absent some exceptional or compelling circumstance or persuasive expert evidence to the contrary in a particular case, the full cost method is the appropriate approach to deducting costs in an accounting of profits. The Federal Court adopted that method and did not commit a reversible error in so doing.

(4) *Did the Federal Court err in converting the currency at the date of judgment?*

[165] Section 12 of the *Currency Act*, R.S.C., 1985, c. C-52 requires courts to render judgments in Canadian dollars. The Federal Court converted the award at the date of judgment. Was this correct? When should courts convert currency in the accounting of profits context?

[166] In *Alliedsignal Inc. v. Dupont Canada Inc.* (1999), 86 C.P.R. (3d) 324, 235 N.R. 185 (F.C.A.) [*Alliedsignal*], this Court held that converting at the date of judgment is an available option in the accounting of profits context: paragraphs 15–16. Bound by that decision—and seeing no particular circumstances to distinguish *AlliedSignal*—I would uphold the Federal Court's decision to do the same. Indeed, as will be discussed below, the particular facts of this case make it such that conversion at the date of judgment is the only correct outcome.

[167] NOVA insisted that *Alliedsignal* was inconsistent with binding Supreme Court authorities calling for conversion at the date of breach, not judgment: *The Custodian v. Blucher*, [1927] S.C.R. 420, [1927] 3 D.L.R. 40 [*Blucher*]; *Gatineau Power Co. v. Crown Life Insurance Co.*, [1945] S.C.R. 655, [1945] 4 D.L.R. 1; see also *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada* (1984), 53 N.R. 383, 7 C.C.L.I. 165 (F.C.A.) rev'd on other grounds [1987] 1 S.C.R. 1247, (1987), 39 D.L.R. (4th) 465.

que la méthode du coût de revient complet n'est pas juridiquement fondée. Par conséquent, je confirmerais le choix de la méthode du coût de revient complet par la Cour fédérale et rejetterais l'appel incident de Dow.

[164] Je suis d'avis qu'en l'absence de circonstances exceptionnelles ou impérieuses ou d'une preuve d'expert convaincante du contraire dans une affaire donnée, la méthode du coût de revient complet est celle qui convient pour déduire les coûts dans un contexte de restitution des profits. La Cour fédérale a adopté cette méthode et, ce faisant, elle n'a commis aucune erreur justifiant que l'on infirme sa décision.

4) *La Cour fédérale a-t-elle converti à tort la devise à la date du jugement?*

[165] L'article 12 de la *Loi sur la monnaie*, L.R.C. (1985), ch. C-52, exige que les tribunaux expriment les sommes d'argent en dollars canadiens dans leurs jugements. La Cour fédérale a converti le montant de la restitution à la date du jugement. Est-ce correct? À quel moment les tribunaux devraient-ils effectuer la conversion monétaire dans le contexte de la restitution des profits?

[166] Dans l'arrêt *Alliedsignal Inc. c. Dupont Canada Inc.*, 1999 CanLII 7409 (C.A.F.) [*Alliedsignal*], notre Cour conclut que la conversion monétaire à la date du jugement est une option qui s'offre dans le contexte de la restitution des profits (paragraphes 15 et 16). Lié par cette décision — et ne voyant aucune circonstance particulière justifiant de distinguer l'espèce de l'arrêt *Alliedsignal* — je confirmerais la décision de la Cour fédérale d'en faire ainsi. De fait, comme nous le verrons ci-après, les faits particuliers en l'espèce font que la conversion à la date du jugement est la seule bonne option possible.

[167] Selon NOVA, l'arrêt *Alliedsignal* est incompatible avec la jurisprudence contraignante de la Cour suprême, selon laquelle la conversion monétaire doit se faire au moment de l'infraction, et non du jugement (*The Custodian v. Blucher*, [1927] R.C.S. 420 [*Blucher*]; *Gatineau Power Co. v. Crown Life Insurance Co.*, [1945] R.C.S. 655; voir aussi *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1984] A.C.F. n° 510 (C.A.), infirmé pour d'autres motifs [1987] 1 R.C.S. 1247).

[168] But none of these cases concern an accounting of profits. In the accounting-of-profits context, the rationales underpinning the breach date rule simply do not apply. In the context of compensatory damages, the breach-date rule creates “instant justice” by preserving exactly what the parties would have exchanged had the breach never occurred: S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Toronto: Canada Law Book, 1991) (loose-leaf updated November 2017), at §7.100. Compensatory relief frets over whether the plaintiff will be overcompensated or undercompensated. Allowing one of the parties to derive a benefit from market fluctuations—a circumstance independent from the breach—would undermine compensatory principles: e.g. *Blucher*, above, at pages 426–427.

[169] In contrast, an accounting of profits seeks to extract any and all value the defendant received as a result of the wrongdoing. The remedy is indifferent to the plaintiff’s ultimate compensation. Indeed, in an accounting of profits, there is no measuring stick to assess whether the plaintiff has been overcompensated or undercompensated. Sometimes the plaintiff walks away with a windfall. Sometimes it may walk away with much less.

[170] At the time of the Federal Court’s judgment, the profits earned by NOVA became more valuable because of the increased value of U.S. dollars. Because NOVA held the profits primarily in U.S. dollars throughout the period of the infringement (Federal Court’s reasons, at paragraph 188), conversion at the time of judgment ensures that the entire value of the actual profits earned as a result of the infringement is disgorged.

[171] The reasons to convert at the date of judgment apply equally regardless of whether the value of the foreign currency increases or decreases. For example, imagine a foreign currency that collapses after the infringement period. While the infringer’s foreign currency profits were valued at \$1 000 000 CAD during the infringement, the foreign currency’s collapse made the profits worth only \$100 CAD at the date of judgment. NOVA posited a

[168] Cependant, aucune de ces affaires ne porte sur la restitution des profits. Au regard de la restitution des profits, les justifications qui sous-tendent le choix de la date de l’infraction ne s’appliquent tout simplement pas. Au regard des dommages-intérêts compensatoires, la règle de la date d’infraction crée une « justice immédiate » en préservant exactement ce que les parties auraient échangé si l’infraction n’avait jamais eu lieu (S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Toronto : Canada Law Book, 1991) (feuillet mobiles à jour en novembre 2017), paragraphe 7.100). Dans le cas de mesures de réparation compensatoires, il faut se demander si la somme offerte au plaignant sera excessive ou insuffisante. Permettre à une des parties de tirer profit des fluctuations du marché — une circonstance qui n’a rien à voir avec l’infraction — minerait les principes de l’indemnisation (voir, par exemple, *Blucher* [précité], aux pages 426 et 427).

[169] À l’inverse, la restitution des profits cherche à soustraire toute valeur que le défendeur a retirée de ses actes répréhensibles. Dans ce dernier cas, la mesure de réparation n’accorde pas d’importance au montant de l’indemnité finale du plaignant. De fait, l’analyse qu’appelle la restitution des profits ne demande pas si le plaignant a été trop, ou trop peu, indemnisé. Parfois, le plaignant sort gagnant et touche un bénéfice inattendu. Parfois, il peut ressortir avec beaucoup moins.

[170] Au moment où la Cour fédérale a rendu son jugement, la valeur des profits réalisés par NOVA avait augmenté à la suite de l’appréciation de la devise américaine. Comme NOVA détenaient ces profits principalement en dollars américains durant toute la période de contrefaçon (motifs de la Cour fédérale, au paragraphe 188), une conversion monétaire au moment du jugement permet d’assurer la restitution de la valeur totale des profits réellement dégagés de la contrefaçon.

[171] La conversion à la date du jugement est justifiée, qu’il y ait appréciation ou dépréciation de la devise étrangère. Supposons par exemple que la valeur d’une devise étrangère s’effondre après la période de contrefaçon. Alors que les profits du contrefacteur en devise étrangère étaient évalués à un million de dollars canadiens durant la contrefaçon, l’effondrement de la devise étrangère a réduit leur valeur à 100 \$ CA à la date du jugement. NOVA

similar scenario in its oral argument and suggested that this Court would never convert the foreign currency at the date of judgment (i.e., make the infringer disgorge only \$100 CAD).

[172] But why not? If an accounting of profits is focused on extracting the profits earned as a result of the infringement, why extract more or less than what's actually in the infringer's pockets at the time of judgment. If currency fluctuations have done the heavy lifting and have whittled away at the infringer's fortune, so be it. To apply the breach date rule and extract \$1 000 000 CAD would extract more than what the infringer actually earned.

[173] NOVA's premise rests on the idea that this Court, perhaps for optics, would never let the patentee walk away with a mere \$100 CAD flowing from a significant infringement. While this may strike some as strange, there is nothing unprincipled or unfair about it: an accounting of profits is indifferent to the patentee's award. Just as a patentee may receive a windfall, a patentee may also receive a seemingly underwhelming award: e.g. see *Schmeiser*, above, at paragraph 105. But as long as the infringer's profits are extracted, and, thus, the integrity of the patent bargain is restored, then it does not matter what the patentee actually receives.

[174] This may require, as was done here (see Federal Court's reasons, at paragraphs 166–174), a carefully considered “profits on profits” analysis to ensure that the value of holding the once-valuable foreign currency is accounted for. For instance, the infringer may have utilized the once-valuable, ill-gotten gains to generate more profits before the collapse of the foreign currency. As long as the decision takes this into consideration, conversion at the date of judgment will simply extract the value of the profits.

[175] For these reasons, the Federal Court correctly converted NOVA's profits at the date of judgment.

a présenté un scénario semblable durant sa plaidoirie, laissant entendre qu'en pareilles circonstances notre Cour ne convertirait jamais la devise étrangère à la date du jugement (c.-à-d. de manière à ce que le contrefacteur ne restitue que 100 \$ CA).

[172] Pourquoi pas? Si la restitution des profits vise à recouvrer les profits réalisés grâce à la contrefaçon, pourquoi devrait-on ordonner la restitution d'une somme supérieure ou inférieure à celle que le contrefacteur avait en poche au moment du jugement? Si les fluctuations monétaires ont fait le gros du travail et ont grugé la fortune du contrefacteur, tant pis. Appliquer la règle de la date de l'infraction et recouvrer un million de dollars canadiens aurait pour effet de recouvrer davantage que ce que le contrefacteur a en fait gagné.

[173] L'hypothèse de NOVA repose sur la notion voulant que notre Cour, peut-être pour des raisons d'image, ne laisse jamais le breveté ne recevoir qu'un maigre 100 \$ CA à la suite d'une importante contrefaçon. Bien que cela puisse paraître étrange à certains, cela n'a rien d'illogique ou d'injuste : la restitution des profits n'accorde pas d'importance à la somme attribuée au breveté. Tout comme le breveté peut faire un gain, il peut également toucher une somme en apparence dérisoire (voir, par exemple, *Schmeiser* [précité], au paragraphe 105). Pour autant que les profits du contrefacteur soient recouverts et que, de ce fait, l'intégrité du marché inhérent à l'octroi de brevets soit rétablie, la somme réellement reçue par le breveté importe peu.

[174] Une analyse approfondie des « bénéfices sur les bénéfices », comme celle à laquelle a procédé la Cour fédérale en l'espèce (voir les motifs de la Cour fédérale, aux paragraphes 166 à 174), peut être nécessaire pour que soit prise en compte la valeur auparavant élevée de la devise étrangère. Par exemple, le contrefacteur pourrait avoir utilisé les gains acquis illégalement, et qui avaient auparavant une valeur élevée, pour augmenter ses profits avant l'effondrement de la devise étrangère. Du moment que la décision tient compte de ce fait, la conversion à la date du jugement ne dégagera que la valeur des profits.

[175] Pour ces motifs, j'estime que la Cour fédérale a, à juste titre, effectué la conversion monétaire des profits de NOVA à la date du jugement.

C. A recent development

[176] Just before the finalization of these reasons, the Supreme Court released its decision in *Atlantic Lottery*, above. In *Atlantic Lottery*, it offered a number of observations about unjust enrichment, restitutionary recovery and disgorgement.

[177] This Court is of the view that *Atlantic Lottery* did not affect the foregoing analysis. Nevertheless, out of caution and in order to be sure that the parties were treated in a procedurally fair way, this Court invited the parties to make written submissions as to the relevance and effect of *Atlantic Lottery*.

[178] The Court has received those submissions.

[179] In its submissions, NOVA reiterates its argument that it was an error of law for the Federal Court to require NOVA to pay to Dow its ethylene profits and that it should have only required NOVA to pay to Dow its infringing polyethylene profits. In support of this, it cites *Atlantic Lottery* for the proposition that Dow's recovery is limited in law to the defendant's wrongful gain.

[180] Of course, as mentioned above, this was the law before *Atlantic Lottery*. Of note is that the Supreme Court emphasized (at paragraph 23), as previous cases have, that the award is to be "calculated exclusively by reference to the defendant's wrongful gain, irrespective of whether it corresponds to damage suffered by the plaintiff". In saying this, the Supreme Court means the actual wrongful gain the wrongdoer acquired, not a gain that takes into account what it might have happened in a "but-for", hypothetical world in which the wrongdoing did not take place.

[181] In its submissions, Dow argues that *Atlantic Lottery* does not affect any of the issues in the appeal or cross-appeal. It adds that NOVA, with its "ethylene profits" argument is attempting to deduct costs that the

C. Jugement récent

[176] Juste avant la publication des présents motifs, la Cour suprême s'est prononcée dans l'affaire *Société des loteries de l'Atlantique*, précitée. Elle y formule un certain nombre d'observations sur l'enrichissement sans cause, le recouvrement aux fins de restitution et la restitution de gains illicites.

[177] Notre Cour est d'avis que le jugement rendu dans l'arrêt *Société des loteries de l'Atlantique* n'a pas d'incidence sur l'analyse qui précède. Cependant, par souci de prudence et d'équité procédurale envers les parties, notre Cour a invité les parties à lui soumettre des observations écrites sur la pertinence et les effets de l'arrêt *Société des loteries de l'Atlantique*.

[178] La Cour les a reçues.

[179] Dans ses observations, NOVA reprend son argument selon lequel la Cour fédérale a commis une erreur de droit en enjoignant à NOVA de verser à Dow les profits qu'elle a tirés de l'éthène, alors qu'elle aurait dû enjoindre à NOVA de restituer uniquement les profits générés par le polyéthylène contrefait. NOVA cite l'arrêt *Société des loteries de l'Atlantique* pour appuyer la proposition voulant que le droit limite la somme recouvrée par Dow au montant du gain illicite du défendeur.

[180] Bien sûr, comme il est mentionné plus haut, c'était la règle avant l'arrêt *Société des loteries de l'Atlantique*. Il convient de signaler que la Cour suprême (au paragraphe 23) souligne, comme elle le fait dans des affaires antérieures, que la somme octroyée doit être « calculée exclusivement en fonction du gain illicite du défendeur, qu'elle corresponde ou non au préjudice subi par le demandeur ». En s'exprimant ainsi, la Cour suprême entend le gain illicite réel de l'auteur du tort, et non un gain tenant compte de ce qui aurait pu se produire dans un monde hypothétique où l'acte répréhensible n'aurait pas été commis.

[181] Dans ses observations, Dow affirme que l'arrêt *Société des loteries de l'Atlantique* n'a pas d'incidence sur les questions en litige dans l'appel ou l'appel incident. Elle ajoute que NOVA, en invoquant son argument relatif

Federal Court (at paragraph 139) found NOVA did not incur. It adds that “[t]here is no jurisprudence (and NOVA points to none, including Atlantic Lottery) that would support allowing an infringer to keep part of the profits derived from infringing sales by simply re-labelling them as ‘profits’ attributable to raw materials used in making the infringing product”. Finally, it submits as follows:

Overall, the ethylene cost actually incurred by [NOVA] to produce the infringing SURPASS was its actual cost to manufacture ethylene. [NOVA’s] “wrongful gain” as referenced by the Supreme Court in *Atlantic Lottery* [at para. 23], must take into account its actual cost, and not a theoretical, elevated cost [NOVA] did not incur. To permit a deduction based on a theoretical “market value” or “market price” of a raw material would artificially increase the deduction associated with that raw material beyond the expense actually incurred. This would permit [NOVA] to keep, rather than disgorge, a portion of its “wrongful gain” resulting from its infringement. Such a result is contrary to the purpose of an accounting of profits, including the deterrence goal that a disgorgement is to serve as reference in *Atlantic Lottery*, as it would not render the wrong “unprofitable” [at para. 117]. [Footnotes omitted.]

I agree entirely with Dow’s submissions.

D. Conclusion

[182] The Federal Court committed no reviewable error when it dismissed NOVA’s apportionment arguments, awarded springboard profits, applied the “full cost” method for deducting costs, and converted the foreign currency at the date of judgment.

[183] This was a difficult, high-stakes case and I commend the Federal Court on the high quality of its analysis and reasons. I also commend counsel on their helpful submissions in this Court.

aux « profits tirés de l’éthène », tente de déduire des coûts que, selon la Cour fédérale (au paragraphe 139), NOVA n’a pas engagés. Dow mentionne également [TRADUCTION] « qu’il n’existe aucune jurisprudence (et NOVA n’en cite aucune, pas même l’arrêt Société des loteries de l’Atlantique) qui autoriserait un contrefacteur à conserver une partie des profits tirés de la vente de produits contrefaits, simplement parce que le contrefacteur a renommé ces profits “bénéfices attribuables à des matières premières utilisées dans la fabrication du produit contrefait” ». En terminant, elle fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION] Dans l’ensemble, les coûts de l’éthène réellement engagés par [NOVA] pour fabriquer le produit contrefait SURPASS correspondaient à ses coûts réels de production de l’éthène. Le « gain illicite » de [NOVA], pour reprendre l’expression de la Cour suprême dans l’arrêt *Société des loteries de l’Atlantique* [par. 23], doit tenir compte du coût réel, et non d’un coût théorique élevé que [NOVA] n’a pas engagé. Autoriser une déduction fondée sur une « valeur marchande » ou sur un « prix du marché » théorique d’une matière première augmenterait artificiellement la déduction pour cette matière première au-delà du montant des dépenses réellement engagées. Une telle approche permettrait [à NOVA] de conserver, plutôt que de restituer, une partie de ses « gains illicites » résultant de sa contrefaçon. Or, un tel résultat va à l’encontre de l’objectif de la restitution des profits, y compris de l’objectif de dissuasion visé par la restitution des gains illicites selon l’arrêt *Société des loteries de l’Atlantique*, car cela ne rendrait pas la faute « non profitable » [par. 117]. [Renvois omis.]

Je souscris entièrement aux observations de Dow.

D. Conclusion

[182] La Cour fédérale n’a commis aucune erreur susceptible de révision en rejetant les arguments de NOVA relatifs à la répartition des profits, en ordonnant la restitution des profits résultant de l’effet dit de rebond, en appliquant la méthode du « coût de revient complet » pour la déduction des coûts et en convertissant la devise étrangère à la date du jugement.

[183] Il s’agissait d’une affaire difficile et dont les enjeux étaient importants, et je félicite la Cour fédérale pour la grande qualité de son analyse et de ses motifs. Je félicite également les avocats pour les observations utiles qu’ils ont présentées à notre Cour.

E. Proposed disposition

[184] Therefore, in both court files, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, each with costs.

NEAR J.A.: I agree.

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

[185] WOODS J.A. (dissenting): My colleague has helpfully contributed to an understanding of the principles of an accounting of profits in an infringement context. I agree with his conclusions on all issues except the issue of apportionment. For the reasons below, I have concluded that an apportionment of profits is appropriate in this case. I also conclude that the Federal Court made a reviewable error by not considering the issue of “causation”, which is at the heart of the legal test of apportionment.

[186] NOVA submits that the Federal Court erred in ordering that NOVA disgorge its entire profit (revenues less costs) from sales of SURPASS. This amount will be referred to below as “SURPASS Profits”.

[187] In my view not all SURPASS Profits should be disgorged because they are not entirely attributable to the infringing activity. To put the issue in context, the total amount ordered to be paid to Dow was approximately \$644 million, and according to NOVA the failure to apply an apportionment of profits resulted in inflating the award by more \$300 million.

[188] SURPASS is a type of polyethylene product in which the key ingredient is ethylene. Both ethylene and polyethylene are commodity chemicals. NOVA was found to infringe a Dow patent over certain polyethylene

E. Règlement proposé

[184] Par conséquent, dans les deux dossiers présentés à la Cour, je rejetterais l’appel et l’appel incident, chacun avec dépens.

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

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

[185] LA JUGE WOODS, J.C.A. (dissidente) : Mon collègue présente une description utile à la compréhension des principes de la restitution des profits dans le contexte de la contrefaçon. Je souscris à ses conclusions sur toutes les questions, à l’exception de celle portant sur la répartition des profits. Pour les motifs énoncés ci-après, je conclus qu’il y a lieu de procéder à une répartition des profits en l’espèce. Je suis également d’avis que la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de révision en ne tenant pas compte de la question de la causalité, qui est au cœur du critère juridique applicable à la répartition des profits.

[186] NOVA prétend que la Cour fédérale a commis une erreur en lui enjoignant de restituer la totalité de ses profits (recettes moins les coûts) tirés des ventes de SURPASS. Ces fonds sont désignés ci-après « profits liés à SURPASS ».

[187] Je suis d’avis que NOVA ne devrait pas avoir à restituer la totalité des profits liés à SURPASS, car ceux-ci ne sont pas tous attribuables à l’activité de contrefaçon. Pour mettre les choses en contexte, rappelons qu’il a été ordonné à NOVA de verser à Dow une somme totale d’environ 644 millions de dollars. Or, selon NOVA, le refus d’appliquer la répartition des profits a eu pour effet de gonfler la somme exigée de plus de 300 millions de dollars.

[188] SURPASS est un produit de polyéthylène dont le principal composant est l’éthène. L’éthène et le polyéthylène sont deux produits chimiques de base. NOVA a été déclarée coupable de contrefaçon d’un brevet

compositions by manufacturing SURPASS and selling it in competition to Dow's product, ELITE.

[189] Ethylene is a key ingredient in the manufacture of a number of different products, including polyethylene, styrene monomer, styrenic polymers, polyvinyl chloride, ethylene oxide, ethylene glycol, ethylene dichloride and vinyl acetate.

[190] Polyethylene is a form of plastic. Its commercial uses include grocery bags, food wrappers, pipes, pails and crates.

[191] To make polyethylene products, thousands of small ethylene molecules are bound together into a long chain. Accordingly, ethylene must be obtained in order to manufacture polyethylene products. The infringed patent covers the process of manufacturing a type of polyethylene product used to make SURPASS. It does not cover any process for manufacturing ethylene.

[192] NOVA manufactures and sells both ethylene and polyethylene products.

[193] NOVA produces ethylene in Joffre, Alberta. It uses approximately half its ethylene production to produce NOVA's polyethylene products made in Alberta. NOVA also sells ethylene to third parties. NOVA's process for producing ethylene does not infringe Dow's patent.

[194] NOVA also manufactures polyethylene products in Joffre. Some polyethylene products were made and sold by NOVA under the name SURPASS. Some of the SURPASS products were found to infringe Dow's patent.

[195] SURPASS is produced by NOVA using two separate processes— a process for producing ethylene and a process for manufacturing the polyethylene product, SURPASS. If NOVA had produced SURPASS from ethylene purchased at market prices rather than using ethylene it produced, the apportionment issue in this case would not arise.

de Dow visant certaines compositions de polyéthylène, en fabriquant SURPASS et en le vendant comme un produit faisant concurrence au produit de Dow, ELITE.

[189] L'éthène est un ingrédient clé qui entre dans la fabrication de produits différents, dont le polyéthylène, les monomères styrènes, les polymères styréniques, le polychlorure de vinyle, l'oxyde d'éthylène, l'éthylèneglycol, le dichlorure d'éthylène et l'acétate de vinyle.

[190] Le polyéthylène est une forme de plastique. Parmi ses utilisations commerciales, on note les sacs d'épicerie, les emballages alimentaires, les tuyaux, les seaux et les cageots.

[191] Des milliers de petites molécules d'éthène reliées en une longue chaîne sont utilisées pour la fabrication de produits de polyéthylène. Il faut donc de l'éthène pour fabriquer des produits à base de polyéthylène. Le brevet contrefait porte sur le procédé de fabrication d'un type de produit de polyéthylène utilisé pour fabriquer SURPASS. Il ne porte sur aucun procédé de fabrication de l'éthène.

[192] NOVA fabrique et vend de l'éthène et des produits à base de polyéthylène.

[193] NOVA produit de l'éthène à Joffre, en Alberta. Elle utilise environ la moitié de l'éthène pour fabriquer ses produits à base de polyéthylène en Alberta. NOVA vend également de l'éthène à des tiers. Son procédé de production d'éthène ne viole pas le brevet de Dow.

[194] NOVA fabrique également des produits de polyéthylène à Joffre. Certains de ces produits de polyéthylène ont été fabriqués et vendus par NOVA sous le nom de SURPASS. Il a été établi que certains produits SURPASS violaient le brevet de Dow.

[195] SURPASS est produit par NOVA à partir de deux procédés distincts : l'un de ces procédés sert à la production d'éthène et l'autre, à la fabrication du produit de polyéthylène, SURPASS. Si NOVA avait fabriqué SURPASS à partir d'éthène acheté au prix du marché, plutôt que d'éthène qu'elle-même produisait, la question de la répartition des profits ne se poserait pas en l'espèce.

A. Is an apportionment of profits appropriate in this case?

[196] The general legal principle is that the wronged party “is only entitled to that portion of the infringer’s profit which is causally attributable to the invention”, which is to be determined “on a common sense view of causation” (*Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser*, 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902, at paragraph 101). Before the Federal Court, NOVA submitted that SURPASS Profits are comprised of two elements—profits causally attributable to the infringing process (the manufacture of polyethylene using ethylene) and profits causally attributable to the non-infringing process (the production of ethylene). It was submitted that only the former should be disgorged.

[197] Apportionment issues may arise in a variety of circumstances. For example, a product that is sold may be comprised of both infringing and non-infringing materials (*Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.*, [2001] 2 F.C. 618, (2001), 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.)). In the present case, the product that was sold did not consist of infringing and non-infringing materials. Instead, the product that was sold was produced using two processes.

[198] The general principle to be applied in all circumstances is to consider whether there are non-infringing elements which contribute to the overall value or marketability of the entire product (*Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (Ont. Sup. Ct.), at paragraph 23). In the circumstance where the product sold is made from a patented process, the principle is that the entire profits should be disgorged unless the infringer can show “that a portion of them is the result of some other thing used by him” (*Bayer*, at paragraph 22, citing the U.S. Supreme Court in *Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Wagner*, 225 U.S. 604 (1912), at pages 614–615).

[199] In this case, SURPASS Profits are attributable to two separate processes—ethylene production and polyethylene manufacturing. A circumstance such as this was discussed by the English Patents Court in *Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.*, [1999] R.P.C.

A. La répartition des profits est-elle indiquée en l’espèce?

[196] Selon le principe général de droit, la partie lésée « a seulement droit à la remise de la portion des profits réalisés par le contrefacteur, qui a un lien de causalité avec l’invention », laquelle doit être déterminée « selon une conception normale du lien de causalité » (*Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902, au paragraphe 101). Devant la Cour fédérale, NOVA a affirmé que les profits liés à SURPASS étaient composés de deux éléments, à savoir les profits directement attribuables au procédé de contrefaçon (la fabrication de polyéthylène à partir d’éthène) et les profits ayant un lien de causalité avec le procédé licite (la production d’éthène). Selon elle, seuls les premiers devraient être restitués.

[197] La question de la répartition des profits peut se poser dans une variété de circonstances. Par exemple, un produit vendu peut être composé d’éléments contrefaits et licites (*Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* [2001] 2 C.F. 618, 2001 CanLII 22028 (C.A.)). En l’espèce, le produit vendu n’était pas composé d’éléments contrefaits et licites; il était plutôt fabriqué selon deux procédés distincts.

[198] Le principe général qui doit s’appliquer dans tous les cas est de déterminer s’il existe des éléments licites qui contribuent à la valeur globale ou à la qualité marchande du produit entier (*Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (C.S. Ont.), au paragraphe 23). Lorsque le produit vendu est fabriqué au moyen d’un procédé breveté, le principe veut que la totalité des profits soit restituée, sauf si le contrefacteur démontre [TRADUCTION] « qu’une portion de ces profits provient d’un autre élément utilisé par lui » (*Bayer*, au paragraphe 22, citant la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Wagner*, 225 U.S. 604 (1912), aux pages 614 et 615).

[199] En l’espèce, les profits liés à SURPASS sont attribuables à deux procédés distincts — la production d’éthène et la fabrication de polyéthylène. Une situation semblable a été examinée par la Cour des brevets de l’Angleterre dans l’affaire *Celanese International Corp.*

203, [1998] All E.R. 594 (Pat. Ct.) [cited above]. At paragraph 43 of *Celanese*, Mr. Justice Laddie discusses that an apportionment is appropriate if one of the processes is non-infringing:

... Profits attributable to the non-infringing parts were not caused by or attributable to the use of the invention even if the use of the invention was the occasion for the generation of those profits. For example imagine a case in which there is a 3-stage process for making the product. The profits achieved by making and selling the product are attributable to each of the three stages. Assume also that each stage is protected by a separate patent. There is only one profits “pot” which has to be divided amongst the three stages. Where each stage is as expensive to run and as important to the characteristics of the final product as the other stages it may be that one third of the profits should be attributed to each of them. If this is so, then that attribution applies whether the three patents are owned by the same or different proprietors. It must also apply even when one or more of the patents expires or even if one or other patent has not been applied for. The existence or expiry of patent protection does not alter which stages make what profit. In such a case it is necessary to apportion the total profits actually made among the stages or parts which generated it.

[200] In my view NOVA has amply demonstrated that an apportionment of SURPASS Profits is appropriate in this case. Plainly, the production of ethylene was a non-infringing element which contributed to the value of SURPASS. The quantum of this contribution should not be disgorged.

[201] My colleague takes a different view and concludes that the manufacture of ethylene is “part and parcel of the manufacture and sale of the infringing product.” This statement is accurate as far as it goes. But it does not properly take into account the value that the non-infringing activity contributed to SURPASS Profits. On a common sense view, this should not be disgorged.

B. Did the Federal Court fail to consider the legal test of apportionment?

[202] NOVA submits that the Federal Court failed to consider the proper legal test of an apportionment of

v. BP Chemicals Ltd., [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.) [précité]. Au paragraphe 43 de ce jugement, le juge Laddie affirme qu’une répartition des profits est justifiée si l’un des procédés est licite :

[TRADUCTION] [...] Les profits attribuables aux éléments licites ne sont ni causés par l’exploitation de l’invention ni attribuables à cette exploitation, même si cette dernière a occasionné ces profits. Prenons le cas, par exemple, d’un produit dont la fabrication requiert un processus en trois étapes. Les profits générés par la fabrication et la vente du produit sont attribuables à chacune de ces trois étapes. Supposons également que chacune de ces étapes est protégée par un brevet distinct. Les profits sont déposés dans un seul « compte », et les fonds doivent être répartis entre les trois étapes. Si chacune de ces étapes est aussi coûteuse et aussi importante dans la composition du produit final que les deux autres, alors chacune devrait se voir attribuer le tiers des profits. Dans ce cas, cette répartition doit s’appliquer, que les trois brevets appartiennent au même titulaire ou à des titulaires différents. Elle doit aussi s’appliquer, même si un ou plusieurs brevets arrivent à échéance et même si une demande n’a pas été présentée pour l’un ou l’autre brevet. L’étape à laquelle sont réalisés les profits ne dépend pas de l’existence ou de l’expiration de la protection conférée par le brevet. En pareil cas, il est nécessaire de répartir les profits totaux réellement réalisés entre les différentes étapes ou composantes qui ont généré ces profits.

[200] Je suis d’avis que NOVA a fait amplement la preuve qu’une répartition des profits liés à SURPASS est indiquée en l’espèce. Manifestement, la production d’éthène était un élément licite qui a contribué à la valeur de SURPASS. Le montant de cette contribution ne devrait pas être restitué.

[201] Mon collègue est d’un autre avis et conclut que la fabrication d’éthène « concourai[t] à la fabrication et à la vente du produit contrefait ». Cet énoncé est exact en soi. Cependant, il ne tient pas dûment compte de la valeur de l’activité licite qui a contribué aux profits liés à SURPASS. En toute logique, ces profits ne devraient pas être restitués.

B. La Cour fédérale a-t-elle fait fi du critère juridique applicable à la répartition des profits?

[202] NOVA prétend que la Cour fédérale a fait fi du critère juridique applicable décrit dans l’arrêt *Schmeiser*

profits as described in *Schmeiser*—Is there a portion of SURPASS Profits which is not causally attributable to the Dow patent? NOVA submits that the failure to consider this question is an error of law. I agree.

[203] The relevant part of the Federal Court’s reasons are set out in paragraphs 134 to 140 under the general heading *Deductible Costs*. Paragraph 134 sets out the Court’s description of NOVA’s argument and paragraph 139 encapsulates the Court’s reasons for rejecting the argument:

Nova says that the true economic value of ethylene is its value in a market transaction, regardless of whether the ethylene is produced by Nova or a third party, used to make infringing or non-infringing products, sold to third parties or used by the entity that produced it. Nova therefore argues that the appropriate measure for determining the deductible cost of ethylene is the average third party selling price (i.e., the market price). ...

...

An accounting of profits should be based on actual revenues and costs (*Rivett*, at paragraph 92). Here, Nova enjoyed an economic advantage with respect to the cost of ethylene, the benefit of which must now be passed on to Dow. Nova did not pay a market price for the ethylene it used to manufacture the infringing products. While Nova kept separate business records indicating a “transfer price” for ethylene for the Western Olefins business segment, which produced ethylene at the Joffre site, Nova concedes that the ethylene was produced by the same corporation that produced the infringing products: Nova Chemicals Corporation. Nova does not suggest that the “transfer price”, i.e., the price recorded on several of Nova’s internal statements, is the appropriate measure of the cost of ethylene. Put simply, Nova’s position that the market price should be applied is based upon a theoretical cost that it did not incur.

[204] Considering the Federal Court’s reasons as a whole, and in particular the Court’s summary of NOVA’s argument and its reasons for rejecting it, I conclude that the Court failed to consider NOVA’s argument that a portion of the SURPASS Profits are not causally attributable to

pour la répartition des profits : y a-t-il une portion des profits liés à SURPASS qui n’a pas de lien de causalité avec le brevet de Dow? NOVA prétend que l’omission de cette question constitue une erreur de droit. Je suis du même avis.

[203] Les motifs pertinents de la Cour fédérale sont énoncés aux paragraphes 134 à 140, sous la rubrique générale *Frais déductibles*. Le paragraphe 134 présente une description de l’argument de NOVA, et le paragraphe 139 résume les motifs invoqués par la Cour pour rejeter cet argument :

Nova affirme que la véritable valeur économique de l’éthène correspond à sa valeur dans une opération de marché, que l’éthène soit produit par Nova ou par un tiers, utilisé pour fabriquer des produits contrefaits ou non, et que ces produits soient vendus à des tiers ou utilisés par l’entité productrice. Nova prétend donc que la bonne mesure pour établir le coût déductible de l’éthène est celle du prix moyen de vente par un tiers (c.-à-d., le prix du marché) [...]

[...]

Le recouvrement des bénéfices devrait se fonder sur les recettes et les coûts réels (*Rivett*, au paragraphe 92). Dans le cas présent, Nova a joui d’un avantage économique en matière du coût de l’éthène, dont les bénéfices doivent maintenant revenir à Dow. Nova n’a pas payé le juste prix du marché pour l’éthène qu’elle a utilisé pour fabriquer ses produits contrefaits. Alors que Nova tenait des registres commerciaux distincts indiquant le « prix de cession » de l’éthène pour le segment de l’Ouest des oléfines, lequel produisait l’éthène à l’usine de Joffre, Nova concède que l’éthène était produit par la même corporation qui produisait les produits contrefaits, nommément Nova Chemicals Corporation. Nova ne prétend pas que le « prix de cession », c.-à-d., le prix enregistré dans plusieurs bilans internes de Nova, constitue la mesure juste du coût de l’éthène. En termes clairs, le postulat de Nova voulant qu’il faudrait appliquer le juste prix du marché se fonde sur un coût théorique qu’elle n’a pas encouru.

[204] Lorsque j’examine les motifs de la Cour fédérale dans leur ensemble, et plus précisément le résumé fait par la Cour de la plaidoirie de NOVA et ses motifs pour la rejeter, je conclus que la Cour a fait fi de l’argument de NOVA selon lequel une partie des profits liés à SURPASS

Dow's patent. Put simply, the general apportionment principle described in *Schmeiser* was not considered.

[205] What the Federal Court did consider was the part of NOVA's argument concerning the appropriate quantum of an adjustment for an apportionment of profits. In a somewhat confusing manner, NOVA suggested to the Federal Court that the apportionment should be effected by taking a deduction for the market value of ethylene instead of a deduction for NOVA's actual costs of producing ethylene. The following excerpt from the Federal Court proceeding is an exchange between the reference judge and counsel for NOVA during closing argument (transcript of Federal Court hearing, appeal book, at pages 034698–034699):

Justice: You're saying the apportionment argument is in fact the same as the argument that ethylene should be given a fair market value as opposed to an actual cost value?

Counsel: Well, it should be given a fair market value, correct. That's the point we're talking about, apportionment on that basis. We also cite ... a quote from the ADIR and Apotex case, and the proposition is that:

“The notion of apportionment is, in my view, little more than a restatement of the principle that only those profits that are causally attributable to the invention should be disgorged.”

And that's really what our point is here. It's based on the market price. ...

[206] NOVA argued that there should be an apportionment of SURPASS Profits that removes NOVA's profit attributable to the production of ethylene. Before considering the appropriate quantum, the Federal Court was required to consider whether this is an appropriate case for apportionment, that is, whether a portion of SURPASS Profits are attributable to something other than an infringing activity.

n'ont pas de lien de causalité avec le brevet de Dow. En bref, elle n'a pas tenu compte du principal général de la répartition des profits décrit dans l'arrêt *Schmeiser*.

[205] Ce dont la Cour fédérale tient compte est le volet de la plaidoirie de NOVA portant sur le montant approprié d'un rajustement aux fins de la répartition des profits. D'une manière un peu confuse, NOVA a affirmé que la répartition des profits devait être calculée au moyen de la déduction de la valeur marchande de l'éthène plutôt qu'au moyen de la déduction des coûts réels engagés par NOVA pour la production d'éthène. L'extrait suivant de la transcription des débats devant la Cour fédérale relate un échange entre le juge du renvoi et l'avocat de NOVA durant le plaidoyer final (transcription de l'audience de la Cour fédérale, cahier d'appel, pages 034698 et 034699) :

[TRADUCTION]

Juge : Vous dites que l'argument relatif à la répartition des profits est en fait le même que celui selon lequel l'éthène devrait être évalué à la lumière de la juste valeur marchande plutôt que du coût réel?

Avocat : En effet, il faudrait y attribuer une juste valeur marchande, c'est exact. C'est justement ce que nous tentons de faire valoir, ce sur quoi devrait être fondée la répartition des profits. Nous aimerions également citer [...] l'extrait suivant du jugement rendu dans l'affaire ADIR contre Apotex :

« Selon moi, le concept de la répartition n'est guère plus qu'une reformulation du principe selon lequel seuls doivent être restitués les bénéfices qui sont directement attribuables à l'invention. »

C'est justement ce que nous cherchons à démontrer ici. La répartition est basée sur le prix du marché [...]

[206] Selon NOVA, la répartition des profits liés à SURPASS devrait soustraire de la somme à restituer les profits qu'elle a réalisés grâce à la production d'éthène. Avant d'examiner la somme appropriée à restituer, la Cour fédérale devait déterminer s'il y avait lieu, en l'espèce, d'autoriser une répartition des profits, c'est-à-dire si une partie des profits liés à SURPASS était attribuable à autre chose qu'à l'activité de contrefaçon.

[207] The Federal Court did not put its mind to this issue, and in doing so it failed to consider the proper legal test for an apportionment of profits. This is an error of law (*Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23, at paragraph 101).

C. Conclusion

[208] For the reasons above, I am of the view that an apportionment of profits should be made. I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court to the extent that it does not permit an apportionment of SURPASS Profits, and, making the order that the Federal Court should have made, I would order that an apportionment of profits be made. I would further remit the matter to the Federal Court to determine the quantum of the necessary adjustment, and to determine any consequential effects.

[207] Cependant, la Cour fédérale ne s'est pas penchée sur cette question et, de ce fait, elle a fait fi du critère juridique qui s'applique à la répartition des profits. Il s'agit d'une erreur de droit (*Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, au paragraphe 101).

C. Conclusion

[208] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis qu'il devrait y avoir répartition des profits. J'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale dans la mesure où il n'autorise pas la répartition des profits liés à SURPASS et, rendant l'ordonnance que la Cour fédérale aurait dû rendre, j'ordonnerais une répartition des profits. Je renverrais également l'affaire à la Cour fédérale afin qu'elle détermine le montant de l'ajustement nécessaire et toute autre répercussion en résultant.

2020 FCA 103
A-382-17

2020 CAF 103
A-382-17

3510395 Canada Inc. (*Appellant*)

3510395 Canada Inc. (*appelante*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

A-383-17

A-383-17

3510395 Canada Inc. (*Appellant*)

3510395 Canada Inc. (*appelante*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*intimé*)

INDEXED AS: 3510395 CANADA INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : 3510395 CANADA INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Nadon, Webb and Woods J.J.A.—
Toronto, April 29, 2019; Ottawa, June 5, 2020.

Cour d’appel fédérale, les juges Nadon, Webb et Woods,
J.C.A.—Toronto, 29 avril 2019; Ottawa, 5 juin 2020.

Telecommunications — Appeal from Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) decision finding that appellant violating Canada’s anti-spam legislation¹ (CASL or the Act), imposing administrative monetary penalty (AMP) — Act regulating, inter alia, sending of commercial electronic messages (CEMs) — E-mail marketing primary means of business development for appellant — Appellant sending promotional CEMs to various recipients — Later issued notice of violation (NOV) pursuant to Act, s. 22 for violating Act, ss. 6(1)(a) (not obtaining recipients’ consent prior to sending CEMs), 6(2)(c) (some CEMs not containing functioning “unsubscribe” link) — CRTC finding Act intra vires Parliament — Determining that impugned provisions’ violation of Canadian Charter of Rights and Freedoms (Charter), s. 2(b) justified under Charter, s. 1 — Further holding that impugned provisions not creating offence for purposes of Charter, s. 11 — Finding that Act not violating Charter, ss. 7, 8 — CRTC holding, inter alia, that appellant failing to establish that “business-to-business” exemption applying to any CEMs under consideration — Of view

Télécommunications — Appel interjeté à l’égard d’une décision dans laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a conclu que l’appelante violait la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels¹ (la Loi ou la LCAP) et lui a infligé une sanction administrative pécuniaire (SAP) — La Loi prévoit la réglementation notamment de l’envoi de messages électroniques commerciaux (MEC) — Le marketing par courriel était le principal mode de prospection commerciale de l’appelante — L’appelante a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires — Elle s’est vu signifier par la suite un procès-verbal de violation (PVV) en vertu de l’art. 22 de la Loi au motif qu’elle n’avait pas obtenu le consentement des destinataires avant de leur transmettre les MEC (art. 6(1)a de la Loi), et que certains des MEC ne comportaient pas de mécanisme d’exclusion sous la forme d’un lien fonctionnel (art. 6(2)c de la Loi) — Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement — Il a conclu que la violation de l’art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés (Charte) par les dispositions contestées

¹ An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act, S.C. 2010, c.23 (CASL).

¹ Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications, L.C. 2010, ch. 23 (LCAP).

that appellant not providing sufficient evidence of relationships with organizations CEMs sent to — Issues: whether Act ultra vires Parliament; whether Act's violation of Charter, s. 2(b) justified under Charter, s. 1; whether Act violating Charter, ss. 7, 8, 11; whether CRTC erring in its interpretation, application of business-to-business exemption, of Act's implied consent requirements regarding conspicuous publication — Five indicia of valid general trade, commerce legislation set out in General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing considered to determine vires of CASL — CASL's CEM scheme constituting valid exercise of Parliament's power over general trade, commerce affecting Canada as a whole pursuant to second branch of Constitution Act, 1867, s. 91(2) — With respect to Charter, s. 2(b), while impugned provisions infringing freedom of expression, infringement justified under Charter, s. 1 — Act's benefits outweighing its detrimental effects on freedom of expression — Appellant having no standing to bring claim under Charter, s. 7 as appellant corporation not defending against criminal charge — Charter, s. 8 finding application but no unreasonable seizure arising herein — Act's administrative monetary penalty (AMP) not violating Charter, s. 11(d) — AMP proceedings having regulatory purpose, not criminal in nature — CRTC not erring in its interpretation, application of business-to-business exemption — "Contractual relationship" not determinative of whether Act's business-to-business exemption applicable — Contractual relationships comprehending limited number of transactions affecting few employees not constituting relationships for purposes of business-to-business exemption — Evidentiary requirements for establishing relationship for purposes of business-to-business exemption more demanding than for existing business relationship — Appellant failed to demonstrate relationships with the recipient organizations — Finally, CRTC not erring in interpreting, applying Act's implied consent requirements regarding conspicuous publication, unsubscribe mechanisms — Appeals dismissed.

était justifiée au regard de l'article premier de la Charte — Le CRTC s'est dit d'avis également que les dispositions contestées ne créaient pas d'infraction au sens de l'art. 11 de la Charte — Il a conclu que la Loi n'enfreint pas les art. 7 et 8 — Le CRTC a conclu notamment que l'appelante n'avait pas démontré que l'exception pour les communications interentreprises s'appliquait aux MEC visés — De l'avis du CRTC, l'appelante n'avait pas produit assez d'éléments démontrant l'existence de rapports avec les organisations auxquelles elle avait envoyé les MEC — Il s'agissait de savoir : si la Loi relève de la compétence du Parlement; si la violation de l'art. 2b) de la Charte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte; si la Loi enfreint les articles 7, 8 et 11 de la Charte; si le CRTC a mal interprété et appliqué l'exception pour les communications interentreprises et les exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue — Pour décider si la LCAP était constitutionnelle, il a fallu recourir aux cinq indices énoncés dans l'arrêt General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, servant à déterminer si une loi relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce — Les dispositions de la LCAP sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet de l'art. 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 — En ce qui concerne l'art. 2b) de la Charte, les dispositions contestées restreignent la liberté d'expression, mais cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte — Les avantages de la Loi l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression — Étant donné qu'elle est une société et qu'elle ne se défendait pas contre des accusations de nature criminelle, l'appelante n'avait pas qualité pour invoquer la protection de l'art. 7 de la Charte — L'art. 8 de la Charte s'appliquait en l'espèce, mais il n'y a pas eu saisie abusive — Le régime de sanctions administratives pécuniaires (SAP) de la Loi n'enfreint pas l'art. 11d) de la Charte — L'objet des procédures menant aux SAP prévues par la Loi est de nature administrative et n'est pas de nature criminelle — Le CRTC n'a pas commis d'erreur dans son interprétation et son application de l'exception pour les communications interentreprises — L'existence d'une « relation contractuelle » ne tranchait pas la question de savoir si l'exception pour les communications interentreprises prévue par la Loi s'appliquait — Les relations contractuelles comptant un petit nombre de transactions touchant un petit nombre d'employés ne constituent pas un rapport pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises — La preuve à faire pour démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises est plus rigoureuse que la preuve à faire pour démontrer l'existence de relations d'affaires en cours — L'appelante n'a pas démontré qu'elle entretenait des rapports avec les organisations destinataires — Enfin, le CRTC n'a pas commis d'erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue et aux mécanismes d'exclusion — Appels rejetés.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation² (CASL or the Act) — Act regulating, inter alia, sending of commercial electronic messages (CEMs) — Appellant sending promotional CEMs to various recipients in violation of Act, ss. 6(1)(a), 6(2)(c) — CRTC finding Act intra vires Parliament — Considering five indicia of valid general trade, commerce legislation set out in General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing (General Motors) — Concluding Act's pith, substance falling within Parliament's power over general trade, commerce pursuant to Constitution Act, 1867, s. 91(2) — Whether Act ultra vires Parliament — Act's CEM scheme valid exercise of Parliament's power over general trade, commerce — Impugned provisions constituting distinct regulatory scheme relating to unsolicited CEMs — Parliament's intending to create scheme to regulate CEMs in order to prevent, inter alia, impairment of e-economy, costs to businesses and consumers — Act not intruding on provincial jurisdiction by interfering with contractual terms — Impugned CEM scheme meeting first two indicia of General Motors test — Impugned legislation concerned with trade as whole, thus satisfying third General Motors indicium — Provinces, jointly or severally, constitutionally incapable of enacting CEM scheme — Scheme's successful operation jeopardized by failing to include all provinces — CASL's CEM scheme constituting valid exercise of Parliament's power over general trade, commerce affecting Canada as a whole pursuant to second branch of Constitution Act, 1867, s. 91(2)

Constitutional Law — Charter of Rights — Fundamental Freedoms — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation³ (CASL or the Act) — Act regulating, inter alia, sending of commercial electronic messages (CEMs) — Appellant sending promotional CEMs to various recipients in violation of Act, ss. 6(1)(a), 6(2)(c) — CRTC determining that Act's impugned provisions violating Charter, s. 2(b) — Concluding this violation justified under Charter, s. 1 — Whether Act's violation of s. 2(b) justified under s. 1 — CEMs

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels² (la Loi ou la LCAP) — La Loi prévoit la réglementation notamment de l'envoi de messages électroniques commerciaux (MEC) — L'appelante a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires en contravention des art. 6(1)a) et 6(2)c) de la Loi — Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement — Il a examiné les cinq critères de validité permettant de vérifier qu'une loi relève de la compétence générale de réglementation du trafic et du commerce énoncés dans l'arrêt General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing (General Motors) — Il a déterminé que le caractère véritable de la Loi tombe sous le coup de l'art. 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867, qui attribue au Parlement le pouvoir général en matière de trafic et de commerce — Il s'agissait de savoir si la Loi relève de la compétence du Parlement — Les dispositions de la Loi sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement — Les dispositions contestées créent un régime administratif distinct visant les MEC non sollicités — Le législateur entendait créer un régime réglementant l'envoi de MEC pour empêcher notamment que de telles pratiques nuisent à la cyberéconomie et entraînent des coûts pour les entreprises et les consommateurs — La Loi n'empiète pas sur un domaine de compétence provinciale en modifiant les modalités de contrats — Les dispositions sur les MEC contestées satisfont aux deux premiers indices de validité de l'arrêt General Motors — La loi contestée intéresse le commerce dans son ensemble et satisfait donc au troisième indice du critère de l'arrêt General Motors — La Constitution n'habilite pas les provinces, conjointement ou séparément, à adopter les dispositions sur les MEC — L'absence d'une ou de plusieurs provinces du régime compromettrait l'application de ce dernier — Les dispositions de la LCAP sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet de l'art. 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Libertés fondamentales — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels³ (la Loi ou la LCAP) — Loi prévoit la réglementation notamment de l'envoi de messages électroniques commerciaux (MEC) — L'appelante a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires en contravention des art. 6(1)a) et 6(2)c) de la Loi — Le CRTC a conclu que les dispositions contestées de la Loi

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

protected under s. 2(b) — Impugned provisions infringing freedom of expression — However, violation justified under Charter, s. 1 — Act meeting threshold for passing “prescribed by law” stage of s. 1 analysis — Impugned provisions not vague — Act’s legislative objective not too broad — Act passing rational connection stage of s. 1 inquiry — Act establishing partial, rather than absolute, prohibition on CEMs — Establishing complex legislative scheme to achieve its objectives — CRTC correctly rejecting less impairing alternatives proposed by appellant — Act’s benefits outweighing its detrimental effects on freedom of expression — Act presenting obstacle to non-commercial forms of speech only where such speech having commercial purpose — Harm to other forms of speech de minimis — Commercial expression lying some distance from core of s. 2(b), warranting reduced level of protection.

Constitutional Law — Charter of Rights — Criminal Process — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant’s constitutional challenge to Canada’s anti-spam legislation⁴ (CASL or the Act) — Act’s administrative monetary penalty (AMP) not violating Charter, s. 11(d) — AMP proceedings having regulatory purpose, not criminal in nature — Relevant provisions of Act not using words associated with criminal process — AMP regime promoting compliance with Act’s regulatory scheme.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant’s constitutional challenge to Canada’s anti-spam legislation⁵ (CASL or the Act) — Whether Act violating Charter, s. 7 — Appellant, as corporation, having no standing to bring claim under s. 7 because not defending against criminal charge.

Constitutional Law — Charter of Rights — Unreasonable Search or Seizure — Canadian Radio-Television and

enfreignent l’art. 2b) de la Charte — Il a conclu que cette atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la Charte — Il s’agissait de savoir si la violation par la Loi de l’art. 2b) est justifiée au regard de l’article premier — Les MEC constituent une activité protégée par l’art. 2b) — Les dispositions contestées portent atteinte à la liberté d’expression — Toutefois, cette atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la Charte — La Loi satisfait au critère applicable à l’étape de l’analyse fondée sur l’article premier visant à déterminer si la restriction a été apportée « par une règle de droit » — Les dispositions contestées ne sont pas imprécises — La portée de l’objectif législatif de la Loi n’est pas trop générale — La Loi satisfait au critère du lien rationnel de l’analyse fondée sur l’article premier — La Loi crée une interdiction partielle, et non pas absolue, des MEC — Elle établit un régime légal complexe pour atteindre ses objectifs — Le CRTC a eu raison de ne pas retenir les solutions de rechange moins attentatoires proposées par l’appelante — Les avantages de la Loi l’emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression — La Loi ne constitue un obstacle aux formes non commerciales de discours que lorsque ces discours ont un but commercial — L’atteinte portée aux autres formes de discours est négligeable — L’expression commerciale se trouve à une certaine distance des valeurs fondamentales protégées par l’art. 2b) et commande un niveau de protection moindre.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procédures criminelles et pénales — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l’appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels⁴ (la Loi ou la LCAP) — Le régime de sanctions administratives pécuniaires (SAP) de la Loi n’enfreint pas l’art. 11d) de la Charte — L’objet des procédures menant aux SAP est de nature administrative et n’est pas de nature criminelle — Les dispositions pertinentes de la Loi n’utilisent pas les termes traditionnellement associés aux procédures en matière criminelle — Le but du régime de SAP est d’assurer le respect des exigences réglementaires de la Loi.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l’appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels⁵ (la Loi ou la LCAP) — Il s’agissait de savoir si la Loi enfreint l’art. 7 de la Charte — Étant donné qu’elle est une société et qu’elle ne se défendait pas contre des accusations de nature criminelle, l’appelante n’avait pas qualité pour invoquer la protection de l’art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions ou saisies abusives — Le Conseil de la radiodiffusion

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

Telecommunications Commission (CRTC) dismissing appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation⁶ (CASL or the Act) — Whether Act violating Charter, s. 8 — S. 8 finding application in present circumstances — However, no unreasonable seizure arising — Appropriate standard for reasonable seizure under Act, s. 17 articulated in Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission) — Notice to produce issued to appellant meeting this modest standard.

These were appeals from two related compliance and enforcement decisions of the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (CRTC). In the first decision, the CRTC dismissed the appellant's constitutional challenge to Canada's anti-spam legislation⁷ (CASL or the Act). In the second decision, the CRTC found that the appellant had committed four violations of the Act and imposed a \$200,000 administrative monetary penalty (AMP).

The Act provides for the regulation of certain forms of commercial conduct relating to electronic commerce (e-commerce), most notably the sending of commercial electronic messages (CEMs). The appellant was a small business offering courses in areas such as team management. E-mail marketing was the appellant's primary means of business development. The appellant conducted three advertising campaigns in 2014 during which it sent promotional CEMs to various recipients in Quebec. The appellant was later issued a notice of violation (NOV) pursuant to section 22 of the Act because the appellant had not obtained the recipients' consent prior to sending the CEMs (paragraph 6(1)(a) of the Act) and some of the CEMs did not contain a functioning "unsubscribe" link (paragraph 6(2)(c) of the Act). In representations to the CRTC, the appellant denied that it had violated the Act. It asserted that the Act was unconstitutional. The CRTC found that the Act is *intra vires* Parliament after a two-step division of powers analysis. The CRTC considered the five *indicia* of valid general trade and commerce legislation set out in the Supreme Court decision of *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing (General Motors)*. The CRTC ultimately concluded that the Act's pith and substance falls within Parliament's power over general trade and commerce pursuant to subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*. The CRTC determined that the Act's impugned provisions violate paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter) because they prohibit the sending of unsolicited CEMs that convey meaning. After conducting a section 1 analysis

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

et des télécommunications canadiennes (le CRTC) a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels⁶ (la Loi ou la LCAP) — Il s'agissait de savoir si la Loi enfreint l'art. 8 de la Charte — L'art. 8 s'appliquait en l'espèce — Toutefois, il n'y a pas eu saisie abusive — La norme à appliquer pour juger du caractère raisonnable de la saisie effectuée en vertu de l'art. 17 de la Loi a été énoncée dans l'arrêt Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce) — L'avis de communication signifié à l'appelante satisfaisait à cette norme peu élevée.

Il s'agissait d'appels interjetés à l'égard de deux décisions de conformité et enquêtes connexes du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC). Dans la première décision, le CRTC a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels⁷ (la Loi ou la LCAP). Dans la seconde décision, le CRTC était d'avis que l'appelante avait commis quatre violations de la Loi et lui a infligé une sanction administrative pécuniaire (SAP) de 200 000 \$.

La Loi prévoit la réglementation de certaines formes d'activités commerciales relatives au commerce électronique, tout particulièrement, l'envoi de messages électroniques commerciaux (MEC). L'appelante était une petite entreprise qui offrait des cours sur des sujets comme la gestion d'équipe. Le marketing par courriel était son principal mode de prospection commerciale. L'appelante a mené trois campagnes publicitaires en 2014 et, dans le cadre de celles-ci, elle a transmis des MEC pour promouvoir ses services à divers destinataires au Québec. L'appelante s'est vu signifier par la suite un procès-verbal de violation (PVV) en vertu de l'article 22 de la Loi au motif qu'elle n'avait pas obtenu le consentement des destinataires avant de leur transmettre les MEC (alinéa 6(1)a) de la Loi), et que certains des MEC ne comportaient pas de mécanisme d'exclusion sous la forme d'un lien fonctionnel (alinéa 6(2)c) de la Loi). Dans ses observations au CRTC, l'appelante a nié avoir enfreint la Loi. Selon elle, la Loi était inconstitutionnelle. Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement à l'issue d'une analyse en deux volets du partage des compétences. Le CRTC a examiné les cinq critères de validité permettant de vérifier qu'une loi relève de la compétence générale de réglementation du trafic et du commerce énoncés dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing (General Motors)*. Le CRTC a déterminé que le caractère véritable de la Loi tombe sous le coup du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue au Parlement le pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Le CRTC a conclu

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

according to the test set out in *R. v. Oakes*, the CRTC concluded that the Act's violation of freedom of expression is justified under section 1. The CRTC further held that the impugned provisions of CASL do not create an offence for the purposes of section 11 of the Charter. As a result, the CRTC found that the rights provided by sections 7 and 8 of the Charter to individuals subject to penal proceedings also did not apply. The CRTC therefore held that the Act does not violate sections 7 and 8. As to the second decision, the CRTC held, *inter alia*, that the appellant failed to establish that the "business-to-business" exemption, as set out in subparagraph 3(a)(ii) of the *Electronic Commerce Protection Regulations* SOR/2013-221, applied to any CEMs under consideration. In the CRTC's view, the appellant failed to provide sufficient evidence of relationships with any of the organizations to which the appellant had sent CEMs.

The appellant argued, *inter alia*, that the CRTC's pith and substance analysis was flawed because it considered CASL as a whole rather than focusing on the specific provisions at issue; that the Act's violation of paragraph 2(b) of the Charter is not saved under section 1; and that the Act violates the right against self-incrimination in sections 11 and 7 of the Charter as well as the right against unreasonable search and seizure in section 8. The appellant claimed that the CRTC adopted a restrictive approach to the business-to-business exemption as to render it almost ineffectual.

The issues regarding the constitutional challenge were whether the Act is *ultra vires* Parliament; whether the Act's violation of paragraph 2(b) of the Charter is justified under section 1; and whether the Act violates sections 7, 8 and 11 of the Charter. The main issue regarding the NOV decision was whether the CRTC erred in its interpretation and application of the business-to-business exemption.

Held, the appeals should be dismissed.

The Act's CEM scheme is a valid exercise of Parliament's power over general trade and commerce affecting Canada as a whole pursuant to the second branch of subsection 91(2) of the Constitution Act. To determine whether the impugned legislation properly fell within Parliament's legislative competence, a division of powers analysis was required. A line of jurisprudence culminating in *General Motors* established five *indicia* of validity for matters falling under the second branch of subsection 91(2). The Supreme Court's method of integrating the *General Motors* test into the division of powers analysis was employed herein, i.e. conducting a pith and substance analysis

que les dispositions contestées de la Loi enfreignent l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elles interdisent l'envoi de MEC non sollicités qui transmettent un message. Après avoir procédé à l'analyse fondée sur l'article premier décrite dans le critère énoncé à l'arrêt *R. c. Oakes*, le CRTC a conclu que l'atteinte portée à la liberté d'expression est justifiée au regard de l'article premier. Le CRTC s'est dit d'avis également que, comme les dispositions contestées de la LCAP ne créent pas d'infraction au sens de l'article 11 de la Charte, les droits garantis aux articles 7 et 8 de ce même texte aux personnes inculpées ne s'appliquent pas non plus. Le CRTC a donc conclu que la Loi n'enfreint pas les articles 7 et 8. En ce qui concerne la seconde décision, le CRTC a conclu notamment que l'appelante n'avait pas démontré que l'exception pour les communications interentreprises énoncée à l'alinéa 3a)(ii) du *Règlement sur la protection du commerce électronique*, DORS/2013-221 s'appliquait aux MEC visés. De l'avis du CRTC, l'appelante n'avait pas produit assez d'éléments démontrant l'existence de rapports avec les organisations auxquelles elle avait envoyé les MEC.

L'appelante a fait valoir entre autres choses que l'analyse du caractère véritable à laquelle le CRTC a procédé était lacunaire, car ce dernier a examiné la LCAP dans son ensemble, plutôt que les dispositions en litige; que l'atteinte portée par la Loi à l'alinéa 2b) de la Charte n'est pas justifiée au regard de l'article premier; et que la Loi porte atteinte au droit de ne pas témoigner contre soi-même garanti par les articles 7 et 11 de la Charte ainsi qu'au droit d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti à l'article 8. Selon l'appelante, le CRTC a interprété l'exception pour les communications interentreprises de manière si étroite que celle-ci en est devenue presque inefficace.

En ce qui concerne la contestation constitutionnelle, il s'agissait de savoir si la Loi relève de la compétence du Parlement; si la violation de l'alinéa 2b) de la Charte est justifiée au regard de l'article premier; et si la Loi enfreint les articles 7, 8 et 11 de la Charte. En ce qui concerne la décision sur le PVV, il s'agissait de savoir principalement si le CRTC a mal interprété et appliqué l'exception pour les communications interentreprises.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

Les dispositions de la Loi sur les MEC représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet du paragraphe 91(2) de la Loi constitutionnelle. Pour décider si la loi contestée relevait bel et bien de la compétence législative du Parlement, il fallait procéder à une analyse fondée sur le partage des compétences. Un courant jurisprudentiel s'étant soldé par l'arrêt *General Motors* a établi cinq indices servant à déterminer la validité d'une mesure prise en vertu du deuxième volet du paragraphe 91(2). La méthode de la Cour suprême permettant d'intégrer le critère établi

of the relevant legislation and then employing the *General Motors* test at the classification stage. The Act contains three separate regulatory schemes, each centered on one of the distinct forms of prohibited conduct enumerated in sections 6, 7 and 8 of the Act, respectively. On this reading, the impugned provisions constitute a distinct regulatory scheme relating to unsolicited CEMs, separate and apart from the Act's schemes targeting the alteration of transmission data and unauthorized installation of computer programs. There is no purpose clause for the Act's CEM scheme in particular. However, section 3 of the Act states that the Act's purpose is "to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating commercial conduct that discourages reliance on electronic means of carrying out commercial activities". It is because certain commercial activities can give rise to undesirable consequences that impact the economy that Parliament undertook to regulate those activities through the Act. Parliament's intention in legislating the impugned provisions was to create a scheme regulating the sending of CEMs in order to prevent impairment of the e-economy and costs to businesses and consumers, as well as to protect confidential information and Canadians' confidence in e-commerce. The impugned scheme regulates only a narrow aspect of the targeted type of messaging. It does not seek to regulate any other aspect of commercial messaging nor does it regulate the contracts of any particular business or trade. The scheme's effects apply to the exceedingly wide array of businesses and trades that participate in e-commerce. These effects do not include the regulation of contracts nor the frustration of contractual rights. Accordingly, the Act does not intrude on provincial jurisdiction by interfering with contractual terms. The main thrust of the impugned scheme is to regulate the public's ability to send unsolicited CEMs in order to guard against the threats that such messages can pose to Canada's e-economy. The impugned CEM scheme meets the first two *indicia* of the *General Motors* test regarding the existence of a regulatory scheme under the oversight of a regulatory agency. E-commerce has become a pillar of Canada's national economy, one that transcends industries, sectors and categories of market participants as well as provincial borders. Unsolicited emails can carry a number of electronic threats, such as phishing attacks, malware, identity theft, and online scams. Once it is accepted that e-commerce permeates Canada's economy and is not confined to any specific industry or sector, it must follow that the impugned legislation is concerned with trade as a whole and thus satisfies the third *General Motors* *indicium*. The Act's CEM scheme also satisfies the fourth *indicium*, as the provinces, jointly or severally, would be constitutionally incapable of enacting it. Finally, the failure to include one or more provinces in the legislative scheme would jeopardize its successful operation in other parts of the country. If one province were to have more lenient laws respecting unsolicited CEMs, spammers using cloud computing or other methods could easily arrange to disseminate their CEMs from servers located in that province. This would fundamentally handicap any interprovincial

dans l'arrêt *General Motors* à l'analyse du partage des compétences a été adoptée en l'espèce, et l'on a donc procédé à une analyse du caractère véritable de la loi visée pour appliquer ensuite le critère établi dans l'arrêt *General Motors* à l'étape de la classification. La Loi comporte trois régimes administratifs distincts, qui visent chacun une des catégories d'activités interdites établies aux articles 6, 7 et 8 de la Loi. Selon une telle interprétation, les dispositions contestées créent un régime administratif distinct visant les MEC non sollicités, qui est distinct de ceux visant la modification des données de transmission et l'installation non autorisée de programmes d'ordinateur. La Loi ne comporte aucune disposition distincte énonçant l'objet des dispositions sur les MEC. Toutefois, aux termes de l'article 3, la Loi a pour objet « de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique ». Comme certaines activités commerciales sont susceptibles d'emporter de telles conséquences fâcheuses qui nuisent à l'économie, le législateur a décidé de réglementer ces pratiques en adoptant la Loi. Le législateur entendait, en adoptant les dispositions contestées, créer un régime réglementant l'envoi de MEC pour empêcher que de telles pratiques nuisent à la cyberéconomie et entraînent des coûts pour les entreprises et les consommateurs, ainsi que pour protéger les renseignements confidentiels et préserver la confiance des Canadiens dans le commerce électronique. Les dispositions contestées réglementent seulement un aspect étroit de la catégorie de messages visés. Elles ne visent pas à réglementer d'autres aspects des messages commerciaux, ni ne réglementent les contrats d'un secteur ou d'un commerce en particulier. Ces dispositions ont des effets sur les secteurs et commerces extrêmement variés qui participent au commerce électronique. Ces effets n'incluent pas la réglementation des contrats ni la frustration des droits issus de contrats. Par conséquent, la Loi n'empiète pas sur un domaine de compétence provinciale en modifiant les modalités de contrats. Le caractère véritable des dispositions contestées consiste à réglementer l'envoi par le public de MEC non sollicités en vue d'atténuer les risques pour la cyberéconomie canadienne susceptibles de découler de tels messages. Les dispositions sur les MEC contestées satisfont aux deux premiers indices de validité de l'arrêt *General Motors*, à savoir l'appartenance à un système général de réglementation faisant l'objet d'une surveillance constante par un organisme de réglementation. Le commerce électronique est devenu un pilier de l'économie nationale, qui transcende les secteurs et les catégories de participants au marché économique ainsi que les frontières provinciales. Les courriels non sollicités sont susceptibles de véhiculer des menaces en ligne, telles que les attaques d'hameçonnage, les logiciels malveillants, les vols d'identité et les escroqueries en ligne. Une fois qu'on accepte que le commerce électronique a infiltré l'économie canadienne dans son ensemble, et non un seul secteur, il doit s'ensuire que la loi contestée intéresse le commerce dans son ensemble. Il est donc satisfait au troisième indice du critère de l'arrêt *General*

scheme aimed at guarding Canada's e-economy from the online threats associated with unsolicited CEMs. In the context of Parliament's power over general trade and commerce, the five *General Motors indicia* of validity are tailored to assess validity under this particular head of power. The CRTC did not err in eschewing the national concern test.

CEMs fall within the scope of activity protected under paragraph 2(b) of the Charter. The impugned provisions restrict that activity and therefore infringe freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b). However, this violation is justified under section 1 of the Charter. Section 1 requires that a limit on a Charter right or freedom be "prescribed by law". It must next be determined whether the objective of the impugned measures is pressing and substantial, or, in other words, sufficiently important to warrant limiting a Charter right. The Act more than meets the threshold for passing the "prescribed by law" stage of the section 1 analysis. The Act is sufficiently precise to delineate an area or zone of risk, which is all that can be realistically expected and all that is constitutionally required of legislation. The impugned provisions are intelligible, offer a grasp to the judiciary, and provide an adequate basis for legal debate and therefore do not bear the characteristics of vague legislation. The objective of the prohibition on CEMs not meeting the Act's consent and content requirements or otherwise falling under an exception is not simply to ban CEMs. Rather, the Act's legislative objective is to stymie certain negative effects to which unsolicited CEMs give rise. This is not too broad an objective. The objective of promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating CEMs is sufficiently important to warrant limiting a constitutionally protected right or freedom.

The three prongs of the proportionality analysis require a rational connection between the restricting measures and the measures' objective; that the impugned measures impair the right or freedom as little as possible; and overall proportionality between the benefits of the impugned measures and the

Motors. Les dispositions de la Loi sur les MEC satisfont également au quatrième critère, puisque la Constitution n'habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l'adopter. Enfin, l'absence d'une ou de plusieurs provinces du régime légal compromettrait l'application de ce dernier dans d'autres parties du pays. Si une province adoptait des lois plus laxées qu'une autre sur les MEC non sollicités, les expéditeurs de pourriels pourraient facilement, par le truchement de l'infonuagique ou d'autres méthodes, transmettre leurs MEC à partir de serveurs situés dans cette province. Tout régime interprovincial voué à la protection de la cyberéconomie canadienne contre les menaces que présentent les MEC non sollicités serait alors fondamentalement entravé. En ce qui a trait à la compétence générale du Parlement sur le trafic et le commerce, les cinq indices de validité énoncés dans l'arrêt *General Motors* sont établis pour déterminer si une loi relève de ce chef de compétence. Le CRTC n'a pas fait erreur en faisant fi de l'analyse de l'intérêt national.

Les MEC constituent une activité protégée par l'alinéa 2b) de la Charte. Les dispositions contestées restreignent cette activité et portent par conséquent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b). Toutefois, cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la Charte. L'article premier exige que la restriction du droit ou de la liberté garantis par la Charte soit apportée « par une règle de droit ». Ensuite, il faut déterminer si les mesures contestées ont un objectif urgent et réel ou, en d'autres mots, un objectif suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la Charte. La Loi satisfait amplement au critère applicable à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier visant à déterminer si la restriction a été apportée « par une règle de droit ». La Loi est suffisamment précise pour délimiter une aire ou une zone de risque. Réalistement, on ne peut s'attendre à rien de plus d'une loi et, constitutionnellement, on n'exige rien de plus d'une loi. Les dispositions contestées sont intelligibles, donnent une prise au pouvoir judiciaire et constituent un fondement pour un débat judiciaire. Par conséquent, elles ne comportent pas les caractéristiques de l'imprécision. Les dispositions de la Loi interdisant les MEC ne satisfaisant pas aux exigences légales en matière de consentement ou de contenu ou faisant l'objet d'une exception n'ont pas pour but d'interdire purement et simplement les MEC. L'objectif législatif de la Loi est plutôt d'atténuer certains effets néfastes causés par les MEC non sollicités. Il ne s'agit pas d'un objectif de portée trop générale. L'objectif de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des MEC est suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution.

Les trois volets de l'analyse de la proportionnalité à effectuer sont les suivants : il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures restrictives et l'objectif des mesures; les mesures contestées doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; et il doit y avoir dans l'ensemble proportionnalité

deleterious effects to which they give rise. The Act's complex legislative scheme sufficiently tailors means to objectives to pass the rational connection stage of the section 1 inquiry. At this stage of the section 1 analysis, the government must establish a rational connection between the law's objective and the means chosen to achieve it. While it is correct to state that an over-inclusive prohibition is not rationally connected to its legislative objective to the extent of its overinclusiveness, the nuanced legislative scheme created by the Act can be distinguished from the categorical, rigid approach taken by the impugned legislation in other cases. The Act does not create an absolute prohibition on electronic messages that aim to encourage participation in commercial activity. The Act, and subsection 6(1) in particular, establish a partial, rather than absolute, prohibition on CEMs. There are a number of exceptions and exclusions to this partial prohibition. The Act thus establishes a complex legislative scheme that evinces a considerable degree of tailoring to achieve its objectives. A proper appreciation of the Act's objectives makes clear that it may validly restrict messages that may seem innocuous relative to "the most damaging and deceptive forms of spam" without being arbitrary or unfair. It is reasonable to conclude that the Act's prohibition captures conduct that can reasonably be said to offend a purpose of the Act and accommodates conduct that does not so offend.

The next stage of the section 1 analysis assesses whether "the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective." A law may fail this stage where "the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen". The appellant misapprehended that the existence of less impairing alternatives cannot cause the impugned measures to fail the minimal impairment stage if those alternatives do not also provide sufficient protection to the government's goals. The CRTC was correct to reject the appellant's alternatives. While alternatives need not satisfy the legislature's objectives to the exact same extent as the impugned measures, the opt-out model—where messages must include an unsubscribe mechanism allowing recipients to opt-out of receiving further messages—fails to provide sufficient protection to more than one, if not all, of the Act's objectives set out in section 3. The fundamental issue with the opt-out model is that it permits spammers to continue sending spam. The opt-out model could be safely discarded as a viable alternative to the Act for the purposes of the minimal impairment analysis. A second alternative to the Act raised by the appellant and considered by the CRTC was Australia's *Spam Act 2003* (Cth). The differential in expression captured by CASL relative to the Australian act is narrow enough to find that both the open and closed approaches to defining CEM fall within the range of reasonable alternatives. This prevents CASL from foundering at the minimal

entre les avantages apportés par les mesures contestées et les effets préjudiciables qui en découlent. Le régime légal complexe qu'instaure la Loi est suffisamment adapté à ses objectifs pour satisfaire au critère du lien rationnel de l'analyse fondée sur l'article premier. À cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement doit établir un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens choisis pour le réaliser. S'il est juste de dire que, si une interdiction est trop vaste, la partie excédante n'est pas rationnellement liée à l'objectif, on peut établir une distinction entre le régime légal nuancé créé par la Loi et la méthode catégorique et rigide adoptée dans les lois contestées dans d'autres affaires. La Loi n'interdit pas de manière absolue les messages électroniques visant à encourager la participation à une activité commerciale. La Loi, et en particulier le paragraphe 6(1), crée une interdiction partielle, et non pas absolue, des MEC. Il existe plusieurs exceptions et exclusions à cette interdiction partielle. La Loi établit donc un régime légal complexe qui manifeste un degré considérable d'adaptation à ses objectifs. La juste appréciation des objectifs de la Loi montre clairement que la Loi peut restreindre de façon valide des messages qui peuvent sembler inoffensifs en comparaison avec « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses » sans que la restriction soit arbitraire ou injuste. Il est raisonnable de conclure que l'interdiction imposée par la Loi vise des pratiques dont on peut raisonnablement dire qu'elles sont contraires aux objectifs de la Loi et autorise des pratiques dont on ne peut pas raisonnablement dire la même chose.

L'étape suivante de l'analyse fondée sur l'article premier consiste à déterminer si « les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d'expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l'objectif législatif ». La loi peut être jugée invalide à cette étape dans le cas où « le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace ». L'appelante a semblé oublier que l'existence de solutions de rechange moins attentatoires ne peut rendre les dispositions contestées invalides à l'étape de l'atteinte minimale si ces solutions de rechange ne protègent pas suffisamment l'objectif du gouvernement. Le CRTC a eu raison de ne pas retenir les solutions de rechange proposées par l'appelante. Bien que les solutions de rechange n'aient pas à remplir les objectifs du législateur exactement dans la même mesure que les dispositions contestées, le modèle du régime à option de retrait—suivant lequel les messages doivent comporter un mécanisme d'exclusion qui permet au destinataire de choisir de ne pas recevoir d'autres messages—ne protège pas suffisamment l'un des objectifs, voire tous les objectifs, de la Loi énoncés à l'article 3. Le problème fondamental du régime à option de retrait est qu'il permet aux expéditeurs de pourriels de continuer à envoyer des pourriels. On peut conclure sans risque de se tromper que le modèle à option de retrait ne constitue pas une solution de rechange valable au régime prévu par la Loi dans le cadre de l'analyse sur l'atteinte minimale. Une deuxième solution de

impairment stage. It was clear that additional suggestions made by the appellant would not provide sufficient protection to render them viable alternatives for the purposes of the minimal impairment test. Finally, none of the recommendations made by the Parliamentary Standing Committee on Industry, Science and Technology in its report on the Act could be classified as an “alternative” for the purposes of the minimal impairment stage, nor did they suggest that the Act is not minimally impairing.

The Act’s benefits outweigh its detrimental effects on freedom of expression. The constitutionally protected expression implicated by the Act is not banned, but regulated. With respect to non-commercial forms of speech such as political and religious speech, outreach to disadvantaged communities, and charitable and public benefit endeavors, the Act presents an obstacle only where such speech has a commercial purpose. The harm to these other forms of speech is therefore *de minimis* since the Act does not impede their expression in non-commercial forms. The Act’s impact on commercial expression is mitigated by numerous exceptions and a prescribed method of compliance. Commercial expression lies some distance from the core of section 2(b) of the Charter and warrants a commensurately reduced level of protection. Restrictions on commercial expression are more easily justifiable than limits on some other types of expression, like political expression, that lie closer to the core of the guarantee in paragraph 2(b).

The Act’s AMP regime does not violate paragraph 11(d) of the Charter. The Act’s AMP proceedings are part of a regulatory framework for the protection of the public and are “generally not the sort of proceedings that engage [section] 11”. Examined in their full legislative context, the AMP proceedings have a regulatory purpose and are not criminal in nature. The process associated with the Act’s AMP regime does not bear any of the hallmarks of a criminal proceeding, nor do the relevant provisions of the Act use any of the words traditionally associated with the criminal process. The purpose of the Act’s AMP regime is to promote compliance with the Act’s regulatory scheme. The magnitude of fines levied under the Act do not

rechange à la Loi proposée par l’appelante et examinée par le CRTC était la loi adoptée par l’Australie, intitulée *Spam Act 2003* (Cth). La différence entre les formes d’expression visées par la LCAP et celles visées par la loi australienne est suffisamment étroite pour que l’on puisse conclure que le modèle ouvert et le modèle fermé de la définition des MEC font l’un et l’autre partie de la gamme des solutions de rechange raisonnables. Il s’ensuit que la LCAP ne peut être jugée invalide à l’étape de l’atteinte minimale. Il était manifeste que les autres solutions de rechange que l’appelante a proposées ne protégeraient pas suffisamment les objectifs législatifs pour qu’elles soient valides aux fins de l’analyse sur l’atteinte minimale. Enfin, aucune des recommandations formulées par le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes dans son rapport sur la LCAP ne pourrait constituer une « solution de rechange » pouvant servir à l’étape de l’analyse sur l’atteinte minimale, pas plus que ces recommandations ne donnent à penser que les restrictions apportées par la Loi ne sont pas minimalement attentatoires.

Les avantages de la Loi l’emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d’expression. La forme d’expression protégée constitutionnellement assujettie à la Loi n’est pas interdite, mais réglementée. En ce qui concerne les formes non commerciales de discours, comme le discours politique et religieux, l’action directe dans les communautés défavorisées, et les œuvres caritatives et dédiées au bien public, la Loi ne constitue un obstacle que lorsque ces discours ont un but commercial. L’atteinte portée à ces autres formes de discours est par conséquent négligeable puisque la Loi n’entrave pas les formes d’expression non commerciales. Les répercussions de la Loi sur l’expression commerciale sont atténuées par de nombreuses exceptions et un mécanisme de conformité réglementaire. L’expression commerciale se trouve à une certaine distance des valeurs fondamentales protégées par l’alinéa 2b) de la Charte et commande un niveau de protection proportionnellement moindre. Les restrictions à l’expression commerciale se justifient plus facilement que les restrictions à d’autres formes d’expression, comme l’expression politique, qui sont plus au cœur des valeurs protégées par l’alinéa 2b).

Le régime de SAP de la Loi n’enfreint pas l’alinéa 11(d) de la Charte. Les procédures menant aux SAP prévues par la Loi font partie d’un cadre administratif assurant la protection du public et ne sont « généralement pas de celles qui emportent l’application de l’art. 11 ». L’objet des procédures menant aux SAP prévues par la Loi, considérée dans leur contexte législatif global, est de nature administrative et n’est pas de nature criminelle. Le processus lié au régime de SAP établi par la Loi ne comporte aucune des caractéristiques propres aux procédures en matière criminelle, pas plus que les dispositions pertinentes de la Loi n’utilisent de termes traditionnellement associés aux procédures en matière criminelle. Le but du régime de SAP établi par la Loi

necessarily signal that the sanction's purpose is to denounce or punish morally or socially reprehensible conduct.

The appellant, as a corporation, had no standing to bring a claim under section 7 of the Charter. The appellant corporation was not defending against a criminal charge. Section 8 of the Charter, unlike section 7, did find application in the present circumstances. However, no unreasonable seizure arose on the facts of this case. Section 17 of the Act only grants authority for compelling production of documents rather than physical searches of premises—the former being a far less intrusive power than the latter. The standard articulated by the Supreme Court in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)* is the appropriate standard for a reasonable seizure under section 17 of the Act. The notice to produce issued to the appellant met this modest standard.

The CRTC did not err in its interpretation and application of the business-to-business exemption. Whether or not a “contractual relationship” arose between the appellant and an organization that paid for a course on behalf of one of its employees was not determinative of whether this created a relationship for the purposes of the Act's business-to-business exemption. There was nothing wrong with the CRTC's determination that contractual relationships comprehending a very limited number of transactions affecting very few employees do not constitute relationships for the purposes of the business-to-business exemption. Merely because “existing business relationship” is a defined term and “relationship” is not, does not mean that the latter must have a broader scope, or, in other words, must be easier to make out, than the former. In assessing the threshold for establishing each type of relationship, consideration must be given to the relative effects, in the context of the Act's objectives, attendant upon a finding that each type of relationship exists. The evidentiary requirements for establishing a relationship for the purposes of the business-to-business exemption should be more demanding than for an existing business relationship. It is too narrow an interpretation of the word “activities” in the text of the exemption to suggest that a recipient organization's “activities” with which a CEM must be concerned should not extend beyond the organization's core business operations. Organizations engage in many activities that are not directly related to their core business operations and maintain relationships with other organizations to facilitate those supplementary activities. There is nothing in the text, context or purpose of the exemption that justifies reading-in qualifiers to circumscribe the vast universe of an organization's potential business activities into a shortlist of “activities” to which CEMs from partner organizations must relate in order for

est d'assurer le respect des exigences réglementaires de la Loi. Les amendes imposées en vertu de la Loi, bien qu'importantes, ne signifient pas nécessairement que la sanction a pour but de dénoncer ou de punir un comportement moralement ou socialement répréhensible.

Étant donné qu'elle est une société, l'appelante n'avait pas qualité pour invoquer la protection de l'article 7 de la Charte. L'appelante ne se défendait pas contre des accusations de nature criminelle. L'article 8 de la Charte, contrairement à l'article 7, s'appliquait en l'espèce. Cependant, les faits de la présente affaire ne montraient pas qu'il y a eu saisie abusive. L'article 17 de la Loi confère uniquement le pouvoir d'ordonner la communication de documents et non celui de perquisitionner des lieux — le premier pouvoir étant beaucoup moins intrusif que le second. La norme énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)* est la norme à appliquer pour juger du caractère raisonnable de la saisie effectuée en vertu de l'article 17 de la Loi. L'avis de communication signifié à l'appelante satisfaisait à cette norme peu élevée.

Le CRTC n'a pas commis d'erreur dans son interprétation et son application de l'exception pour les communications interentreprises. Que l'achat par une organisation d'un cours pour un de ses employés auprès de l'appelante crée ou non une « relation contractuelle » ne tranchait pas la question de savoir si cet achat a créé un rapport pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises prévue par la Loi. Il n'y avait rien d'erroné dans la conclusion du CRTC selon laquelle les relations contractuelles comptant un très petit nombre de transactions touchant un très petit nombre d'employés ne constituent pas un rapport pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises. Le seul fait que le terme « relations d'affaires en cours » est défini alors que le terme « rapports » ne l'est pas ne fait pas en sorte que ce dernier doit nécessairement avoir une portée plus large ou, en d'autres mots, être plus facile à prouver. Lorsqu'on évalue le seuil servant à déterminer l'existence de relations d'un type ou l'autre, il faut prendre en considération les effets relatifs, dans le contexte des objectifs de la Loi, qu'entraînerait une conclusion confirmant l'existence de l'un ou l'autre type de relation. La preuve à faire pour démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises devrait être plus rigoureuse que la preuve à faire pour démontrer l'existence de relations d'affaires en cours. Affirmer que les « activités » de l'organisation destinataire faisant l'objet du MEC doivent se limiter à l'entreprise fondamentale revient à interpréter trop étroitement le terme « activités » dans le libellé de l'exception. Les organisations exercent de nombreuses activités qui ne sont pas directement liées à leur entreprise fondamentale et entretiennent des rapports avec d'autres organisations afin de faciliter l'exercice de ces activités supplémentaires. Il

the business-to-business exemption to apply. Where an organization pays for employee training courses—whether or not it is legally obligated to do so—the activities of that organization can include the purchase of employee training courses. A second organization that provides training courses, and has a relationship with the first organization based on providing it with such courses, could thus send the first organization CEMs under the auspices of the business-to-business exemption.

In the present case, the CEMs would have satisfied the relevance requirement if the appellant had been able to show that the recipient organizations purchased similar courses in the past or planned to do so in future. However, the appellant failed to demonstrate relationships with the recipient organizations.

Finally, the CRTC did not err in its interpretation and application of the Act's implied consent requirements regarding conspicuous publication, and in the Act's requirements regarding unsubscribe mechanisms.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act to promote workforce skills development and recognition*, CQLR c. D-8.3.
- An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act*, S.C. 2010, c. 23, ss. 1(1),(2),(3), 3, 6, 7, 8, 9, 10(1),(9),(10),(13), 11(1), 12(1),(2), 13, 14, 15, 17, 19, 20(1),(2),(3),(4),(5), 22, 24, 25, 27, 29(1), 30, 31, 32, 34(1).
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 69.6(2).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b), 7, 8, 11.
- Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, ss. 17, 31.1.
- Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the

n'y a rien dans le texte, le contexte ou l'objet de l'exception qui justifierait qu'on l'interprète en y ajoutant des qualificatifs qui ramèneraient la vaste gamme de ce qui peut constituer une activité d'affaires exercée par une organisation à une courte liste d'« activités » que les MEC d'organisations partenaires doivent concerner pour que s'applique l'exemption pour les communications interentreprises. Lorsqu'une organisation achète des cours de perfectionnement professionnel — qu'elle soit légalement tenue de le faire ou non —, les activités de cette organisation peuvent comprendre l'achat de cours de perfectionnement professionnel. Une seconde organisation qui offre de tels cours et qui entretient avec la première organisation des rapports fondés sur le fait qu'elle lui offre ces cours pourrait donc envoyer des MEC à cette première organisation au titre de l'exception pour les communications interentreprises.

En ce qui concerne les faits en l'espèce, les MEC auraient satisfait à l'exigence de la pertinence si l'appelante avait été en mesure de prouver que les organisations destinataires avaient acheté des cours de ce genre par le passé ou prévoyaient de le faire à l'avenir. Cependant, l'appelante n'a pas démontré qu'elle entretenait des rapports avec les organisations destinataires.

Enfin, le CRTC n'a pas commis d'erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue et des exigences de la Loi concernant les mécanismes d'exclusion.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], 1, 2b), 7, 8, 11.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126, 718.
- Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*, 15 U.S.C. 103.
- Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(2).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 248(1).
- Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre*, RLRQ, ch. D-8.3.
- Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 17, 31.1.
- Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34.
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3, art. 69.6(2).

Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(2).
Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003, 15 U.S.C. 103.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 126, 718.
Electronic Commerce Protection Regulations, SOR/2013-221, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC), SOR/2012-36, ss. 1, 2, 3, 4, 5, 6.
Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 248(1).
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5.
Proposed Canadian Securities Act, Order in Council P.C. 2010-667.
Regulation respecting the determination of total payroll, CQLR, c. D-8.3, r. 4, s. 1.
Spam Act 2003 (Cth), s. 6, Sch. 2, s. 2(b).

CASES CITED

APPLIED:

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641, (1989), 58 D.L.R. (4th) 255; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, (1990), 114 A.R. 81, [1991] 2 W.W.R. 1; *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (as to how to integrate the *General Motors* test into the division of powers analysis); *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, (1998), 159 D.L.R. (4th) 385; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 (as to whether a limitation is “prescribed by law”); *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36; *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons (Ontario)*,

Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications, L.C. 2010, ch. 23, art. 1(1),(2),(3), 3, 6, 7, 8, 9, 10(1),(9),(10),(13), 11(1), 12(1),(2), 13, 14, 15, 17, 19, 20(1),(2),(3),(4),(5), 22, 24, 25, 27, 29(1), 30, 31, 32, 34(1).
Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5.
Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières, décret C.P. 2010-667.
Règlement sur la détermination de la masse salariale, RLRQ, ch. D-8.3, r. 4, art. 1.
Règlement sur la protection du commerce électronique, DORS/2013-221, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC), DORS/2012-36, art. 1, 2, 3, 4, 5, 6.
Spam Act 2003 (Cth), art. 6, ann. 2, art. 2(b).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing, [1989] 1 R.C.S. 641, 1989 CanLII 133; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1989 CanLII 87; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 1995 CanLII 64; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 1990 CanLII 24; *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (sur la question de savoir comment intégrer le critère de *General Motors* à l’analyse sur le partage des compétences); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, 1998 CanLII; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 (sur la question de savoir si une restriction est imposée par une « règle de droit »); *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, 1991 CanLII 60; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72; *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 39; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2

[1990] 2 S.C.R. 232, (1990), 71 D.L.R. (4th) 68; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161.

DISTINGUISHED:

Reference re Securities Act, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (as to the vires of the CASL scheme); *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 (as to overbreadth).

CONSIDERED:

Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc., 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Parsons v. Citizens' Insurance Co. of Canada* (1881), 7 App. Cas. 96; *Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.*, [1935] A.C. 524, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.); *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, (1988), 54 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, 35 D.L.R. (4th) 1, 1986 CanLII 12; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, 281 A.C.W.S. (3d) 297; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, (1991), 84 D.L.R. (4th) 161.

REFERRED TO:

Hunt v. T&N plc, [1993] 4 S.C.R. 289, (1993), 109 D.L.R. (4th) 16; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, (1993), 157 N.R. 97; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401, (1988), 49 D.L.R. (4th) 161; *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Trociuk v. British Columbia (Attorney General)*, 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, (1989), 64 D.L.R. (4th) 577; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, (1987),

R.C.S. 232, 1990 CanLII 121; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 1990 CanLII 135.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (sur la validité du régime prévu dans la LCAP); *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 (sur la question de la portée excessive).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc., 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Parsons v. Citizens' Insurance Co. of Canada* (1881), 7 App. Cas. 96; *Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.*, [1935] A.C. 524, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 1988 CanLII 19; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 1986 CanLII 12; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, 1991 CanLII 39.

DÉCISIONS CITÉES :

Hunt c. T&N plc, [1993] 4 R.C.S. 289, 1993 CanLII 43; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401, 1988 CanLII 63; *Little Sisters Book & Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1989 CanLII 20; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, 1987 CanLII

45 D.L.R. (4th) 235; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, (1990), 68 D.L.R. (4th) 147; *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. Minister of National Revenue*, [1999] 1 S.C.R. 10, 1999 CanLII 704; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 18 D.L.R. (4th) 321; *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, (1995), 129 D.L.R. (4th) 129; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*; *Tabah v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, (1994), 48 A.C.W.S. (3d) 64.

AUTHORS CITED

Canada. *House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 053 (7 May 2009).
 Canada. *House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 105 (2 November 2009).
 Canada. *House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 106 (3 November 2009).
 Canada. Task Force on Spam. *Stopping Spam: Creating a stronger, safer Internet*, Ottawa: Industry Canada, May 2005.
 Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Compliance and Enforcement Information Bulletin CRTC 2012-548. “Guidelines on the interpretation of the *Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC)*”, October 10, 2012.
 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (2006-04-19), « Report of the OECD Task Force on Spam: Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures », *OECD Digital Economy Papers*, No. 114, OECD Publishing, Paris, online: <https://doi.org/10.1787/231503010627>.
Oxford English Dictionary, (last visited May 13, 2020) online: www.oed.com, “activity”, “commercial”.

APPEALS from compliance and enforcement decisions⁸ of the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission dismissing the appellant’s constitutional

⁸ *Canada’s Anti-Spam Legislation 3510395 Canada Inc., operating as Compu.Finder – Constitutional challenge to Canada’s Anti-Spam Legislation – File number: PDR 9094-201400302-001*, Compliance and Enforcement Decision CRTC 2017-367.

Canada’s Anti-Spam Legislation 3510395 Canada Inc., operating as Compu.Finder – Violations of Canada’s Anti-Spam Legislation – File number: PDR 9094-201400302-001, Compliance and Enforcement Decision CRTC 2017-368.

41; *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, 1990 CanLII 140; *Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. Ministre du Revenu national*, [1999] 1 R.C.S. 10, 1999 CanLII 704; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 1985 CanLII 69; *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, 1995 CanLII 44; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*; *Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, à la page 377, 1994 CanLII 89.

DOCTRINE CITÉE

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 053 (7 mai 2009).
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 105 (2 novembre 2009).
 Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 106 (3 novembre 2009).
 Canada. Groupe de travail sur le pourriel. *Freinons le pourriel : Créer un Internet plus fort et plus sécuritaire*, Ottawa : Industrie Canada, mai 2005.
 Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Bulletin d’information de Conformité et Enquêtes CRTC 2012-548. « Lignes directrices sur l’interprétation du *Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)* », 10 octobre 2012.
Dictionnaire Larousse en ligne (consulté le 1^{er} juin 2020) : www.larousse.fr/dictionnaires/francais, « activité », « commercial ».
 Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (2006-04-19), « Report of the OECD Task Force on Spam : Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures », *Documents de travail de l’OCDE sur l’économie numérique*, n^o 114, Éditions OCDE, Paris, en ligne : <https://doi.org/10.1787/231503010627>.

APPELS interjetés à l’égard de décisions de conformité et enquêtes⁸ du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, rejetant la contestation

⁸ *Loi canadienne anti-pourriel 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Contestation constitutionnelle de la Loi canadienne anti-pourriel – Numéro de dossier : EPR 9094-201400302-001*, décision de conformité et enquêtes CRTC 2017-367.

Loi canadienne anti-pourriel 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Violations de la Loi canadienne anti-pourriel – Numéro de dossier : EPR 9094-201400302-001, Décision de Conformité et Enquêtes CRTC 2017-368.

challenge to Canada's anti spam legislation⁹, finding that the appellant had committed four violations of the Act, and imposed an administrative monetary penalty. Appeals dismissed.

APPEARANCES

Barry B. Sookman, Noah Zucker, Charles S. Morgan and Daniel G.C. Glover for appellant.
Lynn Marchildon, Craig Collins-Williams and Joanie Roy for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, for appellant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

NADON J.A.:

I. Introduction

[1] Before us are two appeals by 3510395 Canada Inc., operating as CompuFinder (the appellant) in respect of two related compliance and enforcement decisions of the Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission (the CRTC). In the first decision, the CRTC dismissed the appellant's constitutional challenge to *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act*, S.C. 2010, c. 23 (CASL or the Act). The CRTC determined that the Act is *intra vires* Parliament's trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867* (the Constitution Act), and that its infringement of freedom of expression pursuant to paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being

⁹ CASL, *supra* note 1.

constitutionnelle intentée par l'appelante contre la loi canadienne sur la lutte contre les pourriels⁹, concluant que l'appelante avait commis quatre violations de la Loi et lui infligeant une sanction administrative pécuniaire. Appels rejetés.

ONT COMPARU :

Barry B. Sookman, Noah Zucker, Charles S. Morgan et Daniel G.C. Glover pour l'appelante.
Lynn Marchildon, Craig Collins-Williams et Joanie Roy pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault LLP, Montréal, pour l'appelante.

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

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

LE JUGE NADON, J.C.A. :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie de deux appels interjetés par 3510395 Canada Inc., faisant affaire sous la raison sociale CompuFinder (l'appelante), à l'égard de deux décisions de conformité et enquêtes connexes du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC). Dans la première, le CRTC a rejeté la contestation constitutionnelle intentée par l'appelante contre la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, L.C. 2010, ch. 23 (la Loi ou la LCAP). Le CRTC estimait que la Loi relevait de la compétence en matière de trafic et de commerce que le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement et que

⁹ LCAP, *supra*, note 1.

Part 1 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]) (the Charter) section 8, is justified under section 1. In the second decision, the CRTC found that the appellant had committed four violations of CASL and imposed a \$200,000 administrative monetary penalty (AMP).

[2] The appellant appeals the CRTC's decisions pursuant to subsection 27(1) of CASL, which permits appeal to this Court of CRTC decisions made under CASL.

[3] For the reasons that follow, I would dismiss the appeals with costs.

II. Applicable Legislation

[4] A full list of CASL's provisions challenged by the appellant can be found in Appendix A. Key provisions are reproduced throughout the analysis section of these reasons.

III. Facts

[5] CASL was enacted by Parliament in 2010 and came into force in 2014. It provides for the regulation of certain forms of commercial conduct relating to electronic commerce (e-commerce), most notably the sending of commercial electronic messages (CEMs).

[6] The appellant was a small business located in Morin Heights, Quebec. It began operations in 1998 and offered approximately 300 professional training courses in areas such as team management, administrative skills, budget planning and effective use of social media. E-mail marketing was the appellant's primary means of business development.

[7] The appellant conducted three advertising campaigns between July and September 2014 during which it sent 317 CEMs to various recipients. These CEMs promoted the appellant's educational and training services and were sent primarily to individuals working in the

l'atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, article 8, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte) est justifiée au regard de l'article premier. Dans la seconde décision, le CRTC était d'avis que l'appelante avait commis quatre violations de la Loi et lui a infligé une sanction administrative pécuniaire (SAP) de 200 000 \$.

[2] L'appelante se pourvoit sous le régime du paragraphe 27(1) de la Loi, qui l'autorise à interjeter appel à notre Cour des décisions du CRTC prises en vertu de la Loi.

[3] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais les appels avec dépens.

II. Dispositions applicables

[4] Les dispositions de la Loi que l'appelante conteste figurent à l'annexe A. Les principales dispositions sont reproduites dans le corps de l'analyse des présents motifs.

III. Faits

[5] La Loi a été adoptée par le Parlement en 2010 et est entrée en vigueur en 2014. Elle prévoit la réglementation de certaines formes d'activités commerciales relatives au commerce électronique, tout particulièrement, l'envoi de messages électroniques commerciaux (MEC).

[6] Fondée en 1998, l'appelante était une petite entreprise située à Morin Heights, au Québec. Elle offrait environ 300 cours de perfectionnement professionnel sur des sujets comme la gestion d'équipe, les aptitudes administratives, la planification budgétaire et l'utilisation avantageuse des médias sociaux. Le marketing par courriel était son principal mode de prospection commerciale.

[7] L'appelante a mené trois campagnes publicitaires entre juillet et septembre 2014. Dans le cadre de celles-ci, elle a transmis 317 MEC pour promouvoir ses services de formation et de perfectionnement à divers destinataires, principalement des travailleurs du Québec. Le 5 mars

province of Quebec. On March 5, 2015, following an investigation, the appellant was issued a notice of violation (NOV) pursuant to section 22 of CASL. The NOV alleged that the appellant had not obtained recipients' consent prior to sending the CEMs in question, contrary to paragraph 6(1)(a) of CASL. The NOV also alleged that some of the CEMs did not contain a functioning "unsubscribe" link, contrary to paragraph 6(2)(c) of CASL. The NOV imposed a \$1 100 000 AMP on the appellant.

[8] On May 15, 2015, the appellant made representations to the CRTC pursuant to section 24 of CASL. The appellant denied it had violated CASL, complained of bias in the investigation into its activities and argued that it had received inadequate disclosure in relation to the proceedings. The appellant also asserted that CASL is, in any event, unconstitutional. On October 19, 2017, the CRTC rendered a decision in the matter pursuant to subsection 25(1) of CASL. The CRTC bifurcated its decision into Compliance and Enforcement Decision CRTC 2017-367 [*Canada's Anti-Spam Legislation 3510395 Canada Inc., operating as Compu.Finder – Constitutional challenge to Canada's Anti-Spam Legislation – File number: PDR 9094-201400302-001*] (the Constitutional Decision) addressing CASL's constitutionality, and Compliance and Enforcement Decision CRTC 2017-368 [*Canada's Anti-Spam Legislation 3510395 Canada Inc., operating as Compu.Finder – Violations of Canada's Anti-Spam Legislation – File number: PDR 9094-201400302-001*] (the Notice of Violation Decision) addressing the appellant's alleged violations of CASL.

IV. CRTC's Decisions

[9] In the Constitutional Decision, the CRTC determined that CASL is both valid and Charter compliant. The CRTC then found, in the Notice of Violation Decision, that the appellant had indeed violated CASL.

A. Constitutional Decision

(1) *Jurisdiction*

[10] The CRTC cited *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, (1993), 109 D.L.R. (4th) 16 and *Nova Scotia*

2015, à la suite d'une enquête, l'appelante s'est vu signifier un procès-verbal de violation en vertu de l'article 22 de la Loi. Aux termes du procès-verbal, l'appelante n'avait pas obtenu le consentement des destinataires avant de leur transmettre les MEC, en contravention à l'alinéa 6(1)a) de la Loi, et certains des MEC ne comportaient pas de mécanisme d'exclusion sous la forme d'un lien fonctionnel, en contravention à l'alinéa 6(2)c) de la Loi. Le procès-verbal prévoyait une SAP de 1 100 000 \$.

[8] Le 15 mai 2015, l'appelante a présenté des observations au CRTC conformément à l'article 24 de la Loi. L'appelante a nié avoir enfreint la Loi, a invoqué la partialité de la part du personnel ayant enquêté sur ses activités et s'est plainte d'une communication préalable inadéquate dans le cadre de l'instance. En outre, selon l'appelante, quoi qu'il en soit, la Loi serait inconstitutionnelle. Le 19 octobre 2017, le CRTC a tranché l'affaire en vertu du paragraphe 25(1) de la Loi. Il a scindé en deux sa décision, rendant la décision de conformité et enquêtes CRTC 2017-367 [*Loi canadienne anti-pourriel 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Contestation constitutionnelle de la Loi canadienne anti-pourriel – Numéro de dossier : EPR 9094-201400302-001*] (la décision sur la constitutionnalité) sur la constitutionnalité de la Loi, et la décision de conformité et enquêtes CRTC 2017-368 [*Loi canadienne anti-pourriel 3510395 Canada Inc., exerçant ses activités sous le nom de Compu.Finder – Violations de la Loi canadienne anti-pourriel – Numéro de dossier : EPR 9094-201400302-001*] (la décision sur le procès-verbal de violation) sur les violations de la Loi reprochées à l'appelante.

IV. Décisions du CRTC

[9] Dans la décision sur la constitutionnalité, le CRTC a conclu que la Loi était valide et conforme à la Charte. Le CRTC a ensuite jugé, dans la décision sur le procès-verbal de violation, que l'appelante avait effectivement enfreint la Loi.

A. Décision sur la constitutionnalité

1) *Compétence*

[10] Le CRTC a invoqué les arrêts *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, 1993 CanLII 43 et *Nouvelle-Écosse*

(*Workers' Compensation Board*) v. *Martin*; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board)* v. *Laseur*, 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504 in support of its jurisdiction to determine the division of powers and Charter issues respectively. The key requirement to ground a tribunal's jurisdiction over either type of constitutional question is that the tribunal must have the authority to determine questions of law. Subsection 34(1) of CASL grants the CRTC the ability to decide any question of law or fact in any proceeding under the Act. The parties agree that the CRTC had jurisdiction to address both constitutional questions.

(2) *CASL is intra vires Parliament*

[11] The CRTC found that CASL is *intra vires* Parliament after a two-step division of powers analysis, looking first at the Act's pith and substance and secondly at its proper classification under the heads of power enumerated in the Constitution Act.

[12] The CRTC found that the main thrust of the Act "deals with electronic commerce" (Constitutional Decision, at paragraph 43). In reaching this conclusion, the CRTC considered that CASL regulates other online threats besides CEMs. The CRTC determined that the direct effect of CASL is to regulate not just CEMs, but also the alteration of transmission data in electronic messages and the installation of unwanted computer programs in the course of commercial activities. The overall effect of CASL, according to the CRTC, is to implement a scheme to help ensure "the viability of e-commerce throughout Canada" (Constitutional Decision, at paragraph 47).

[13] At the classification stage of its analysis, the CRTC considered the five *indicia* of valid general trade and commerce legislation set out in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, (1989), 58 D.L.R. (4th) 255 (*General Motors*). The CRTC determined that CASL is a general regulatory scheme under the oversight of a regulatory agency, and that it deals with issues of crucial importance to the national economy. Central to the latter conclusion was the CRTC's finding that electronic threats are not confined to a set or group of participants in

(*Workers' Compensation Board*) c. *Martin*; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board)* c. *Laseur*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504 pour justifier sa compétence à l'égard des questions relatives au partage des pouvoirs et à la Charte, respectivement. La compétence d'un tribunal administratif à l'égard de l'une ou l'autre de ces questions de nature constitutionnelle est subordonnée principalement à la capacité de ce tribunal de trancher des questions de droit. Le CRTC est habilité, par le paragraphe 34(1) de la Loi, à trancher toute question de droit ou de fait soulevée dans le cadre d'une instance sous le régime de la Loi. Les parties conviennent que le CRTC est habilité à trancher les deux questions constitutionnelles.

2) *La Loi relève de la compétence du Parlement*

[11] Le CRTC a conclu que la Loi relevait de la compétence du Parlement à l'issue d'une analyse en deux volets, dont le premier était axé sur le caractère véritable de la Loi et le second, sur le rangement dans la catégorie de sujets énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[12] Selon le CRTC, l'objet de la Loi « porte sur le commerce électronique » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 43). Dans l'analyse ayant mené à cette conclusion, le CRTC a tenu compte du fait que la Loi régleme d'autres menaces électroniques que les MEC. Il a conclu que l'effet direct de la Loi consiste à réglementer, outre les MEC, la modification des données de transmission de messages électroniques et l'installation de programmes d'ordinateur non sollicités dans le cours d'activités commerciales. L'effet global de la Loi, selon le CRTC, consiste à mettre sur pied un régime permettant d'assurer « la viabilité du commerce électronique au Canada » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 47).

[13] À l'étape de son analyse portant sur le rangement dans une catégorie de sujets, le CRTC a examiné les cinq critères de validité permettant de vérifier qu'une loi relève de la compétence générale de réglementation du trafic et du commerce énoncés dans l'arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, 1989 CanLII 133 (*General Motors*). Le CRTC a conclu que la Loi constitue un régime général de réglementation faisant l'objet d'une surveillance par un organisme de réglementation et qu'elle porte sur des questions d'une importance

any economic sector or to a specific region in Canada. The CRTC also determined that the provinces would be unable to achieve the scheme's goals for two reasons: first, because the matters regulated have national effects implicating all sectors of Canada's digital economy, and, secondly, because of the provinces' inherent prerogative to resile from any interprovincial scheme. Finally, the CRTC found that the absence of any province from a CASL-like scheme would jeopardize its successful operation.

[14] The CRTC ultimately concluded that CASL's pith and substance falls within Parliament's power over general trade and commerce pursuant to subsection 91(2) of the Constitution Act. The CRTC thus found CASL *intra vires* Parliament.

(3) *CASL Violates Paragraph 2(b) of the Charter, but Is Justified Under Section 1*

[15] The Attorney General conceded that CASL's impugned provisions infringe paragraph 2(b) of the Charter because they prohibit the sending of unsolicited CEMs that convey meaning. The CRTC accepted this concession.

[16] The CRTC conducted a section 1 analysis according to the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200 and modified in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12.

[17] The CRTC first determined that CASL is a limit prescribed by law. The CRTC held that the definition of CEM, though broad, is not vague as it focuses on electronic messages that encourage participation in a commercial activity, provides a list of examples of targeted conduct and several of its key terms are defined in the Act. The CRTC found that the definition was sufficiently precise to limit enforcement discretion and delineate a zone of risk. The CRTC cited *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney*

cruciale pour l'économie nationale. Cette conclusion était étayée par celle selon laquelle les menaces électroniques ne sont pas limitées à une tranche ou à un groupe de participants d'un secteur en particulier de l'économie ou d'une région du pays. En outre, selon le CRTC, les provinces ne pourraient atteindre les objectifs du régime, et ce pour deux raisons. Premièrement, les questions que vise la réglementation ont des effets de portée nationale sur tous les secteurs de l'économie numérique canadienne. Deuxièmement, les provinces ont le pouvoir inhérent de se soustraire à tout régime interprovincial. Enfin, le CRTC a conclu que l'absence de toute province d'un régime comme celui que constitue la Loi en compromettrait l'application.

[14] Le CRTC a déterminé que le caractère véritable de la Loi tombe sous le coup du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui attribue au Parlement le pouvoir général en matière de trafic et de commerce. Par conséquent, le CRTC a conclu que la Loi relève de la compétence du Parlement.

3) *La Loi enfreint l'alinéa 2b) de la Charte, mais l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier*

[15] Le procureur général convient que les dispositions contestées de la Loi enfreignent l'alinéa 2b) de la Charte parce qu'elles interdisent l'envoi de MEC non sollicités qui transmettent un message. Le CRTC a accepté cette concession.

[16] Le CRTC a procédé à l'analyse fondée sur l'article premier décrite dans le critère énoncé à l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46 et modifié par l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39.

[17] Premièrement, le CRTC était d'avis que la Loi était une règle de droit. Selon le CRTC, la définition d'un MEC, si elle est de large portée, n'est pas vague, car elle vise les messages électroniques qui incitent la participation à une activité commerciale, fournit des exemples d'activités interdites et comporte plusieurs termes définis dans la Loi. Il estimait que la définition était suffisamment précise pour limiter le pouvoir discrétionnaire relatif à son application et pour circonscrire une zone de risque. Il a

General), [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577 for the proposition that certainty is not the applicable standard: “[a]bsolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work” (Constitutional Decision, at paragraph 90). The CRTC answered this question in the affirmative.

[18] The CRTC next determined that CASL’s objective is sufficiently important to warrant limiting a Charter right. The CRTC located CASL’s objective in the Act’s title: “to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities.” The CRTC found this objective to be pressing and substantial based on evidence of the negative impacts that unsolicited commercial electronic messages (spam) and related electronic threats can have on e-commerce in Canada.

[19] At the first stage of the three-pronged proportionality analysis the CRTC found that CASL’s limits on free expression are rationally connected to its objectives. The CRTC considered it logical and reasonable to conclude that a prohibition against unsolicited CEMs would reduce spam and therefore spam’s adverse effects on Canadian businesses and consumers. The CRTC also noted that, based on the record, CASL appears to be having its intended effect.

[20] The CRTC next determined that CASL passes the minimal impairment test. The CRTC found the Act sufficiently tailored to impair Charter rights no more than necessary. Although less restrictive alternatives exist, the CRTC considered that these would not be equally effective at achieving the government’s objective of preventing the negative effects associated with spam. According to the CRTC, CASL’s various exceptions and exclusions substantially lessen its deleterious effects on paragraph 2(b) and bring it within a range of reasonable alternatives as per *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1.

invoqué l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, 1989 CanLII 87, à l’appui de la thèse selon laquelle la norme applicable n’est pas celle de la certitude : « [e]n droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 90). Le CRTC a répondu à cette question par l’affirmative.

[18] Ensuite, le CRTC a conclu que l’objet de la Loi était suffisamment important pour justifier une restriction à un droit protégé par la Charte. Le CRTC a inféré du titre de la Loi l’objet de cette dernière : « Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique ». Le CRTC a déterminé, à la lumière d’éléments de preuve sur l’effet négatif des MEC non sollicités (pourriels) et des menaces électroniques connexes sur le commerce électronique au Canada, que cet objet était réel et urgent.

[19] Au premier des trois volets de l’analyse de la proportionnalité, le CRTC a conclu au lien rationnel entre les restrictions à la liberté d’expression imposées par la Loi et l’objet de cette dernière. Il était à son avis logique et raisonnable de conclure que l’interdiction de MEC non sollicités aurait pour effet de réduire la quantité de pourriels et, par conséquent, les effets négatifs de ces derniers sur les entreprises et les consommateurs canadiens. Le CRTC a également indiqué que la Loi, à la lumière du dossier, semblait avoir l’effet attendu.

[20] Ensuite, le CRTC a jugé que la Loi satisfaisait au critère de l’atteinte minimale. Selon lui, la Loi ne portait pas atteinte aux droits garantis par la Charte plus que nécessaire. S’il existait des moyens moins restrictifs d’atteindre l’objectif, le CRTC estimait que ceux-ci ne permettraient pas autant d’atteindre l’objectif du gouvernement visant à empêcher les effets négatifs des pourriels. De l’avis du CRTC, les diverses exceptions et exclusions prévues à la Loi réduisent matériellement l’atteinte au droit garanti par l’alinéa 2b) et font en sorte que la mesure appartient aux solutions de rechange raisonnables envisagées dans l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, 1995 CanLII 64.

[21] Finally, the CRTC found CASL's benefits proportional to its deleterious effects on free expression. The CRTC first noted that CASL's infringement relates specifically to commercial expression. The CRTC cited *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, (1990), 114 A.R. 81, [1991] 2 W.W.R. 1 (*Keegstra*) for the proposition that this type of expression lies outside the core values protected by paragraph 2(b). The CRTC then considered that the record shows that CASL's negative effects include causing some businesses to adjust, curtail or even terminate their e-mail marketing practices, and creating a perception among some Canadian businesses that they can no longer compete with their American counterparts. However, the CRTC considered that the evidence also shows no material lessening of the effectiveness of electronic marketing and, at the same time, a 37 percent drop in spam originating from Canada. The CRTC furthermore observed that, while CASL does infringe freedom of expression, the targeted conduct is still permitted so long as the sender obtains recipient consent, identifies itself and includes an unsubscribe mechanism. Thus, CASL is far from a total ban on commercial speech in general or CEMs in particular.

[22] The CRTC found that the Attorney General had met its burden of showing that the deleterious effects of CASL's limits on free expression do not outweigh the limitations' benefits to the greater public good, which include increasing confidence in e-commerce and thereby benefitting the economy as a whole.

[23] The CRTC concluded that CASL's violation of freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter is justified under section 1.

(4) *Impugned Provisions Do Not Trigger Section 11 of the Charter*

[24] The CRTC held that the impugned provisions of CASL do not create an offence for the purposes of section 11 of the Charter. The CRTC applied the two-part test from *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3 (*Guindon*) for determining whether a statutory infraction constitutes an offence within the meaning of section 11. First, the CRTC examined the objectives of the legislation

[21] Enfin, selon le CRTC, les avantages de la Loi sont proportionnels à ses effets négatifs sur la liberté d'expression. En premier lieu, le CRTC fait remarquer que la Loi porte atteinte seulement à l'expression commerciale. Invoquant l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, 1990 CanLII 24 (*Keegstra*), il affirme que ce type d'expression se situe à l'extérieur du champ des valeurs fondamentales au cœur de l'alinéa 2b). En second lieu, le CRTC estime, à la lumière du dossier, que la Loi a notamment comme effet négatif d'obliger des entreprises à modifier, à réduire ou à cesser leurs pratiques de marketing par courriel et de mener certaines entreprises canadiennes à croire qu'elles ne peuvent pas se mesurer à leurs concurrentes américaines. Toutefois, selon le CRTC, le dossier révèle également l'absence d'incidence véritable sur l'efficacité du marketing électronique et une diminution simultanée de 37 p. 100 des pourriels issus du Canada. Il fait aussi observer que, si la Loi porte atteinte à la liberté d'expression, l'activité qu'elle vise est toujours permise, dans la mesure où l'expéditeur obtient le consentement du destinataire, s'identifie et fournit un mécanisme d'exclusion. Partant, la Loi est loin de prévoir une interdiction totale de l'expression commerciale en générale ou des MEC en particulier.

[22] Le CRTC est d'avis que le procureur général s'est acquitté de l'obligation qui lui incombait de démontrer que les effets négatifs de la Loi sur la liberté d'expression ne l'emportent pas sur les avantages pour l'intérêt public général, notamment une confiance accrue à l'égard du commerce électronique, qui profite à l'économie dans son ensemble.

[23] Selon le CRTC, l'atteinte portée à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte est justifiée au regard de l'article premier.

4) *Les dispositions contestées ne font pas jouer l'article 11 de la Charte*

[24] Le CRTC estime que les dispositions contestées de la Loi n'ont pas pour effet de créer une infraction pour l'application de l'article 11 de la Charte. Il applique pour ce faire le critère en deux volets énoncé dans l'arrêt *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3 (*Guindon*), servant à décider si une violation constitue une infraction criminelle au sens où il faut l'entendre pour

and the process leading to the imposition of the sanction and concluded that the proceedings were not criminal in nature. According to the CRTC, the objectives of the proceedings, considered in their full legislative context, have a regulatory purpose namely deterring spam and other electronic threats. The purpose of the proceedings, in the CRTC's view, amounts to regulating a limited sphere of activity. The CRTC also found that the process leading to a sanction does not bear any of the hallmarks of a criminal proceeding. For instance, CASL does not use language typically associated with the criminal process, such as "guilt", "acquittal", "indictment", "summary conviction", "prosecution", or "accused", but instead uses terms such as "balance of probabilities", "due diligence", "penalty", "undertaking", and "representations". Neither do proceedings under CASL involve arrest, the laying of charges, a summons to a criminal court nor the possibility of a criminal record. Finally, section 30 of CASL explicitly states that a violation of the Act is not an offence and that section 126 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 does not apply.

[25] Turning to the second prong of the *Guindon* test, the CRTC found that CASL does not prescribe a true penal consequence. The CRTC considered that, though the maximum quantum possible for an AMP under CASL is high, the jurisprudence has avoided placing an arbitrary upper limit on AMPs. Furthermore, the maximum need not be applied except where truly warranted. The CRTC pointed to case law where it was found that AMPs of similar magnitudes to those under CASL did not trigger section 11. The CRTC also observed that the quantum of an AMP under CASL is determined according to the factors set out in subsection 20(3), which, according to the CRTC, reflect regulatory considerations rather than principles of criminal sentencing. The CRTC further found that no stigma attaches to the imposition of an AMP under CASL. Finally, although AMPs are paid into the Consolidated Revenue Fund, which could suggest a true penal consequence, the CRTC found that this factor alone was not dispositive.

l'application de l'article 11. En premier lieu, le CRTC examine les objets de la loi et la procédure ayant mené à la sanction et arrive à la conclusion que la mesure n'est pas de nature criminelle. Suivant le CRTC, les objets de cette dernière, examinés à la lumière du régime légal dans son ensemble, sont de nature administrative; elle vise à décourager les pourriels et les autres menaces électroniques. De l'avis du CRTC, la mesure a pour objet la réglementation d'un secteur d'activité limité. Le CRTC conclut également que la procédure ayant mené à l'imposition d'une sanction ne comporte aucune des caractéristiques d'une instance de nature criminelle. Par exemple, le libellé de la Loi ne comporte pas les termes qu'on associe généralement à la procédure criminelle, tels que « culpabilité », « acquittement », « mise en accusation », « déclaration de culpabilité par procédure sommaire », « poursuite », « inculpé » ou « accusé ». Or, il comporte des termes comme « prépondérance des probabilités », « précautions », « sanction », « engagement » et « observations ». Les instances intentées sous le régime de la Loi ne prévoient pas non plus d'arrestation, de mise en accusation, de citation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle ni de risque de casier judiciaire. Enfin, l'article 30 de la Loi dispose expressément qu'une violation de la Loi ne constitue pas une infraction et que l'article 126 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne s'applique pas.

[25] Au second volet du critère énoncé dans l'arrêt *Guindon*, le CRTC conclut que la Loi ne prévoit pas de véritable conséquence pénale. Selon le CRTC, même si le montant maximal d'une SAP peut être élevé, la jurisprudence a empêché qu'il soit arbitraire. En outre, la limite supérieure ne s'applique pas, sauf dans les cas où elle est véritablement justifiée. Le CRTC invoque une jurisprudence selon laquelle des SAP d'une fourchette équivalente à celle prévue dans la Loi ne font pas jouer l'article 11. Il fait également observer que le montant de la SAP infligée sous le régime de la Loi dépend des facteurs prévus au paragraphe 20(3) qui, selon le CRTC, présentent des considérations administratives, et non pas des principes de détermination de la peine. Le CRTC conclut en outre à l'absence de stigmatisation découlant de l'imposition d'une SAP sous le régime de la Loi. Enfin, même si les SAP sont versées au Trésor, ce qui est susceptible de révéler une véritable conséquence pénale, le CRTC est d'avis que ce seul facteur n'est pas déterminant.

(5) *CASL Does Not Violate Sections 7 and 8 of the Charter*

[26] The CRTC found that, because CASL does not create an offence for the purposes of section 11 of the Charter, the rights provided by sections 7 and 8 to individuals subject to penal proceedings also do not apply. The CRTC therefore held that CASL does not violate sections 7 and 8 of the Charter.

B. Notice of Violation Decision

[27] In the second of its two decisions, the CRTC applied CASL to the facts set out in the NOV issued to the appellant and concluded that the appellant did, in fact, violate the Act. The CRTC considered 317 electronic messages sent by the appellant to various recipients between July and September 2014. These messages formed the basis of three alleged violations of paragraph 6(1)(a) of CASL for sending CEMs without the consent of recipients and one alleged violation of paragraph 6(2)(c) for sending CEMs without a functioning unsubscribe mechanism. The CRTC ultimately concluded that the appellant had committed all four violations.

(1) *Preliminary Issues*

(a) Effect of Appellant's Bankruptcy Proceedings

[28] The CRTC found that its review of the NOV was unaffected by the appellant having filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3 (the Bankruptcy Act) on August 9, 2016. The appellant listed the CRTC as an unsecured creditor on November 28, 2016.

(b) The Appellant Did Not Suffer Prejudice During or After the Investigation

[29] The CRTC rejected the appellant's claim that it suffered prejudice at the investigation stage because it was not asked whether any exemptions applied to its circumstances. The CRTC also rejected the appellant's argument that the investigation report supporting the NOV failed to properly consider whether any exemptions applied. The

5) *La Loi n'enfreint pas les articles 7 et 8 de la Charte*

[26] Le CRTC est d'avis que, comme la Loi ne crée pas d'infraction au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article 11 de la Charte, les droits garantis aux articles 7 et 8 de ce même texte aux personnes inculpées ne s'appliquent pas. Le CRTC conclut donc que la Loi n'enfreint pas les articles 7 et 8 de la Charte.

B. Décision sur le procès-verbal de violation

[27] Dans la seconde décision, le CRTC applique la Loi aux faits consignés dans le procès-verbal de violation délivré à l'appelante et conclut à une violation de la Loi. Le CRTC examine 317 messages électroniques envoyés par l'appelante à divers destinataires entre juillet et septembre 2014. Ces messages constituent le fondement de trois violations reprochées de l'alinéa 6(1)a) de la Loi, à savoir l'envoi de MEC sans le consentement des destinataires, et une violation reprochée de l'alinéa 6(2)c), à savoir l'envoi de MEC qui ne comportent pas de mécanismes d'exclusion. Le CRTC finit par conclure que l'appelante a commis les quatre violations.

1) *Questions préliminaires*

a) Effet de la faillite de l'appelante

[28] Le CRTC estime que son examen de la décision sur le procès-verbal de violation n'est en rien modifié par le fait que l'appelante a présenté un avis de son intention de faire une proposition en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3 (la Loi sur la faillite), le 9 août 2016. L'appelante a indiqué le CRTC parmi ses créanciers non garantis le 28 novembre 2016.

b) L'appelante n'a pas subi de préjudice pendant ou après l'enquête

[29] Le CRTC rejette la prétention de l'appelante selon laquelle elle a subi un préjudice à l'étape de l'enquête, car on ne lui a pas demandé si des exemptions s'appliquaient dans son cas. Il rejette également l'argument de l'appelante voulant que le rapport d'enquête étayant le procès-verbal de violation faisait fi de la possibilité

CRTC recalled that the appellant was informed that it was free to submit information regarding potentially applicable exemptions during the production stage of the investigation. The appellant was given another opportunity when making representations to the CRTC. The appellant took advantage of the latter opportunity and the CRTC considered its submissions on exemptions in its decisions. The CRTC therefore determined that the appellant was not prejudiced during the investigation or afterward.

(c) Evidence Supporting the Investigation Report

[30] The CRTC reduced the number of CEMs under consideration from the 451 identified in the investigation report to 317 based on, *inter alia*, evidentiary deficiencies in the investigation report and the fact that some CEMs appeared to fall outside the relevant time period set out in the NOV.

(2) *Violations of CASL*

[31] To decide whether the appellant committed the alleged violations, the CRTC first determined that none of CASL's exclusions applied to exempt the appellant's CEMs from the consent and content requirements set out in section 6. The CRTC then found that providing a non-functioning link in addition to a functioning link in a CEM violated CASL's requirements regarding unsubscribe mechanisms. Finally, the CRTC held that the appellant could not rely on the defense of due diligence.

(a) CEMs Did Not Qualify for Business-to-Business Exemption

[32] The CRTC held that the appellant failed to establish that the "business-to-business" exemption applied to any CEMs under consideration. Subparagraph 3(a)(ii) of the *Electronic Commerce Protection Regulations* SOR/2013-221 (Governor in Council Regulations) provides that section 6 of CASL does not apply to CEMs sent between members of organizations where those organizations have a relationship and the messages relate to the activities of the recipient organization. The CRTC found that

d'exemptions applicables. Il rappelle que l'appelante avait été informée qu'il lui était loisible de fournir des renseignements sur des exemptions applicables à l'étape de production de l'enquête et à nouveau au moment de présenter ses observations au CRTC. Elle a saisi cette dernière occasion, et le CRTC a examiné ses prétentions au sujet des exemptions dans ses décisions. Le CRTC est arrivé à la conclusion que l'appelante n'avait subi aucun préjudice au cours de l'enquête ou après.

c) Preuve étayant le rapport d'enquête

[30] Le CRTC a examiné 317 des 451 MEC visés dans le rapport d'enquête, en partie en raison de lacunes dans ce dernier et en partie parce que certains MEC semblaient ne pas dater de la période définie dans le procès-verbal de violation.

2) *Violations de la Loi*

[31] Avant de décider si l'appelante avait commis les violations qu'on lui reproche, le CRTC a d'abord examiné les exclusions prévues dans la Loi et a conclu qu'aucune ne s'appliquait pour soustraire l'appelante aux exigences quant au consentement et au contenu énoncées à l'article 6. Le CRTC a ensuite conclu que l'ajout d'un lien non fonctionnel en plus d'un lien fonctionnel dans un MEC ne permettait pas de satisfaire à l'exigence relative au mécanisme d'exclusion de la Loi. Enfin, le CRTC a conclu que l'appelante ne pouvait invoquer comme moyen de défense qu'elles avaient pris toutes les précautions voulues.

a) L'exception pour les communications inter-entreprises ne n'applique pas aux MEC

[32] Le CRTC a conclu que l'appelante n'avait pas démontré que l'exception pour les communications interentreprises s'appliquait aux MEC visés. Le sous-alinéa 3a)(ii) du *Règlement sur la protection du commerce électronique*, DORS/2013-221 (le Règlement) dispose que l'article 6 de la Loi ne s'applique pas aux MEC transmis par le personnel d'une organisation à celui d'une autre organisation si les organisations entretiennent des rapports et que le message concerne les activités de l'organisation qui en est le

the appellant's evidence that an organization had paid the appellant for a training course on behalf of one of its employees did not, on its own, establish a relationship that would allow the appellant to directly solicit every other employee in that organization. At most, such a transaction might be evidence of a business relationship between the appellant and the single employee for the purposes of implied consent pursuant to paragraph 10(9)(a) of CASL.

[33] The CRTC indicated that evidence of a relationship for the purposes of the business-to-business exemption might include evidence that the member of an organization with whom the appellant had dealings had the authority and intent to create such a relationship on behalf of the organization. The CRTC also indicated that a history of correspondence with an organization could, depending on its contents, support the existence of such a relationship. However, in the CRTC's view, the appellant failed to provide sufficient evidence of relationships with any of the organizations to which the appellant had sent CEMs.

(b) Non-functioning Unsubscribe Mechanisms

[34] The investigation into the appellant's activities revealed that 87 CEMs contained a non-functioning unsubscribe link, contrary to paragraph 6(2)(c) of CASL. More specifically, these CEMs contained two unsubscribe links: one that appeared to function properly and one that produced an error message when accessed.

[35] The CRTC found that the non-functioning links created confusion and frustration among recipients and made some believe that they were unable to unsubscribe. According to the CRTC, the 87 CEMs failed to meet the standards set out in subsections 3(1) and 3(2) of the *Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC)*, SOR/2012-36 (the CRTC Regulations), which respectively require that unsubscribe mechanisms be "set out clearly and prominently" and "must be able to be readily performed." The CRTC therefore found that these CEMs violated paragraph 6(2)(c) of CASL, which requires that unsubscribe mechanisms "conform[] to the prescribed requirements" just mentioned.

destinataire. Selon le CRTC, la preuve de l'appelante selon laquelle une organisation avait payé l'appelante pour une formation pour le compte d'un employé ne démontre pas, à elle seule, l'existence de rapports qui permettraient à l'appelante de faire du démarchage directement auprès des autres employés de l'organisation. Tout au plus, une telle transaction démontre des rapports commerciaux entre l'appelante et un seul employé, pour l'application de l'alinéa 10(9)a) de la Loi, qui porte sur le consentement tacite.

[33] Selon le CRTC, la preuve de rapports, pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises, pourrait comprendre la preuve qu'un membre d'une organisation avec qui l'appelante avait communiqué avait le pouvoir et l'intention de créer de tels rapports pour le compte de l'organisation. Le CRTC a également indiqué que l'historique de la correspondance avec une organisation pourrait, selon sa nature, permettre de démontrer l'existence de tels rapports. Toutefois, de l'avis du CRTC, l'appelante n'avait pas produit assez d'éléments démontrant l'existence de rapports avec les organisations auxquelles elle avait envoyé les MEC.

b) Le mécanisme d'exclusion non fonctionnel

[34] L'enquête portant sur les activités de l'appelante a révélé 87 MEC comportant un mécanisme d'exclusion non fonctionnel, ce qu'interdit l'alinéa 6(2)c) de la Loi. Précisément, ces MEC comportent deux hyperliens, soit un qui semble fonctionner et un autre qui génère un message d'erreur.

[35] Selon le CRTC, les hyperliens non fonctionnels créaient de la confusion et de la frustration chez les destinataires et portaient certains à croire qu'ils ne pouvaient se soustraire à l'envoi de ces messages. Ainsi, les 87 MEC ne répondaient pas aux normes établies dans les paragraphes 3(1) et 3(2) du *Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)*, DORS/2012-36 (le Règlement du CRTC), qui exigent, dans le cas du premier, que les mécanismes d'exclusion soient « énoncés en termes clairs et facilement lisibles » et, dans le cas du second, qu'ils doivent « pouvoir s'exécuter facilement ». Le CRTC a donc conclu que ces MEC enfreignaient l'alinéa 6(2)c) de la Loi, qui exige que les mécanismes d'exclusion respectent « les exigences réglementaires » mentionnées plus haut.

(c) Implied Consent from Conspicuous Publication Not Established

[36] The CRTC rejected the appellant's argument that 132 of the 317 messages under review were sent with the implied consent of recipients due to the conspicuous publication of the recipients' email addresses. Paragraph 10(9)(b) of CASL states that consent is implied for the purposes of section 6 of the Act where the recipient "has conspicuously published, or has caused to be conspicuously published, the electronic address to which the message is sent, the publication is not accompanied by a statement that the person does not wish to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address and the message is relevant to the person's business, role, functions, or duties in a business or official capacity".

[37] The CRTC found that much of the evidence relied on by the appellant did not demonstrate that recipients had conspicuously published their electronic addresses within the meaning of paragraph 10(9)(b). The appellant obtained some addresses from third-party directory websites that gave no indication that listings were user-submitted. The appellant took other addresses from online directories comprised of user-submitted information, but which contained disclaimers stating that unsolicited CEMs were not to be sent to the listed addresses. In other cases, the CRTC found that the appellant merely assumed or speculated what the recipient organization or individual's role, functions or duties might be, without supporting evidence. In none of these situations, in the CRTC's view, were the requirements of the conspicuous publication exemption in paragraph 10(9)(b) of CASL met.

(d) Due Diligence Defence Not Applicable

[38] The CRTC rejected the appellant's alternative argument that, if it had violated CASL, it should not be found liable because it had exercised due diligence to prevent the violations. Steps taken by the appellant included hiring new employees expressly to obtain recipients' consent to receive CEMs; contacting the CRTC for guidance on the

c) Le consentement tacite découlant de la publication bien en vue n'est pas démontré

[36] Le CRTC a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel 132 des 317 messages visés avaient été transmis avec le consentement tacite des destinataires, leur adresse électronique étant publiée bien en vue. Aux termes de l'alinéa 10(9)b) de la Loi, le consentement est tacite, pour l'application de l'article 6 de la Loi, lorsque le destinataire « a publié bien en vue, ou a ainsi fait publier, l'adresse électronique à laquelle il a été envoyé, la publication ne comporte aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise ».

[37] Le CRTC était d'avis que la plupart des éléments de preuve avancés par l'appelante ne démontrait pas que les destinataires avaient publié bien en vue leur adresse électronique, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'alinéa 10(9)b). L'appelante avait trouvé certaines des adresses dans les répertoires en ligne de tiers qui ne précisaient pas si le contenu avait été fourni par les utilisateurs. Elle avait trouvé d'autres adresses dans des répertoires en ligne où les renseignements avaient été fournis par les utilisateurs, mais qui comportaient des mentions interdisant l'envoi de MEC aux adresses colligées. Dans d'autres cas, l'appelante aurait, selon le CRTC, simplement conjecturé, sans preuve, le rôle, les fonctions ou les attributions de l'organisation ou de la personne à qui les MEC avaient été envoyés. De l'avis du CRTC, aucune de ces situations ne permettait de satisfaire à l'exception de la publication bien en vue prévue à l'alinéa 10(9)b) de la Loi.

d) Le moyen de défense des précautions voulues n'est pas opposable

[38] Le CRTC a rejeté l'argument subsidiaire de l'appelante selon lequel elle ne devrait pas être tenue responsable d'éventuelles violations, car elle avait pris toutes les précautions voulues pour les prévenir. Elle avait notamment engagé des employés chargés d'obtenir le consentement des destinataires à l'envoi des MEC, elle avait

business-to-business exemption; achieving nearly perfect compliance with unsubscribe mechanisms; and hiring a consulting firm to develop a compliance program.

[39] The CRTC found some of these measures irrelevant to a due diligence defence because they were taken after the alleged violations. Other measures, in the CRTC's view, demonstrated the appellant's awareness of CASL's requirements, but it was not clear that the measures had, or could have had, any impact on avoiding the violations at issue. The CRTC also found some of the appellant's claims unpersuasive, such as the claim to a nearly perfect compliance rate with unsubscribe mechanisms—the appellant was sending CEMs with non-functioning links so it is impossible to know how many unsubscribe requests never reached the appellant. The CRTC concluded that the appellant had taken some steps in preparation for the coming into force of CASL, but failed to show it had taken all reasonable steps during the relevant period to avoid the violations at issue. The CRTC therefore rejected the appellant's due diligence defence.

(3) *Conclusions on Appellant's Violations*

[40] The CRTC found that the appellant sent 317 CEMs to recipients without their prior consent contrary to paragraph 6(1)(a) of CASL. The CRTC determined that the business-to-business exemption in subparagraph 3(a)(ii) of the Governor in Council Regulations did not apply to these CEMs and that none of the recipients had conspicuously published their electronic addresses within the meaning of paragraph 10(9)(b) of CASL. The CRTC also held that 87 of the 317 messages contravened paragraph 6(2)(c) of CASL by containing a non-functioning unsubscribe mechanism. The CRTC held that the appellant could not rely on the defence of due diligence to excuse these violations. The CRTC therefore concluded that, on a balance of probabilities, the appellant had committed three violations

communiqué avec le CRTC pour obtenir des directives sur l'exception pour les communications interentreprises, elle avait respecté presque à la perfection les exigences quant au mécanisme d'exclusion et elle a retenu les services d'un cabinet de consultation chargé de monter un programme de conformité.

[39] Selon le CRTC, certaines de ces mesures ne fondaient pas le moyen de défense des précautions voulues, car elles avaient été prises après les violations reprochées. D'autres mesures démontraient que l'appelante connaissait les exigences prévues dans la Loi, mais il n'est pas évident qu'elles avaient permis ou auraient pu permettre de prévenir les violations en question. En outre, le CRTC n'était pas convaincu par certaines des prétentions de l'appelante, comme celle à propos de la quasi-perfection quant à la conformité à l'exigence relative au mécanisme d'exclusion; comme l'appelante a transmis des MEC dépourvus de liens fonctionnels, il est impossible de savoir combien de requêtes d'exclusion ne sont jamais arrivées à destination. Le CRTC a conclu que l'appelante avait pris des mesures pour se préparer en vue de l'entrée en vigueur de la Loi, mais n'avait pas démontré qu'elle avait pris toutes les mesures raisonnables au cours de la période visée pour prévenir les violations qu'on lui reproche. Le CRTC a donc rejeté le moyen de défense des précautions voulues opposé par l'appelante.

3) *Conclusions à propos des violations reprochées à l'appelante*

[40] Selon le CRTC, l'appelante a envoyé 317 MEC à des destinataires sans obtenir leur consentement, ce qui constitue une violation de l'alinéa 6(1)a de la Loi. Le CRTC était d'avis que l'exception pour les communications interentreprises prévue au sous-alinéa 3a)(ii) du Règlement ne s'appliquait pas à ces MEC et qu'aucun des destinataires n'avait publié bien en vue son adresse électronique, au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'alinéa 10(9)b de la Loi. Le CRTC a également conclu que 87 des 317 messages contrevenaient à l'alinéa 6(2)c de la Loi, car ils comportaient un mécanisme d'exclusion non fonctionnel. En outre, le CRTC était d'avis que l'appelante ne pouvait opposer aux violations reprochées le moyen de défense des précautions voulues.

of paragraph 6(1)(a) of CASL and one violation of paragraph 6(2)(c) of CASL, as set out in the NOV.

(4) *CRTC Reduced AMP from \$1 100 000 to \$200 000*

[41] The CRTC concluded that the appropriate amount for an AMP in this case is \$200 000 rather than the \$1 100 000 set out in the NOV. To reach this conclusion, the CRTC compared the appellant's conduct against the factors in subsection 20(3) of CASL for determining the amount of an AMP.

[42] The appellant had no history of violations or undertakings under CASL or associated acts. Neither had it obtained any financial benefit from committing the violations. However, there was no indication that the appellant had compensated any persons affected by its violations.

[43] The CRTC held that the purpose of CASL's AMP regime is to achieve compliance through deterrence. However, in the CRTC's view, the \$1 100 000 AMP proposed in the NOV overemphasized general deterrence and was out of proportion to the amount necessary to promote the appellant's compliance specifically. The CRTC considered that a lower amount would be appropriate.

[44] The CRTC found that the nature and scope of the appellant's violations also suggested a lower penalty was appropriate. The CRTC acknowledged that the harm caused by the appellant's messages was not the worst type of harm that unsolicited CEMs can cause. However, the messages were generally disruptive and unwelcome, and the frustration they caused was compounded by recipients' inability to unsubscribe due to non-functioning links. The CRTC also noted that it had already circumscribed the range of messages under consideration from 451 to 317. In the CRTC's view, the appellant's conduct still warranted a penalty, albeit in a lesser amount than suggested in the NOV.

Par conséquent, le CRTC a conclu, selon la prépondérance des probabilités, à trois violations de l'alinéa 6(1)a de la Loi et à une violation de l'alinéa 6(2)c), comme il était énoncé dans le procès-verbal de violation.

4) *Réduction de la SAP par le CRTC – de 1 100 000 \$ à 200 000 \$*

[41] Selon le CRTC, le montant de la SAP qui convenait en l'espèce s'établissait à 200 000 \$, plutôt qu'à 1 100 000 \$, comme il était établi dans le procès-verbal de violation. Pour ce faire, le CRTC a examiné les actes de l'appelante à la lumière des éléments énumérés au paragraphe 20(3) de la Loi, servant à déterminer le montant de la SAP.

[42] L'appelante n'avait pas d'antécédent en matière de violation de la Loi, n'avait pas pris d'engagement sous le régime de cette dernière ou d'autres lois. Elle n'a pas non plus tiré d'avantage financier des violations. Cependant, rien n'indiquait que l'appelante avait dédommagé les personnes touchées par ses violations.

[43] Le CRTC a conclu que le régime de SAP de la Loi avait pour objet d'assurer la conformité par la dissuasion. Toutefois, de l'avis du CRTC, la SAP de 1 100 000 \$ établie dans le procès-verbal de violation était indûment axée sur la dissuasion générale et disproportionnelle à la sanction nécessaire pour favoriser la conformité de l'appelante en particulier. Selon le CRTC, une SAP moindre convenait mieux.

[44] Selon le CRTC, la nature et la portée des violations commises par l'appelante militent également en faveur d'une sanction réduite. Le CRTC a admis que les messages de l'appelante n'avaient pas causé les pires maux que l'on associe à d'autres genres de MEC non sollicités. Or, les messages étaient généralement dérangeants et non sollicités, et la frustration qu'ils ont causée était exacerbée par l'incapacité des destinataires à s'exclure des envois en raison de liens non fonctionnels. Le CRTC a également fait remarquer qu'il avait déjà réduit le nombre de messages examinés; des 451 messages possibles, il n'en a examiné que 317. De l'avis du CRTC, les actes de l'appelante justifiaient toujours une sanction, mais une sanction inférieure à celle qui était prévue dans le procès-verbal de violation.

[45] The CRTC next considered the appellant's ability to pay the proposed penalty, a factor that the CRTC found also favored a reduction from the initial \$1 100 000 AMP. The CRTC placed greater weight on the appellant's annual revenues than its profits as an indicator of the appellant's ability to pay as it considered the latter could be more easily manipulated to appear smaller. The CRTC found that the appellant's claims that the proposed penalty would have drastic impacts on its owners and on the company's continued viability lacked detailed support. In the CRTC's view, there were some indications that the appellant was able to pay the proposed penalty and others that it could not. The CRTC concluded that the appellant had some ability to pay, but the extent of this ability suggested a lower penalty was appropriate.

[46] The CRTC found that the appellant's non-cooperation with the investigation into its activities, as mentioned in the investigation report, should not be a significant factor in calculating the size of the AMP necessary to promote the appellant's compliance. The CRTC was cognizant that procedures under CASL were still very new when the appellant was attempting to navigate the investigation process, and the CRTC did not view the appellant as having attempted to frustrate or forestall the investigation.

[47] The CRTC considered that the appellant's efforts to improve compliance following the investigation into its conduct were positive indicators of self-correction. Although these efforts did not negate the need for a penalty, in the CRTC's view, they supported imposition of a lower penalty than the one set out in the NOV.

[48] The final factor considered by the CRTC was the overall proportionality between the AMP's magnitude and the foregoing factors, as applied to the circumstances of the appellant's case. The CRTC concluded that the \$1 100 000 AMP set out in the NOV was out of proportion to what was required to promote the appellant's compliance and decided to lower the amount to \$200 000.

[49] Despite finding the initial \$1 100 000 AMP disproportionate to both the appellant's violations and the

[45] Ensuite, le CRTC a analysé la capacité de l'appelante de payer la sanction proposée, un élément qui, selon le CRTC, militait également en faveur d'une réduction de la SAP initiale établie à 1 100 000 \$. Il a accordé davantage de poids aux revenus annuels de l'appelante qu'à ses profits, pour déterminer la capacité de payer, estimant que ces derniers pouvaient plus facilement être manipulés pour paraître inférieurs que les premiers. Selon le CRTC, les prétentions de l'appelante quant à l'effet draconien qu'aurait la sanction proposée sur les propriétaires et sur la viabilité à long terme de l'entreprise étaient dépourvues de fondement détaillé. De l'avis du CRTC, suivant certains indicateurs, l'appelante était en mesure d'acquitter la sanction proposée, alors que selon d'autres, elle ne l'était pas. Le CRTC a conclu que l'appelante était en mesure d'acquitter une certaine sanction, mais qu'une sanction réduite était préférable.

[46] Selon le CRTC, le fait que l'appelante n'avait pas collaboré à l'enquête sur ses activités, qui est ressorti du rapport d'enquête, ne devrait pas jouer beaucoup dans le calcul de la SAP nécessaire pour favoriser la conformité de l'appelante. Le CRTC savait que la procédure d'enquête prévue dans la Loi venait d'être mise en place quand l'appelante tentait de s'y retrouver, et l'appelante n'avait pas tenté de miner ou de ralentir l'enquête.

[47] Selon le CRTC, les efforts de l'appelante visant à améliorer sa conformité après l'enquête sur ses actes révélaient une attitude positive d'autocorrection. Si ces efforts ne rendaient pas la sanction inutile, de l'avis du CRTC, ils militaient en faveur d'une sanction réduite.

[48] En dernier lieu, le CRTC a examiné la proportionnalité globale entre le montant considérable de la SAP et les éléments mentionnés plus haut, à la lumière des circonstances de l'appelante. Le CRTC a conclu que la SAP de 1 100 000 \$ établie dans le procès-verbal de violation était disproportionnelle à la sanction nécessaire pour favoriser la conformité de l'appelante et a décidé d'en réduire le montant, l'établissant à 200 000 \$.

[49] Même s'il était d'avis que la SAP initiale de 1 100 000 \$ n'était pas proportionnelle aux violations

amount necessary to promote compliance, the CRTC rejected the appellant's argument that the AMP in this case constituted a true penal consequence and thereby triggered section 11 of the Charter. The CRTC based this conclusion on the same grounds on which it held, in the Constitutional Decision, that CASL, in general, does not prescribe true penal consequences.

[50] The CRTC concluded that the appropriate penalty, in light of all relevant circumstances, was an AMP of \$200 000.

V. Appellant's Submissions

A. Constitutional Decision

(1) *CASL is ultra vires Parliament*

[51] The appellant argues that the CRTC erred in finding CASL *intra vires* Parliament's trade and commerce power. According to the appellant, the CRTC's pith and substance analysis was flawed because it considered CASL as a whole rather than focusing on the specific provisions at issue. The CRTC began its analysis from too broad a starting point, and this error compromised the remainder of its analysis.

[52] The appellant argues that the pith and substance of CASL's "messaging portions"—the provisions at issue—go beyond trade and commerce. These provisions, according to the appellant, capture all messages that might have a minor commercial purpose, regulate purely local messaging and interfere with contractual terms. The pith and substance of CASL's messaging provisions is therefore, in the appellant's view, to regulate unsolicited messages generally. The impugned provisions thus fall squarely within provincial jurisdiction over municipalities, local matters and property and civil rights.

[53] The appellant argues that the impugned provisions cannot come under Parliament's general trade and commerce power merely because certain aspects of CEMs have a national dimension. The appellant points out that

commises par l'appelante et à la sanction nécessaire pour favoriser la conformité, le CRTC a rejeté l'argument de l'appelante selon lequel la SAP en l'espèce constituait une véritable sanction pénale et faisait ainsi jouer l'article 11 de la Charte. Sa conclusion était fondée sur les mêmes motifs que ceux qui fondaient sa conclusion, dans la décision sur la constitutionnalité, selon laquelle la Loi, en général, n'inflige pas de véritable conséquence pénale.

[50] Le CRTC a conclu, compte tenu de l'ensemble de toutes les circonstances pertinentes, qu'une SAP de 200 000 \$ convenait.

V. Observations de l'appelante

A. Décision sur la constitutionnalité

1) *La Loi ne relève pas de la compétence du Parlement*

[51] Selon l'appelante, le CRTC a conclu à tort que la Loi relevait de la compétence du Parlement en matière de trafic et de commerce. L'analyse du caractère véritable à laquelle le CRTC a procédé était lacunaire, car ce dernier a examiné la Loi dans son ensemble, plutôt que les dispositions en litige. Le CRTC a abordé l'analyse d'une perspective trop large, et cette erreur a compromis le reste de l'analyse.

[52] Selon l'appelante, le caractère véritable des dispositions en litige transcende le trafic et le commerce. Ces dispositions, selon l'appelante, visent tous les messages susceptibles de posséder un objet commercial mineur, réglementent des messages de nature purement locale et nuisent à l'acquiescement d'obligations contractuelles. Le caractère véritable des dispositions de la Loi sur les messages, selon l'appelante, consiste à réglementer les messages non sollicités en général. Les dispositions en litige relèvent donc de la compétence des provinces sur les institutions municipales, les matières d'une nature locale, la propriété et les droits civils.

[53] L'appelante soutient que les dispositions contestées ne sauraient tomber sous le coup de la compétence générale du Parlement sur le trafic et le commerce seulement parce que certains aspects des MEC ont une portée nationale.

CASL's CEM provisions displace provincial regulation concerning consumer protection, privacy and marketing. The appellant also argues the provinces are capable of adopting laws addressing the concerns targeted by CASL.

(2) *CASL Violates Section 2(b) and Is Not Saved Under Section 1*

[54] The appellant argues that CASL's violation of paragraph 2(b) of the Charter is not saved under section 1.

(a) CASL Too Vague to Constitute "Limit Prescribed by Law"

[55] The appellant argues that CASL's key definitions are too broad and open-ended to delineate a clear zone of risk. CASL's exemptions and regulations also cause confusion and make compliance difficult. The appellant says that, because content accessible via a link can convert a message into a CEM, CASL creates an "unknowable risk". The appellant also contends that CASL creates an unintelligible standard due to the absence of "factors helping the public or courts understand the ambit of risk" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 43). Finally, the appellant argues that the requirement that CEMs contain contact information for any person "on whose behalf" the message is sent is too vague.

(b) Objective of Impugned Provisions Not Pressing and Substantial

[56] The appellant asserts that the objective of the infringing measures is to eliminate unsolicited electronic messages with any arguable commercial element. The appellant says this is not a pressing and substantial objective. The CRTC is said to have erred by locating CASL's objective in the Act's title and its section 3 purpose clause. According to the appellant, the section 1 analysis is only concerned with the objective of the infringing measures, specifically.

Elle fait remarquer que les dispositions sur les MEC de la Loi évincent des règlements provinciaux en matière de protection des consommateurs, de protection des renseignements personnels et de marketing. L'appelante affirme également que les provinces ont le pouvoir de légiférer pour régler les problèmes que vise la Loi.

2) *La Loi enfreint l'alinéa 2b) et n'est pas justifiée au regard de l'article premier*

[54] Selon l'appelante, l'atteinte portée par la Loi à la liberté garantie par l'alinéa 2b) de la Charte n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

a) La Loi est trop vague pour constituer une restriction apportée par « une règle de droit »

[55] L'appelante affirme que les principales définitions énoncées dans la Loi sont trop générales et pas assez exhaustives pour circonscrire clairement une zone de risque. Les exceptions et les règlements de la Loi génèrent également de la confusion, ce qui nuit au respect de cette mesure. Selon l'appelante, comme un message peut être converti en MEC s'il est accessible au moyen d'un lien, la Loi crée un [TRADUCTION] « risque impossible à déterminer ». Elle soutient également que la Loi fait intervenir une norme inintelligible, en raison de l'absence d'« éléments susceptibles d'aider le public ou les tribunaux à comprendre l'étendue du risque » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 43). Enfin, l'appelante fait valoir que l'obligation pour le MEC de comporter les coordonnées de la personne « au nom de qui il a été envoyé » est trop vague.

b) L'objet des dispositions contestées n'est pas réel et urgent

[56] L'appelante soutient que les mesures attentatoires ont pour objet d'empêcher l'envoi de messages électroniques non sollicités comportant tout élément un tant soit peu commercial. Elle affirme qu'il ne s'agit pas d'un objet réel et urgent. Le CRTC aurait inféré à tort l'objet des mesures du titre de la Loi et de la disposition énonçant son objet, à savoir l'article 3. Selon l'appelante, l'analyse fondée sur l'article premier concerne seulement l'objet des mesures attentatoires.

[57] The infringing measures do not just guard against the most damaging and deceptive forms of spam, which, the appellant agrees, would constitute a pressing and substantial objective. Rather, the challenged provisions presumptively ban all messages with any arguable commercial content, including a variety of beneficial messages. The appellant argues that the objective of these measures cannot be to protect the economy, since they actually impede e-commerce.

(c) Impugned Provisions Not Rationally Connected to CASL's Objective

[58] The appellant argues that the CRTC erred in considering that a “rational, logical link between the infringing measures and the government’s objectives” was sufficient to pass the rational connection stage. The appellant says that the CRTC overlooked CASL’s many “arbitrary, unfair” and “irrational considerations” that should have caused the Act to founder at the rational connection stage (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 52). The appellant argues that CASL’s prohibition on unsolicited CEMs is overbroad and captures messages that are not detrimental to e-commerce, such as messages that send coupons or rally support for victims of natural disasters. The appellant provides a list of further examples of messages that it says would be captured by CASL’s prohibition and that demonstrate the arbitrary, unfair and irrational nature of the prohibition.

(d) CASL Not Minimally Impairing

[59] The appellant again relies on overbreadth arguments to support its position that CASL should fail the minimal impairment stage. The appellant asserts that the CRTC erred by failing to engage with each specific allegation of CASL’s overreach. The CRTC thus failed to consider whether CASL truly represents the least drastic means of achieving the government’s objectives. The appellant suggests that, instead of having an open-ended definition of “CEM” and a closed set of exemptions, CASL could have employed a closed definition of “CEM” and open-ended exemptions, similar to the approach taken in Australia. CASL also could have adopted

[57] Les mesures attentatoires ne visent pas seulement à prévenir les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses. Si c’était le cas, l’appelante convient qu’il s’agirait d’un objet réel et urgent. Au contraire, les dispositions contestées interdisent a priori tous les messages comportant un message un tant soit peu commercial, dont une panoplie de messages avantageux. Selon l’appelante, ces mesures ne sauraient avoir pour objet la protection de l’économie, car elles nuisent en fait au commerce électronique.

c) Les dispositions contestées sont dépourvues de lien rationnel avec l’objet de la Loi

[58] Selon l’appelante, le CRTC a eu tort de conclure qu’« un lien logique et rationnel entre les mesures attentatoires et les objectifs du gouvernement » suffisait pour qu’il soit satisfait au critère du lien rationnel. Elle estime que le CRTC a fait fi de plusieurs considérations [TRADUCTION] « arbitraires, injustes et irrationnelles » qui auraient dû porter un coup fatal à la Loi à l’étape du lien rationnel (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 52). Suivant l’appelante, l’interdiction applicable à tout MEC non sollicité est trop générale et vise des messages qui ne nuisent pas au commerce électronique, comme les messages assortis de coupons ou qui invitent les destinataires à appuyer les victimes de catastrophes naturelles. Elle fournit d’autres exemples de messages qui, selon elle, tomberaient sous le coup de l’interdiction de la Loi et qui démontrent le caractère arbitraire, injuste et irrationnel de cette interdiction.

d) La Loi ne porte pas une atteinte minimale

[59] L’appelante invoque également la portée excessive pour plaider que la Loi ne satisfait pas au volet de l’atteinte minimale. Selon elle, le CRTC a fait erreur en n’examinant pas séparément chacune de ses prétentions sur la portée excessive de la Loi. À ses yeux, le CRTC ne s’est pas demandé si la Loi représente véritablement la mesure la moins draconienne permettant d’atteindre les objectifs du gouvernement. Au lieu d’une définition non exhaustive du terme « message électronique commercial » et d’une liste exhaustive d’exceptions, le législateur aurait pu faire le contraire, comme en Australie. Il aurait également pu adopter un régime à option de retrait plutôt qu’un régime

an opt-out rather than an opt-in model for recipient consent. Other suggestions include, *inter alia*, excluding messages between individuals from the definition of CEM, exempting beneficial actors from the prohibition on unsolicited CEMs and excluding linked content from review in determining whether a message is a CEM. The appellant argues that any one of these suggestions represents a less drastic alternative to CASL. The Act is therefore not minimally impairing of paragraph 2(b).

(e) CASL's Deleterious Effects Not Proportionate to Benefits

[60] The appellant argues that the CRTC erred in finding that CEMs fall outside the core of paragraph 2(b) and are therefore less worthy of protection than other forms of expression. The appellant says that the CRTC also erred in failing to consider the many kinds of non-commercial speech negatively impacted by CASL's broad prohibition. The appellant analogizes CASL to Alberta's *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, which relied on a similar presumptive ban plus exemptions model and which failed the proportionality stage of the section 1 analysis in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733.

[61] The appellant argues that CASL curbs many forms of beneficial speech, including political and religious speech, charitable and public benefit endeavours and advertising by professionals. Conversely, it is not clear that CASL actually produces any benefits. The Act's severe impact on freedom of expression is therefore not justified.

(3) CASL Violates Sections 11, 7 and 8 of the Charter

[62] The appellant argues that CASL violates the right against self-incrimination in sections 11 and 7 of the Charter as well as the right against unreasonable search and seizure in section 8. The appellant claims that an AMP

à option d'adhésion applicable au consentement du destinataire. Elle suggère également d'exclure les messages interpersonnels du champ de la définition de MEC, de prévoir une exception pour les organismes faisant oeuvre de bienfaisance et d'exclure le contenu accessible par un lien de l'examen visant à déterminer si un message est un MEC. L'appelante soutient que toutes ces suggestions représentent une solution de rechange moins draconienne à la Loi. À son avis, la Loi ne porte donc pas une atteinte minimale aux droits que protège l'alinéa 2b).

e) Les effets délétères de la Loi ne sont pas proportionnels à ses avantages

[60] L'appelante soutient que le CRTC a conclu à tort que les MEC se situent à l'extérieur du champ des valeurs fondamentales au cœur de l'alinéa 2b) et sont moins dignes de protection que d'autres formes d'expression. Elle affirme qu'il a aussi eu tort de faire fi des nombreux types de discours non commerciaux qui sont visés par l'interdiction générale prévue dans la Loi. Elle compare la Loi à la Loi albertaine sur la protection des renseignements personnels (*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5) qui prévoyait une interdiction générale semblable, assortie de régimes d'exclusion. La Cour suprême a jugé que cette loi ne satisfaisait pas au volet de la proportionnalité de l'analyse fondée sur l'article premier dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733.

[61] Selon l'appelante, la Loi restreint plusieurs formes de discours de nature positive, comme le discours politique ou religieux, les œuvres caritatives et dédiées au bien public et la publicité par des professionnels. En revanche, il n'est pas évident que la Loi a des effets positifs. Son grave effet sur la liberté d'expression n'est donc pas justifié.

3) La Loi enfreint les articles 11, 7 et 8 de la Charte

[62] Selon l'appelante, la Loi porte atteinte au droit de ne pas témoigner contre soi-même garanti par les articles 7 et 11 de la Charte ainsi qu'au droit d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti

under CASL constitutes a “true penal consequence” and therefore triggers section 11 (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 85). The appellant asserts that those subject to CASL proceedings are nevertheless denied various procedural safeguards guaranteed by section 11. The appellant also argues that the statutory powers of compulsion granted to designated persons under CASL violate the protection against self-incrimination provided by section 7 and the right to be free from unreasonable search and seizure under section 8. The appellant states that these violations result when designated persons compel production of documents from individuals and organizations and those documents are subsequently used against the same individuals and organizations in CASL’s enforcement proceedings.

B. Notice of Violation Decision

(1) *Application and Interpretation of the Bankruptcy Act*

[63] The appellant argues that the CRTC erred in finding that the appellant’s proposal to its creditors pursuant to the Bankruptcy Act had no effect on the NOV. The appellant asserts that the liabilities forming the basis of the NOV are unsecured claims that were compromised by the acceptance of the appellant’s proposal by its creditors and the insolvency court. According to the appellant, there was therefore no legal basis for the CRTC to impose an AMP of \$200 000.

[64] The appellant argues that the CRTC failed to consider the proper legal test for determining whether the appellant’s liability created by the NOV is a “claim provable” under the Bankruptcy Act. The appellant argues that the three-part test, set out in *Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.*, 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443, is met by the AMP contemplated in the NOV, which constitutes a liability to a creditor (the CRTC), was incurred before the appellant filed its notice of intention, and can be assigned a monetary value. Because its liabilities arising from the NOV were, in fact, provable claims, the appellant argues that it was released from them pursuant

à l’article 8. L’appelante affirme que la SAP prévue à la Loi constitue une [TRADUCTION] « véritable conséquence pénale » et fait donc intervenir l’article 11 (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 85). Elle soutient que les personnes sanctionnées sous le régime de la Loi ne peuvent se prévaloir des diverses protections procédurales garanties par l’article 11. L’appelante affirme également que les pouvoirs de contrainte conférés à certaines personnes par la Loi portent atteinte au droit de ne pas témoigner contre soi-même prévu à l’article 7 et à la protection contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives garantie par l’article 8. Selon elle, ces atteintes se produisent lorsque des personnes désignées contraignent des particuliers ou des organisations à produire des documents qui sont ultérieurement utilisés contre ces mêmes particuliers ou organisations dans les instances intentées sous le régime de la Loi.

B. Décision sur le procès-verbal de violation

1) *Application et interprétation de la Loi sur la faillite*

[63] Suivant l’appelante, le CRTC a conclu à tort que la proposition faite par l’appelante à ses créanciers en application de la Loi sur la faillite ne jouait pas sur le procès-verbal de violation. Elle soutient que les obligations énoncées dans le procès-verbal de violation constituent des créances non garanties qui ont été compromises par l’acceptation, par les créanciers et le tribunal appelé à prononcer la faillite, de la proposition faite par l’appelante. Selon elle, le CRTC n’était pas fondé à infliger une SAP de 200 000 \$.

[64] L’appelante affirme que le CRTC a fait fi du critère juridique servant à déterminer si les obligations énoncées dans le procès-verbal de violation constituent des « réclames prouvables » pour l’application de la Loi sur la faillite. Selon l’appelante, le critère à trois volets énoncé dans l’arrêt *Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.*, 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443, est respecté par la SAP énoncée dans le procès-verbal de violation, qui représente une obligation envers un créancier (le CRTC) ayant pris naissance avant que l’appelante ne présente son avis d’intention et à laquelle il est possible d’attribuer une valeur pécuniaire. Selon l’appelante, ses obligations énoncées

to its proposal proceedings under the Bankruptcy Act. The appellant asserts that the CRTC erred in imposing a \$200 000 penalty on the basis of liabilities that had been discharged by its proposal.

[65] Notably, the respondent concedes that the AMP is unenforceable against the appellant outside the insolvency process (respondent's notice of violation memorandum, at paragraphs 22, 24 and 26). Although the enforceability of the AMP is therefore not a contested issue as between the parties, the appellant nevertheless requests that this Court pronounce upon the issue. The appellant points out that the CRTC's decision still states that the appellant's penalty was not compromised by its Bankruptcy Act proposal and that the AMP remains enforceable. The appellant acknowledges that steps could be taken in insolvency court to stay the enforcement of the AMP, and that the respondent has conceded its non-enforceability, but notes that such a concession does not carry the same weight as a judgment of this Court.

(2) *CRTC's Treatment of the Business-to-Business Exemption*

[66] The appellant argues that the CRTC erred in finding that none of the 317 CEMs under review qualified for the business-to-business exemption set out in subparagraph 3(a)(ii) of the Governor in Council Regulations. The appellant asserts that Parliament's intent in providing this exemption was to ensure that regular business communications were not unnecessarily regulated by CASL. The appellant states that, for 168 of the 317 CEMs at issue, it provided evidence that the messages were sent to employees of organizations with which the appellant had either a long history of correspondence or a contractual relationship based on payment for employee training courses. The CRTC erred in holding that such contractual relationships did not constitute relationships for the purposes of the business-to-business exemption.

[67] The appellant claims that the CRTC adopted such a restrictive approach to the exemption as to render it almost ineffectual. The CRTC's interpretation is said to be

dans le procès-verbal de violation constituaient dans les faits des réclamations prouvables. Elle en était donc libérée par suite de la proposition faite sous le régime de la Loi sur la faillite. Elle affirme que le CRTC a fait erreur en lui infligeant une sanction de 200 000 \$ sur le fondement d'obligations dont l'avait libérée la proposition.

[65] Il convient de noter que l'intimé reconnaît l'impossibilité, hors de la procédure d'insolvabilité, d'obliger l'appelante à acquitter la SAP (mémoire de l'intimé sur la question du procès-verbal de violation, aux paragraphes 22, 24 et 26). Même si la question du caractère exécutoire n'est pas en litige, l'appelante demande tout de même à la Cour de se prononcer sur celle-ci. L'appelante fait valoir que le CRTC, dans sa décision, affirme que la sanction infligée à l'appelante n'a pas été compromise par la proposition faite par cette dernière sous le régime de la Loi sur la faillite et que la SAP demeure exigible. L'appelante reconnaît la possibilité que le tribunal qui prononcera la faillite sursoie à l'exécution de la SAP et sait que l'intimé a admis que cette dernière n'était pas exécutoire, mais signale que pareille concession n'équivaut pas à un jugement de notre Cour.

2) *Le traitement par le CRTC de l'exception pour les communications interentreprises*

[66] Selon l'appelante, le CRTC a conclu à tort que l'exception pour les communications interentreprises prévue au sous-alinéa 3a)(ii) du Règlement ne s'appliquait à aucun des 317 MEC. Elle affirme que le législateur, en prévoyant cette exception, entendait empêcher que les communications commerciales normales soient régies par la Loi plus que nécessaire. Elle soutient avoir démontré, pour 168 des 317 MEC en question, que les messages avaient été envoyés aux employés d'organisations avec qui elle communiquait de longue date ou avait des rapports contractuels fondés sur le paiement de cours de perfectionnement professionnel. Le CRTC a commis une erreur en concluant que l'exception pour les communications interentreprises ne s'appliquait pas à de tels rapports.

[67] Selon l'appelante, le CRTC a interprété l'exception de manière si étroite que celle-ci en est devenue presque inefficace. L'interprétation du CRTC serait contraire à

contrary to CASL's purpose as it actually discourages use of electronic means of carrying out commercial activities.

[68] The appellant also argues that the CRTC confused the proper legal test for identifying a "relationship" under the business-to-business exemption with the test for ascertaining an "existing business relationship" for the purposes of implied consent under subsection 10(9) of CASL. The appellant says that, logically, the former term should be given a "significantly broader meaning" than the latter, more "specific" expression" (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 64), particularly as Parliament chose not to define the former term in the legislation.

[69] Further, the appellant argues, the CRTC's interpretation of the relevance requirement for the business-to-business exemption was overly restrictive. The appellant asserts that its CEMs offered training services to help employees of recipient organizations develop their skills. The recipient organizations were legally required to offer their employees training programs "of the sort marketed and offered" by the appellant (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 68). According to the appellant, the exemption does not require that CEMs bear any more specific reference to the activities of recipient organizations.

[70] Finally, the appellant argues that the CRTC invented the requirement that relationships can only be formed with organizations through persons with sufficient authority to bind their organization. The appellant says that such a requirement goes against the text and spirit of the exemption.

(3) *CRTC's Treatment of Implied Consent from Conspicuous Publication*

[71] The appellant contends that the CRTC also erred in its interpretation and application of paragraph 10(9)(b) of CASL, which provides that consent for the receipt of CEMs can be implied where the recipient has conspicuously published its electronic address. The appellant

l'objet de la Loi, car elle décourage en fait l'utilisation de moyens électroniques pour les activités commerciales.

[68] L'appelante prétend également que le CRTC a confondu le critère juridique applicable pour déterminer l'existence de « rapports » dans le cas de l'exception pour les communications interentreprises avec celui applicable pour déterminer l'existence de « relations d'affaires en cours » lorsqu'il s'agit de décider s'il y avait consentement tacite pour l'application du paragraphe 10(9) de la Loi. Elle affirme que, logiquement, le premier devrait se voir attribuer un [TRADUCTION] « sens considérablement plus large » que le second, un terme plus « spécifique » (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de décision, au paragraphe 64), tout particulièrement comme le législateur a décidé de ne pas définir le premier.

[69] En outre, l'appelante soutient que le CRTC a interprété de manière trop restrictive l'exigence de la pertinence de l'exception pour les communications interentreprises. Elle affirme que ses MEC offraient des services de formation pour le perfectionnement des employés des organisations destinataires. Ces dernières étaient tenues en droit d'offrir à leurs employés des programmes de formation [TRADUCTION] « du même genre que ceux publicisés et offerts » par l'appelante (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de violation, au paragraphe 68). Selon l'appelante, l'exception n'exige pas que les MEC ne fassent pas précisément référence aux activités des organisations destinataires.

[70] Enfin, l'appelante affirme que le CRTC a inventé l'exigence selon laquelle les rapports ne sont établis avec des organisations que par l'intermédiaire de personnes ayant assez de pouvoir pour lier ces organisations. Elle soutient qu'une telle exigence est contraire à la lettre et à l'esprit de l'exception.

3) *Le traitement par le CRTC du consentement tacite découlant de la publication bien en vue*

[71] Selon l'appelante, le CRTC a aussi mal interprété et appliqué l'alinéa 10(9)b) de la Loi, qui dispose que le consentement tacite à la réception de MEC peut être inféré de la situation où le destinataire a publié bien en vue son adresse électronique. L'appelante a fourni au CRTC

provided the CRTC with a table setting out each email address it claims was conspicuously published, where it was published and the recipient's job title, where known. The appellant points to the table's inclusion of recipients' job titles as evidence that the CEMs in question were related to the recipient's business activities—a requirement of implied consent under paragraph 10(9)(b). The appellant also argues that the latter requirement was met because the CEMs related to courses “of general interest to employees” (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 78).

(4) *CRTC's Treatment of the Unsubscribe Mechanism Requirements*

[72] Finally, the appellant argues that the CRTC erred in its interpretation and application of section 3 of the CRTC Regulations, which requires that unsubscribe mechanisms be displayed “clearly and prominently” and “be able to be readily performed” (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 82). According to the appellant, the fact that non-functioning links were included in some CEMs does not negate the fact that the functioning links also present in those CEMs complied with the express wording of the CRTC Regulations. The CRTC's findings to the contrary are, according to the appellant, a misinterpretation and misapplication of the requirements for unsubscribe mechanisms.

VI. The Issues

A. Constitutional Challenge

- (1) *Is CASL ultra vires Parliament?*
- (2) *Is CASL's violation of paragraph 2(b) of the Charter justified under section 1?*
- (3) *Does CASL violate section 11 of the Charter?*
- (4) *Does CASL violate sections 7 or 8 of the Charter?*

un tableau énumérant les adresses de courriel qui étaient, à ses dires, publiées bien en vue, la source de publication et le titre du destinataire, s'il était connu. Elle renvoie au titre de poste des destinataires indiqué dans le tableau pour démontrer que les MEC visés concernaient les activités commerciales des destinataires, un élément essentiel pour qu'il y ait consentement tacite pour l'application de l'alinéa 10(9)b). L'appelante affirme également qu'il a été satisfait à cette exigence parce que les MEC concernaient des cours [TRADUCTION] « d'intérêt général pour les employés » (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de violation, au paragraphe 78).

4) *Le traitement par le CRTC de l'exigence relative au mécanisme d'exclusion*

[72] Enfin, l'appelante soutient que le CRTC a mal interprété et appliqué l'article 3 du Règlement du CRTC, aux termes duquel les mécanismes d'exclusion doivent être énoncés [TRADUCTION] « en termes clairs et facilement lisibles » et « pouvoir s'exécuter facilement » (mémoire de l'appelante sur la question du procès-verbal de violation, au paragraphe 82). Selon l'appelante, la présence de liens non fonctionnels dans certains MEC n'enlève rien au fait que ces mêmes MEC comportaient également des hyperliens fonctionnels et étaient conformes au libellé exprès du Règlement du CRTC. De l'avis de l'appelante, les conclusions contraires du CRTC constituent une erreur d'interprétation et d'application des exigences relatives aux mécanismes d'exclusion.

VI. Les questions en litige

A. Contestation constitutionnelle

- 1) *La Loi relève-t-elle de la compétence du Parlement?*
- 2) *La violation de l'alinéa 2b) de la Charte est-elle justifiée au regard de l'article premier?*
- 3) *La Loi enfreint-elle l'article 11 de la Charte?*
- 4) *La Loi enfreint-elle les articles 7 et 8 de la Charte?*

B. Notice of Violation

- (1) *Did the CRTC err in its interpretation and application of the business-to-business exemption?*
- (2) *Did the CRTC err in its interpretation and application of CASL's implied consent requirements regarding conspicuous publication?*
- (3) *Did the CRTC err in its interpretation and application of CASL's requirements regarding unsubscribe mechanisms?*

VII. Standard of Review

[73] These are appeals from two CRTC decisions in respect of proceedings under section 25 of CASL. CRTC decisions under section 25 are subject to a statutory right of appeal to this Court (CASL, subsection 27(1)). The Supreme Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*) stated that “where the legislature has provided for an appeal from an administrative decision to a court, a court hearing such an appeal is to apply appellate standards of review to the decision.” (*Vavilov*, at paragraph 37). The authority on appellate standards of review is *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*) according to which questions of law are reviewed on the standard of correctness and questions of fact and mixed fact and law are reviewed on the standard of palpable and overriding error.

[74] This Court’s review of the CRTC’s Constitutional Decision, concerning CASL’s validity and Charter compliance, will proceed on the standard of correctness. The Supreme Court explained the application of the correctness standard at paragraph 50 of *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190:

... When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision

B. Procès-verbal de violation

- 1) *Le CRTC a-t-il mal interprété et appliqué l’exception pour les communications interentreprises?*
- 2) *Le CRTC a-t-il mal interprété et appliqué l’exigence de la Loi relative au consentement tacite découlant de la publication bien en vue?*
- 3) *Le CRTC a-t-il mal interprété et appliqué l’exigence de la Loi quant au mécanisme d’exclusion?*

VII. Norme de contrôle

[73] Les présents appels concernent deux décisions du CRTC rendues conformément à la procédure prévue à l’article 25 de la Loi. Ces décisions emportent un droit légal d’appel à notre Cour (Loi, paragraphe 27(1)). Pour citer la Cour suprême dans l’arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (*Vavilov*) : « lorsque le législateur prévoit un appel à l’encontre d’une décision administrative devant une cour de justice, la cour saisie de l’appel doit recourir aux normes applicables en appel pour réviser la décision » (au paragraphe 37). L’arrêt de principe sur les normes de contrôle en appel est *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*) suivant lequel les questions de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait et mixtes de fait et de droit sont assujetties à celle de l’erreur manifeste et dominante.

[74] La Cour applique la norme de la décision correcte à la décision du CRTC sur la constitutionnalité, qui concerne la validité et la conformité à la Charte de la Loi. La Cour suprême du Canada explique l’application de cette norme au paragraphe 50 de son arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, en ces termes :

[...] La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n’acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue

maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

Accordingly, this Court will perform its own division of powers and Charter analyses with respect to the impugned legislation to determine whether the Constitutional Decision will be allowed to stand or must instead be brought in line with the findings of this Court. Although the CRTC's reasoning will be taken into account, "the reviewing court is ultimately empowered to come to its own conclusions" (*Vavilov*, at paragraph 54).

[75] Conversely, this Court's review of the Notice of Violation Decision, concerning the application of CASL to the facts of this case, will be based on the standard of palpable and overriding error. This Court will only interfere with a determination of the CRTC in this regard if it discloses an error that is both obvious and goes to the very core of the case's outcome (*Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38).

VIII. The Constitutional Decision

A. Division of Powers Analysis: Validity under Subsection 91(2)

[76] The appellant challenges the CRTC's finding that CASL is *intra vires* Parliament. The CRTC determined that CASL is a valid exercise of Parliament's jurisdiction over trade and commerce pursuant to subsection 91(2) of the Constitution Act. More specifically, the CRTC held that the Act falls under the second branch of the federal trade and commerce power pertaining to general trade and commerce affecting Canada as a whole.

[77] To determine whether the impugned legislation properly falls within Parliament's legislative competence, a division of powers analysis is required. This analysis typically consists of two steps. At the initial stage, the legislation's pith and substance is determined by examining the law's purpose and effects. At the second stage of the analysis, the impugned legislation is classified by reference to the heads of power assigned to either Parliament or the provinces by the Constitution Act. If the law falls

sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

Ainsi, la Cour procède à sa propre analyse de la loi contestée, fondée sur le partage des compétences et la Charte, pour décider s'il convient de confirmer la décision sur la constitutionnalité ou si la Cour doit intervenir pour la rendre conforme à ses conclusions. Si la Cour tient compte du raisonnement du CRTC, « elle est en fin de compte habilitée à tirer ses propres conclusions sur la question en litige » (*Vavilov*, au paragraphe 54).

[75] En revanche, la Cour examine la décision sur le procès-verbal de violation – et son application de la Loi aux faits de l'affaire – selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. La Cour n'intervient que si une conclusion du CRTC révèle une erreur évidente qui touche directement à l'issue de l'affaire (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38).

VIII. La décision sur la constitutionnalité

A. Analyse du partage des compétences : validité au regard du paragraphe 91(2)

[76] L'appelante conteste la conclusion du CRTC selon laquelle la Loi relève de la compétence du Parlement. Selon le CRTC, la Loi résulte d'un exercice valide par le Parlement de la compétence à l'égard du trafic et du commerce que lui confère le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Précisément, le CRTC est d'avis que la Loi relève du second volet du pouvoir général en matière de trafic et de commerce à l'échelle du pays.

[77] Pour décider si la loi contestée relève bel et bien de la compétence législative du Parlement, il faut procéder à une analyse fondée sur le partage des compétences, qui comprend généralement deux volets. En premier lieu, on détermine le caractère véritable de la loi à la lumière de son objet et de son effet. En second lieu, on range la loi dans l'une ou l'autre des catégories de sujets que la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue soit au Parlement, soit aux provinces. Si la loi tombe sous le coup de la compétence de

under a head of power within the jurisdiction of the enacting level of government, the law is valid, or *intra vires* the enacting legislature. If, on the other hand, the law is properly classified under a head of power outside the competency of the enacting level of government it is *ultra vires* and must be struck down (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837 (*Securities Reference*), at paragraphs 63–65; *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783 (*Firearms Reference*), at paragraph 15).

[78] Notably, however, where the inquiry specifically considers whether legislation is a valid exercise of Parliament’s power over general trade and commerce, the case law prescribes a particular method for conducting the division of powers analysis. A line of jurisprudence culminating in *General Motors* established five *indicia* of validity for matters falling under this branch of subsection 91(2). These *indicia* will be set out explicitly below, but the purport of the *General Motors* test is, where “the law is part of a general regulatory scheme aimed at trade and commerce under oversight of a regulatory agency, it will fall under the general federal trade and commerce power if the matter regulated is genuinely national in importance and scope” (*Securities Reference*, at paragraph 83).

[79] The Supreme Court’s advisory opinion in the *Securities Reference* demonstrates one method of integrating the *General Motors* test into the division of powers analysis. In the *Securities Reference*, the Supreme Court first conducted a pith and substance analysis of the relevant legislation and then employed the *General Motors* test at the classification stage. These reasons will follow the Supreme Court’s approach. Accordingly, “we must identify the main thrust of the proposed legislation having regard to its purpose and effects, and then ask whether the scheme, thus characterized, meets the *indicia* set out in *General Motors*” (*Securities Reference*, at paragraph 92).

l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, elle est valide. En revanche, si la loi tombe sous le coup d’un chef de compétence qui ne relève pas de l’ordre de gouvernement qui l’a adoptée, elle n’est pas valide et doit être abrogée (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837 (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*), aux paragraphes 63 à 65; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783, au paragraphe 15).

[78] Or, signalons que, lorsque l’analyse porte précisément sur la question de savoir si la loi résulte d’un exercice valide par le Parlement de son pouvoir général en matière de trafic et de commerce, la jurisprudence prévoit une certaine manière de procéder à l’analyse du partage des compétences. Un courant jurisprudentiel s’étant soldé par l’arrêt *General Motors* a établi cinq indices servant à déterminer la validité d’une mesure prise en vertu de ce volet du pouvoir prévu au paragraphe 91(2). Ces indices sont énoncés en détail ci-après, mais le critère de l’arrêt *General Motors* veut que, lorsque « la loi s’inscrit dans un régime général de réglementation visant le trafic et le commerce et faisant l’objet d’une surveillance par un organisme de réglementation, elle relève du pouvoir fédéral général relatif au trafic et au commerce si la matière réglementée revêt véritablement une importance et une portée nationales » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 83).

[79] L’avis consultatif émis par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* démontre une méthode permettant d’intégrer le critère établi dans l’arrêt *General Motors* à l’analyse du partage des compétences. La Cour suprême procède d’abord à une analyse du caractère véritable de la loi visée pour appliquer ensuite le critère établi dans l’arrêt *General Motors* à l’étape de la classification. Les présents motifs adoptent la même démarche. Ainsi, « nous devons cerner ce qu’est le caractère véritable de la loi proposée quant à son objet et quant à ses effets; ensuite, nous devons nous demander si le régime, à la lumière de cette caractérisation, satisfait aux critères établis dans *General Motors* » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 92).

(1) *Scope of the Legislation to be Considered*

[80] The appellant's notice of appeal indicates that the appellant seeks a declaration of invalidity with respect to CASL in its entirety. Before the CRTC, however, the appellant challenged only certain provisions of CASL (Constitutional Decision, at paragraphs 11–12). In particular, the appellant's validity arguments before the CRTC focused exclusively on the Act's CEM-related provisions (Constitutional Decision, at paragraph 37). In its memorandum for this appeal as well, the appellant confined its validity arguments to "CASL's messaging portions" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81). Accordingly, I will proceed on the basis that the appellant's challenge on validity relates solely to CASL's CEM provisions.

[81] The parties and the CRTC agree that CASL's CEM provisions are the principal provisions in issue (Constitutional Decision, at paragraph 37). Nevertheless, there is disagreement over the scope of the Act that should be considered in the division of powers analysis. The appellant argues that the CEM provisions must be considered in isolation and therefore the CRTC erred in considering CASL as a whole. More particularly, the CRTC's pith and substance analysis took into account the purpose and effects of sections 7 and 8 which address the alteration of transmission data in electronic messages and the unauthorized installation of computer programs, respectively (Constitutional Decision, at paragraphs 37, 43 and 45). The appellant argues that these provisions are not in issue and that the proper approach is to determine the main thrust of the impugned CEM provisions in isolation from the wider Act (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 80). The respondent, for its part, defends the CRTC's method (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 90) despite applying the appellant's approach of analyzing the CEM provisions specifically (respondent's constitutional memorandum, at paragraphs 92, 95 and 96).

1) *Portée de la loi examinée*

[80] Dans son avis d'appel, l'appelante indique qu'elle sollicite une déclaration d'invalidité de la Loi entière. Or, devant le CRTC, elle n'a contesté que certaines dispositions (décision sur la constitutionnalité, aux paragraphes 11 et 12). Plus précisément, les arguments quant à l'invalidité de la Loi devant le CRTC portaient exclusivement sur les dispositions de celle-ci concernant les MEC (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 37). En outre, dans son mémoire d'appel, l'appelante limite ses arguments quant à l'invalidité aux [TRADUCTION] « dispositions de la Loi sur les messages » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81). Par conséquent, je pars du principe que la contestation sur le plan de la validité ne vise que les dispositions de la Loi sur les MEC.

[81] Les parties et le CRTC conviennent que les dispositions de la Loi sur les MEC sont les principales dispositions en litige (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 37). Néanmoins, ils ne s'entendent pas sur la portée de la mesure qu'il convient d'examiner dans l'analyse du partage des compétences. Selon l'appelante, les dispositions sur les MEC doivent être examinées en vase clos; à son avis, le CRTC a donc fait erreur en examinant la Loi dans son ensemble. Précisément, le CRTC, en procédant à l'analyse du caractère véritable, a tenu compte de l'objet et des effets des articles 7 et 8, qui portent sur la modification des données de transmission de messages électronique et l'installation interdite d'un programme d'ordinateur, respectivement (décision sur la constitutionnalité, aux paragraphes 37, 43 et 45). Selon l'appelante, l'affaire n'intéresse pas ces dispositions, et la démarche qu'il faut adopter consiste à déterminer le caractère véritable des dispositions contestées qui portent sur les MEC, isolément de la Loi dans son ensemble (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 80). Pour sa part, l'intimé défend la démarche adoptée par le CRTC (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 90) même s'il a appliqué celle préconisée par l'appelante, qui consiste à analyser les dispositions sur les MEC en particulier (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 92, 95 et 96).

[82] To resolve this dispute, it is helpful to recall that the *General Motors* test assesses validity at the level of the regulatory scheme. As the Supreme Court stated in *General Motors*, though not an essential condition of validity, “[t]he presence of a scheme of legislation is one of the most basic characteristics” of valid trade and commerce legislation. Accordingly, “[m]ost provisions upheld under the second branch of s. 91(2) will be connected to a regulatory scheme” (*General Motors*, at page 667). The existence of a regulatory scheme is not disputed in this case (Constitutional Decision, at paragraph 53). There is a dispute, however, respecting the scope of the relevant scheme.

[83] A regulatory scheme can be contained in a single provision or a severable part of an act or it can comprehend an entire piece of legislation. The Supreme Court in *General Motors* identified three constituent components of a regulatory scheme: prohibited conduct, an investigatory procedure and a remedial mechanism (*General Motors*, at page 676).

[84] There are two ways of viewing CASL for the purpose of identifying the regulatory scheme relevant to the case at hand. First, the entire Act could be interpreted as comprehending a single regulatory scheme. This is the view taken by the CRTC (Constitutional Decision, at paragraphs 37, 43 and 45). On this approach, the prohibited conduct is, broadly stated, “commercial conduct that discourages the use of electronic means to carry out commercial activities” (CASL, section 3). Sections 6–8 then describe three subsets of this broader category of proscribed conduct, namely, the sending of unsolicited CEMs, alteration of transmission data in electronic messages and unauthorized installation of computer programs. On this reading, if the impugned provisions relating to CEMs were found to intrude on the provinces’ legislative sphere, their validity could nevertheless be secured by virtue of their relationship to CASL’s wider regulatory scheme—that is, if it were determined that the wider scheme is valid and the provisions sufficiently integrated relative to the extent of their intrusion on provincial competency. This is the essence of the ancillary powers doctrine: “a finding that a provision standing alone, in its pith and substance, intrudes on provincial powers

[82] Pour résoudre cette contradiction, il est utile de rappeler que le critère établi dans l’arrêt *General Motors* permet d’évaluer la validité d’une mesure à l’échelle du régime administratif. Pour citer la Cour suprême, si elle n’est pas essentielle, « [l’]existence d’un système législatif constitue l’une des caractéristiques les plus fondamentales » d’une loi valide en matière de trafic et de commerce. Ainsi, « [l]a plupart des dispositions dont la validité est confirmée en vertu du deuxième aspect du paragraphe 91(2) sont reliées à un système de réglementation » (*General Motors*, aux pages 667 et 668). L’existence d’un tel régime n’est pas contestée en l’espèce (décision sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 53), mais sa portée l’est.

[83] Un régime administratif peut ressortir d’une seule disposition ou d’une partie d’une loi qu’il est possible d’isoler ou constituer une loi en entier. Dans l’arrêt *General Motors*, la Cour suprême indique trois caractéristiques d’un tel régime : activités interdites, existence d’un mécanisme d’enquête et recours (*General Motors*, à la page 676).

[84] Lorsqu’il s’agit de décider s’il existe un régime administratif pertinent dans l’affaire dont nous sommes saisis, deux démarches sont possibles. Premièrement, on peut affirmer que la Loi dans son ensemble représente un seul régime administratif. C’est l’interprétation adoptée par le CRTC (décision sur la constitutionnalité, aux paragraphes 37, 43 et 45). Suivant cette interprétation, les activités interdites sont définies en termes généraux comme étant celles qui « découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique » (Loi, article 3). Les articles 6 à 8 décrivent trois sous-catégories d’activités interdites, à savoir, l’envoi de MEC non sollicités, la modification des données de transmission des messages électroniques et l’installation interdite d’un programme d’ordinateur. Suivant une telle interprétation, si l’on conclut que les dispositions sur les MEC empiètent sur un domaine de compétence législative provincial, elles pourraient tout de même être valides en raison de leur appartenance au régime administratif général que prévoit la Loi, à condition que ce dernier soit valide et que les dispositions y soient suffisamment intégrées, dans la mesure de leur empiètement. C’est là l’essence de la doctrine des pouvoirs accessoires : « la conclusion que, en raison

does not determine its ultimate constitutional validity... It is necessary to consider both the impugned provision and the Act as a whole when undertaking constitutional analysis” (*Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302 (*Kirkbi*), at paragraph 20). This is perhaps what the CRTC had in mind when it stated, “to the extent that doing so is necessary to the pith and substance analysis, the Commission has considered the purpose and effects of CASL’s regulatory scheme as a whole” (Constitutional Decision, at paragraph 37).

[85] Interpreting CASL as a single regulatory scheme would therefore justify considering the purpose and effects of sections 7 and 8 in the context of establishing the validity of CASL’s overall scheme. However, even in this scenario, it would still be necessary to first determine the main thrust of the challenged sections on their own before turning to consider the wider scheme. As the Supreme Court has made clear, where only certain provisions of an act are challenged, “[t]he first stage of the analysis requires a characterization of the impugned provision in isolation from the rest of the statute” (*Kirkbi*, at paragraph 23). The CRTC assessed CASL as a whole right from the outset of its pith and substance analysis, failing to consider the purpose and effects of the impugned CEM provisions on their own at any point in its decision.

[86] In any event, I do not believe that consideration of sections 7 and 8 has any proper place in the division of powers analysis called for in this case. The respondent has not raised the ancillary powers doctrine as a basis for the validity of the impugned CEM provisions. It is therefore not appropriate to embark on this path of justification.

[87] I find the second way of viewing CASL, which comports more closely with the appellant’s approach, the preferable view. According to this approach, CASL contains three separate regulatory schemes, each centered on one of the distinct forms of prohibited conduct enumerated in sections 6, 7 and 8, respectively. On this reading, the impugned provisions constitute a distinct regulatory scheme relating to unsolicited CEMs, separate and apart from CASL’s schemes targeting the alteration of transmission

de son caractère véritable, une disposition prise isolément empiète sur des pouvoirs provinciaux n’est pas déterminante quant à sa constitutionnalité fondamentale [...] Il faut examiner tant la disposition contestée que la loi dans son ensemble lorsqu’on procède à une analyse constitutionnelle » (*Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302 (*Kirkbi*), au paragraphe 20. Le CRTC avait peut-être ce principe à l’esprit quand il a affirmé « dans la mesure où il était nécessaire de le faire aux fins de l’analyse du caractère véritable, le Conseil a tenu compte de l’objet et des effets du régime réglementaire de la LCAP dans leur ensemble » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 37).

[85] Si on déterminait que la Loi ne présentait qu’un seul régime administratif, il serait justifié d’examiner l’objet et les effets des articles 7 et 8 pour décider si le régime global que prévoit la Loi était valide. Or, même dans un tel scénario, il serait nécessaire de déterminer en premier lieu le caractère véritable des dispositions contestées isolément avant d’examiner le régime global. Comme le précise la Cour suprême, dans les cas où seules certaines dispositions d’une loi sont contestées, à la « première étape de l’analyse, il faut qualifier la disposition contestée indépendamment du reste de la Loi » (*Kirkbi*, au paragraphe 23). Le CRTC a envisagé la Loi dans son ensemble, dès le début de son analyse sur le caractère véritable, et n’a examiné l’objet et les effets des dispositions sur les MEC contestées à aucune étape de son raisonnement.

[86] Quoiqu’il en soit, je ne crois pas que l’analyse du partage des compétences appelle un examen des articles 7 et 8 en l’espèce. L’intimé n’a pas soulevé la doctrine des pouvoirs accessoires pour étayer son argument quant à la validité des dispositions contestées sur les MEC. Il n’est donc pas opportun d’emprunter cette voie.

[87] À mon avis, la deuxième interprétation, qui correspond davantage à celle préconisée par l’appelante, est préférable. Suivant celle-ci, la Loi comporte trois régimes administratifs distincts, dont chacun vise une des trois catégories d’activités interdites établies aux articles 6, 7 et 8. Selon une telle interprétation, les dispositions contestées créent un régime administratif distinct visant les MEC non sollicités, qui est distinct de ceux visant la modification des données de transmission et l’installation de

data and unauthorized installation of computer programs. There is then no basis for considering the purpose and effects of the latter two schemes in a constitutional analysis of the impugned CEM scheme, which stands or falls on its own. The analysis must be confined to the impugned provisions, which cumulatively form the Act's CEM scheme, and "[t]he question is whether the sum of its particular provisions, read together, falls within the general trade and commerce power" (*Securities Reference*, at paragraph 91). While provisions that appear invalid may take on a constitutional cast by integration into an otherwise valid scheme, an invalid scheme does not take on a constitutional cast by the presence of two other valid schemes in the same act.

[88] I note that the CRTC also appears to recognize the existence of multiple schemes within the framework of CASL, distinguishing, at paragraph 37 of its Constitutional Decision, between the Act's "unsolicited CEM scheme" and the "schemes relating to the alteration of transmission data or the installation of computer programs".

[89] For these reasons, the following division of powers analysis will first identify the main thrust of the impugned provisions, read together as an economic scheme regulating the sending of unsolicited CEMs, by considering their purpose and effects in isolation from the Act's other provisions, in particular, sections 7 and 8. Next, it will be determined whether the CEM scheme, thus characterized, meets the *General Motors* test and therefore qualifies as valid federal legislation pursuant to Parliament's jurisdiction over general trade and commerce (*Securities Reference*, at paragraphs 91–92).

[90] Before moving on, I note that, on either reading of CASL described above, the Act's regulatory scheme, or schemes, also meet the remaining two requirements of a regulatory scheme: an investigatory procedure and a remedial mechanism (*General Motors*, at page 676). These criteria are satisfied by the investigatory and enforcement powers assigned to persons designated under section 14, as well as the CRTC, the Commissioner of Competition,

programmes d'ordinateur. Il n'est donc pas justifié d'examiner l'objet et les effets de ces deux derniers dans l'analyse de la constitutionnalité des dispositions contestées sur les MEC, qui doit être considérée à part. L'analyse doit être limitée aux dispositions contestées, qui ensemble forment le régime prévu par la Loi sur les MEC, et « [l]a question à trancher est donc celle de savoir si la somme des dispositions de ce régime, considérées ensemble, relève du pouvoir général en matière de trafic et de commerce » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 91). Si des dispositions qui semblent invalides peuvent devenir constitutionnelles une fois intégrées à un régime autrement valide, la simple existence de deux autres régimes valides au sein d'une même loi ne rend pas constitutionnel un régime invalide.

[88] Signalons que le CRTC semble reconnaître l'existence de plus d'un régime au sein de la Loi, car il distingue, au paragraphe 37 de sa décision sur la constitutionnalité, les dispositions sur les « MEC non sollicités » des « dispositions de la LCAP relatives à la modification des données de transmission ou à l'installation de programmes d'ordinateur ».

[89] C'est pourquoi dans l'analyse du partage des compétences, qui suit, nous déterminons d'abord le caractère véritable des dispositions contestées, examinées ensemble comme un régime économique visant à réglementer l'envoi de MEC non sollicités, en considérant leur objet et leurs effets, isolément des autres dispositions de la Loi, notamment les articles 7 et 8. Ensuite, nous décidons si le régime relatif aux MEC, ainsi qualifié, satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *General Motors* et constitue par conséquent une mesure législative fédérale valide relevant du pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, aux paragraphes 91 et 92).

[90] Avant d'aller plus loin, signalons que, quelle que soit l'interprétation adoptée parmi les deux décrites plus haut — c'est-à-dire l'existence, soit d'un seul régime administratif, soit de trois —, il est satisfait aux deux autres éléments d'un régime administratif, à savoir l'existence d'une procédure d'enquête et l'existence de recours (*General Motors*, à la page 676). Il est satisfait à ces éléments, car l'article 14 et d'autres dispositions confèrent

the Privacy Commissioner and this Court, pursuant to various provisions of the Act. As previously stated, the existence of a regulatory scheme is not contested on this appeal (Constitutional Decision, at paragraph 53). The preceding discussion was necessary only to identify the parameters of the regulatory scheme to be assessed in the sections that follow.

(2) *Pith and Substance Analysis*

[91] Having determined that the impugned CEM scheme, read in isolation, properly forms the subject of the pith and substance analysis, it is now necessary to consider that scheme's purpose and effects, or, in other words, what the scheme seeks to do and what it does (*Securities Reference*, at paragraph 94).

(a) Purpose of the CEM Scheme

[92] The case law tells us that legislative purpose may be ascertained by reference to both intrinsic and extrinsic evidence. Intrinsic evidence, from within the "four corners" of the legislation, includes explicit statements of an act's purpose in the legislation itself, as well as an act's general structure. Relevant extrinsic material may include accounts of the legislative process, including Hansard, government publications and similar material (*Firearms Reference*, at paragraph 31; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at page 484, (1993), 157 N.R. 97 (*Morgentaler*)). Determining legislative purpose may also be aided by identifying the defect in the law a statute aims to correct, or, in other words, the mischief or evil Parliament sought to address through the legislation (*Firearms Reference*, at paragraph 17; *Morgentaler*, at page 484).

[93] There is, of course, no purpose clause for CASL's CEM scheme in particular. However, the purpose clause for CASL as a whole, found at section 3 of the Act, is useful in discerning the purpose of the impugned scheme. Section 3 states that CASL's purpose is "to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by

des pouvoirs d'enquête et d'application à certaines personnes, outre le CRTC, le commissaire de la concurrence, le commissaire à la protection de la vie privée et la Cour. Rappelons que l'existence d'un régime administratif n'est pas contestée en l'espèce (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 53). L'analyse qui précède importe seulement lorsqu'il s'agit de circonscrire les paramètres du régime administratif qu'il faut examiner dans les parties qui suivent.

2) *Analyse du caractère véritable*

[91] Comme il est décidé que l'analyse du caractère véritable porte sur les dispositions sur les MEC, interprétées isolément, il faut ensuite examiner l'objet et les effets de ces dernières, autrement dit, ce qu'elles cherchent à accomplir et ce qu'elles accomplissent effectivement (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 94).

a) Objet des dispositions sur les MEC

[92] La jurisprudence enseigne qu'il est possible de discerner l'objet d'une loi à partir d'éléments de preuve intrinsèque et extrinsèque. La preuve intrinsèque, qui ressort des termes mêmes de la loi, comprend la disposition énonçant expressément son objet, ainsi que l'économie générale de la loi. Les éléments de preuve extrinsèque pertinents comprennent les rapports sur la filière législative, y compris les Débats de la Chambre des communes, les publications gouvernementales et d'autres documents semblables (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, au paragraphe 31; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la page 484, 1993 CanLII 74 (*Morgentaler*)). Il peut aussi être utile, pour déterminer l'objet d'une loi, de trouver la lacune dans le régime légal que la loi visait à corriger, autrement dit, le mal auquel le législateur entendait remédier en légiférant (*Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, au paragraphe 17; *Morgentaler*, à la page 484).

[93] La Loi ne comporte évidemment aucune disposition distincte énonçant l'objet des dispositions sur les MEC. Or, la disposition énonçant l'objet de la Loi dans son ensemble, qui figure à l'article 3, permet de discerner l'objet des dispositions contestées. Aux termes de l'article 3, la Loi a pour objet « de promouvoir l'efficacité

regulating commercial conduct that discourages reliance on electronic means of carrying out commercial activities”. The Act’s title echoes this purpose. The reasons why Parliament sought to regulate commercial conduct of this description through CASL are enumerated in paragraphs 3(a) to (d), which speak to the evils the legislation aims to address. More specifically, the commercial conduct regulated by CASL is targeted because that conduct:

Purpose of Act

3 ...

- (a) impairs the availability, reliability, efficiency and optimal use of electronic means to carry out commercial activities;
- (b) imposes additional costs on businesses and consumers;
- (c) compromises privacy and the security of confidential information; and
- (d) undermines the confidence of Canadians in the use of electronic means of communication to carry out their commercial activities in Canada and abroad.

It is because certain commercial activities can give rise to these undesirable consequences that impact the economy that Parliament undertook to regulate those activities through CASL.

[94] The commercial activities that CASL regulates are threefold: the alteration of transmission data in electronic messages, the unauthorized installation of computer programs and, most pertinently, the sending of unsolicited CEMs. Section 3 thus reveals that Parliament’s intention in legislating the impugned provisions was to create a scheme regulating the sending of CEMs in order to prevent impairment of the e-economy and costs to businesses and consumers, as well as to protect confidential information and Canadians’ confidence in e-commerce.

et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique ». Le titre de la Loi reflète cet objet. Les motifs ayant mené le législateur à vouloir réglementer de telles pratiques commerciales sont énumérées aux alinéas 3a) à d). Ces dispositions énoncent les maux auxquels la mesure voulait remédier. Précisément, les pratiques commerciales visées par la Loi :

Objet de la loi

3 [...]

- a) elles nuisent à l’accessibilité, à la fiabilité, à l’efficacité et à l’utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;
- b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;
- c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;
- d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l’utilisation des moyens de communication électronique pour l’exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l’étranger.

Comme certaines activités commerciales sont susceptibles d’emporter de telles conséquences fâcheuses qui nuisent à l’économie, le législateur a décidé de réglementer ces pratiques en adoptant la Loi.

[94] Les activités commerciales qui sont réglementées par la Loi se rangent dans trois catégories : la modification des données de transmission des messages électroniques, l’installation interdite de programmes d’ordinateur et l’envoi de MEC non sollicités, sur laquelle portent les présents appels. Il ressort de l’article 3 que le législateur entendait, en adoptant les dispositions contestées, créer un régime réglementant l’envoi de MEC pour empêcher que de telles pratiques nuisent à la cyberéconomie et entraînent des coûts pour les entreprises et les consommateurs, ainsi que pour protéger les renseignements confidentiels et préserver la confiance des Canadiens dans le commerce électronique.

[95] Parliamentary debates consistently support the conclusion that the purpose of CASL's CEM scheme is to regulate unsolicited CEMs in order to combat spam and associated online threats in the interests of privacy and security in order to promote a healthy e-economy (see the joint appeal book (JAB)):

The bill before us will reduce the burden of spam on Canadian businesses and the risks to individual Canadians. Our goal is to ensure continued confidence in electronic commerce by addressing the personal privacy and security concerns that surround Internet spam and related threats. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess, No 053 (7 May 2009) at 3216 (Mike Lake); JAB, at p. 1151.)

Government has a responsibility to create the economic conditions that will help build the digital economy. One of the ways we are doing this is by creating the right framework laws to build trust and confidence in online transactions and communications. Rules that counter unsolicited email are critical to that framework. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess, No 105 (2 November 2009) at 6495 (Mike Lake); JAB, at p. 1135.)

The legislation is about reducing spam and other computer-related threats that discourage the use of electronic commerce and undermine privacy. This legislation restores consumer confidence in online commerce by protecting both consumers and Canadian businesses from unwanted spam. Our goal is to ensure confidence in online commerce by addressing the privacy and personal security concerns that consumers associate with spam and related threats which deter consumers from participating in the online marketplace. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess, No 106 (3 November 2009) at 6581 (Gordon Brown); JAB, at p. 1144.)

The origins of this bill, after all, go back to the work of the task force on spam. The task force recommended that strong action be taken against unsolicited commercial emails, as it recognized that spam was becoming more than just a nuisance. It has become the means by which viruses, trojans and worms are spread through the Internet and it undermines confidence in the digital economy. (*House of Commons Debates*, 40th Parl, 3rd Sess, No 101

[95] Les débats parlementaires étayaient uniformément la conclusion selon laquelle les dispositions sur les MEC ont pour objet de réglementer l'envoi de MEC non sollicités pour lutter contre les pourriels et les menaces en ligne connexes dans l'intérêt de la protection des renseignements personnels et de la sécurité en vue de promouvoir la cyberéconomie (voir le dossier d'appel conjoint) :

Ce projet de loi va réduire le fardeau du pourriel pour les entreprises canadiennes et les risques pour le public canadien. L'objectif est de préserver la confiance dans le commerce électronique en répondant aux problèmes de protection de la vie privée et de la sécurité des personnes causés par le pourriel et les menaces connexes. (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e législ., 2^e sess., n^o 053 (7 mai 2009), p. 3216 (Mike Lake); dossier d'appel conjoint, p. 1151.)

Le gouvernement a la responsabilité de créer des conditions économiques propices à l'édification de l'économie numérique. L'un des moyens de le faire est d'établir le cadre législatif approprié pour que les gens aient confiance dans les transactions en ligne et les communications. Des règles interdisant les courriels non sollicités sont essentielles dans un tel cadre. (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e législ., 2^e sess., n^o 105 (2 novembre 2009), p. 6469 (Mike Lake); dossier d'appel conjoint, p. 1135.)

Le projet de loi vise à réduire le pourriel et les autres problèmes informatiques qui découragent les gens d'utiliser le commerce électronique et minent la confidentialité. Il vise à rétablir la confiance des consommateurs à l'égard du commerce en ligne en les protégeant, de même que les entreprises canadiennes, contre le pourriel. [...] Notre objectif est d'asseoir la confiance dans le cybercommerce en dissipant les inquiétudes relatives à la vie privée et à la sécurité personnelle que les consommateurs associent aux pourriels et aux menaces connexes et qui les dissuadent de faire des transactions commerciales en ligne. (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e législ., 2^e sess., n^o 106 (3 novembre 2009), p. 6581 (Gordon Brown); dossier d'appel conjoint, p. 1144.)

Après tout, ce projet de loi s'inspire du travail d'un groupe de travail chargé d'étudier les pourriels. Ce dernier a recommandé d'adopter des mesures musclées pour lutter contre les courriels commerciaux non sollicités parce qu'il a reconnu que les pourriels deviennent plus qu'un simple désagrément. Ils servent à propager des virus, des chevaux de Troie et des vers électroniques sur Internet et minent la confiance des gens dans l'économie numérique. (*Débats*

(22 November 2010) at 6268 (Dave Van Kesteren); JAB, at p. 1163.)

[96] Finally, I note that the appellant faults the CRTC for its “heavy reliance on CASL’s ‘stated purpose’” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 80). However, I also observe that the appellant, in discerning what it says is the “true purpose” of the CEM scheme, omits any consideration of the intrinsic and extrinsic evidentiary sources from which the case law tells us a law’s purpose is to be derived. The appellant seems rather to rely on what are, in its view, the scheme’s effects in order to arrive at its formulation of the scheme’s purpose (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 81).

(b) Effects of the CEM Scheme

[97] I turn now to consider the effects of CASL’s CEM scheme, which involves examining how the law sets out to achieve its purpose. Two types of effects are relevant to this inquiry: first, the direct legal effects of the legislation on the rights and liabilities of those subject to its terms, and, secondly, the practical consequences of the scheme’s application, looking beyond its strict legal operation. The legislation may have incidental effects that implicate heads of power outside of Parliament’s jurisdiction—these effects can be discounted in the search for the main thrust of the legislation (*Securities Reference*, at paragraph 63; see also *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3 (*Canadian Western Bank*), at paragraph 28 and *General Motors*, at page 667).

(i) Direct Legal Effects

[98] The direct legal effect of the impugned provisions is the establishment of a federal regulatory scheme for unsolicited CEMs applicable to all provinces. Under this scheme, persons wishing to send electronic communications that can reasonably be considered to have as a purpose encouraging participation in a commercial activity may only do so where recipients have consented to

de la Chambre des communes, 40^e législ., 3^e sess., n^o 101 (22 novembre 2010), p. 6268 (Dave Van Kesteren); dossier d’appel conjoint, p. 1163.)

[96] Enfin, signalons que l’appelante reproche au CRTC [TRADUCTION] « l’importance considérable qu’il accorde à “la disposition énonçant l’objet” de la Loi » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 80). Cependant, signalons également que l’appelante, dans sa recherche de ce qu’elle qualifie de [TRADUCTION] « véritable objet » des dispositions sur les MEC, omet d’examiner les éléments de preuve intrinsèque et extrinsèque dont il est possible de tirer l’objet d’une loi, suivant la jurisprudence. Elle semble plutôt formuler l’objet des dispositions à la lumière des effets qu’elle attribue à ces dernières (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81).

b) Effets des dispositions sur les MEC

[97] Abordons ensuite les effets des dispositions sur les MEC. Une telle analyse, qui nécessite d’examiner la manière dont la Loi atteint son objet, fait intervenir deux types d’effets : premièrement, les effets juridiques directs de la mesure sur les droits et les obligations des personnes qui y sont assujetties et, deuxièmement, les conséquences pratiques de l’application du régime qui transcendent sa seule opération juridique. La mesure est susceptible d’avoir des effets incidents faisant jouer une autre matière qui ne relève pas de la compétence du Parlement — ces effets peuvent être écartés dans la recherche du caractère véritable de la loi (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 63; voir également *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3 (*Banque canadienne de l’Ouest*), au paragraphe 28 et *General Motors*, à la page 667).

(i) Effets juridiques directs

[98] Les dispositions contestées ont pour effet juridique direct la création d’un régime fédéral de réglementation des MEC non sollicités applicable à toutes les provinces. Dans le cadre de ce régime, les personnes souhaitant envoyer des communications électroniques dont l’objet, raisonnablement interprété, est de promouvoir la participation à une activité commerciale n’y sont autorisées que

receiving such messages and CASL's content requirements relating to unsubscribe mechanisms and sender contact information have been met. These legal constraints apply unless a message falls within one of the Act's exclusions or recipients' consent can be implied. Contravention of these regulations renders the sender liable to an AMP or a civil suit. These are the direct effects of the CEM scheme. The scheme's effect is not, contrary to the appellant's assertions, to "sweep in all messages that might have a minor commercial purpose" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81, emphasis in original).

[99] What the CEM scheme does not regulate also suggests its operation is limited to its stated purpose. In other words, the scheme's effects do not appear to diverge substantially from its stated aim, which might suggest colourability (*Firearms Reference*, at paragraph 18). The impugned provisions target a particular type of electronic communication—commercial messaging—that is intimately tied to the scheme's purpose of protecting e-commerce. The scheme has no effect on the sending of electronic messages that cannot reasonably be considered to have as a purpose encouraging participation in a commercial activity. This belies the appellant's assertion that "CASL's 'true purpose' is to regulate unsolicited messages generally" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 81, emphasis in original).

[100] More particularly still, the impugned scheme regulates only a narrow aspect of the targeted type of messaging. The scheme establishes three consent-related preconditions for the sending of CEMs: express or implied consent of the recipient; inclusion of an unsubscribe mechanism to allow recipients to withdraw consent; and inclusion of senders' identification and contact information so these individuals can be contacted directly and informed of recipients' withdrawal of consent, if necessary.

si elles ont obtenu le consentement des destinataires et si leurs messages sont conformes aux exigences prévues dans la Loi quant à l'existence d'un mécanisme d'exclusion et aux coordonnées de l'expéditeur. Ces restrictions légales s'appliquent, à moins qu'un message soit visé par une exception prévue à la Loi ou que le destinataire a consenti tacitement à recevoir le message. L'expéditeur qui contrevient à ces règles s'expose à une SAP ou à une action civile. Ce sont là les effets directs des dispositions sur les MEC. Elles n'ont pas pour effet, contrairement à ce qu'affirme l'appelante, de [TRADUCTION] « viser tous les messages susceptibles de comporter un objet un tant soit peu commercial » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81, souligné et en gras dans l'original).

[99] Il ressort également des sujets que les dispositions sur les MEC ne réglementent pas que leur opération est limitée à l'objet énoncé. Autrement dit, les effets des dispositions ne semblent pas différer de manière importante de l'objet énoncé; si c'était le cas, on pourrait croire à l'existence d'un « motif déguisé » (*Renvoi sur la Loi sur les armes à feu*, au paragraphe 18). Les dispositions contestées visent une catégorie de communications électroniques, à savoir les messages commerciaux, qui est étroitement liée à l'objet des dispositions, qui consiste à protéger le commerce électronique. Les dispositions n'ont pas d'effet sur l'envoi de messages électroniques dont on ne peut raisonnablement affirmer qu'ils visent à promouvoir la participation à une activité commerciale. Ainsi, la thèse de l'appelante selon laquelle [TRADUCTION] « le "véritable objet" de la Loi consiste à réglementer les messages non sollicités de manière générale » est réfutée (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, par. 81, souligné et en gras dans l'original).

[100] Plus précisément, les dispositions contestées réglementent seulement un aspect étroit de la catégorie de messages visés. Elles subordonnent l'envoi de MEC à trois conditions : le consentement exprès ou tacite de l'expéditeur, un mécanisme d'exclusion permettant aux destinataires de retirer leur consentement et l'inclusion de l'identité et des coordonnées de l'expéditeur, de sorte que les destinataires puissent communiquer directement avec ce dernier pour l'informer du retrait de leur consentement, au besoin.

[101] CASL's CEM scheme does not seek to regulate any other aspect of commercial messaging. The impugned scheme in no way affects the terms of any contract of sale that might arise between senders and recipients of CEMs. It does not regulate the content of CEMs other than mandating the inclusion of an unsubscribe mechanism and senders' contact information; marketing and advertising-related content considerations are otherwise unaffected. The scheme does not protect consumers from any unfair business practices beyond the sending of unsolicited commercial messages. Essentially, once recipient consent has been obtained and the few consent-related content requirements satisfied, as far as CASL is concerned, senders of CEMs are at liberty to offer, advertise or promote any form of transaction, act or conduct they wish, in any manner, according to whatever terms they see fit.

[102] Just as the Supreme Court observed of competition in *General Motors*, commercial electronic messaging is "not a single matter, any more than inflation or pollution" (*General Motors*, at page 682). The provinces may deal with commercial messaging in the exercise of their jurisdiction over fields such as consumer protection and marketing. However, if regulation of the narrow aspect of commercial messaging targeted by the impugned provisions constitutes an objective that legitimately falls under federal jurisdiction, then Parliament also has the constitutional authority to legislate with respect to that aspect.

[103] According to the double aspect doctrine "the fact that a matter may for one purpose and in one aspect fall within federal jurisdiction does not mean that it cannot, for another purpose and in another aspect, fall within provincial competence" (*Canadian Western Bank*, at paragraph 30; *Securities Reference*, at paragraph 66). The double aspect doctrine "recognizes that both Parliament and the provincial legislatures can adopt valid legislation on a single subject depending on the perspective from which the legislation is considered, that is, depending on the various 'aspects' of the 'matter' in question" (*Canadian Western Bank*, at paragraph 30). I also note, in this regard, that the impugned scheme does not displace, nor does it substantially duplicate, any existing provincial legislation.

[101] Les dispositions sur les MEC ne visent pas à réglementer d'autres aspects des messages commerciaux. Elles n'ont aucune incidence sur les modalités d'un contrat de vente intervenu entre l'expéditeur des MEC et le destinataire. Elles ne réglementent pas la teneur des MEC, sauf pour obliger l'expéditeur à y inclure un mécanisme d'exclusion ainsi que ses coordonnées. Les aspects relatifs au marketing et à la publicité ne sont pas autrement touchés. Les dispositions ne protègent pas les consommateurs des pratiques déloyales autres que l'envoi de MEC non sollicités. Essentially, dès lors que le consentement du destinataire est obtenu et qu'il est satisfait aux quelques conditions imposées quant à la teneur des messages, il est loisible aux expéditeurs de MEC d'offrir, d'annoncer ou de promouvoir toutes sortes d'opérations, d'actes ou de pratiques, sous quelque forme et suivant quelque modalité que ce soit.

[102] Comme le fait observer la Cour suprême au sujet de la concurrence dans l'arrêt *General Motors*, l'envoi de messages électroniques commerciaux « ne constitue pas un seul et même sujet, pas plus que l'inflation ou la pollution » (à la page 682). Les provinces peuvent légiférer en la matière en vertu de leur compétence sur la protection du consommateur et le marketing notamment. Cependant, si la réglementation de l'aspect étroit des messages commerciaux visés par les dispositions contestées constitue un objet qui relève valablement de la compétence fédérale, le législateur dispose également du pouvoir constitutionnel de légiférer en la matière.

[103] Selon la théorie du double aspect « le fait qu'une matière puisse, à une fin et à un égard précis, relever de la compétence fédérale ne signifie pas que cette matière ne peut, à une autre fin et à un autre égard, relever de la compétence provinciale » (*Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 30; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 66). Cette théorie « reconnaît que le Parlement et les législatures provinciales peuvent adopter des lois valables sur un même sujet, à partir des perspectives selon lesquelles on les considère, c'est-à-dire selon les "aspects" variés de la "matière" discutée » (*Banque canadienne de l'Ouest*, au paragraphe 30). Signalons aussi à cet égard que les dispositions contestées n'ont pas pour effet d'évincer, ou de dédoubler de manière importante, une loi provinciale.

[104] I wish to address, briefly, the appellant’s contention that the impugned scheme intrudes on provincial jurisdiction because its consent formalities “interfere[] with contractual terms” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 81). The specific nature of CASL’s alleged contractual interference is not entirely clear, as the appellant provides no explanation or supporting analysis of its argument on this point. Instead, the appellant’s single-sentence assertion cites a letter addressed to Industry Canada, authored by one Philip Palmer, a lawyer with expertise on CASL who appeared as a witness before the Parliamentary Standing Committee on Industry, Science and Technology, the body tasked with reporting to Parliament on CASL (JAB, at pages 13913–13914). Mr. Palmer’s letter specifically addresses CASL’s requirement that all CEMs contain an unsubscribe mechanism. The letter conjures a hypothetical situation where a contract stipulates that a creditor may only move to enforce its legal rights against a debtor after providing notice electronically. Since CASL requires that the creditor’s prior electronic messages to the debtor include an unsubscribe mechanism, should the debtor “strategically” utilize this mechanism before the creditor’s electronic notice is sent, the debtor “can certainly slow—if not arrest—the triggering of legal enforcement” (JAB, at page 13914). According to Mr. Palmer, this would result in the “frustration of contractual rights” (JAB, at page 13914).

[105] I reject the argument raised (or alluded to) by the appellant in this regard. *Parsons v. Citizens’ Insurance Co. of Canada* (1881), 7 App. Cas. 96 (*Parsons*), a foundational case on the scope of the federal trade and commerce power, indeed established that subsection 91(2) “does not comprehend the power to regulate by legislation the contracts of a particular business or trade” (*Parsons*, at page 113; see also *Securities Reference*, at paragraph 75). However, it is clear that CASL’s CEM scheme does not regulate the contracts of any particular business or trade. The scheme’s effects apply to the exceedingly wide array of businesses and trades that participate in e-commerce. These effects, in any event, do not include, in any meaningful sense, the regulation of contracts nor the frustration of contractual rights.

[104] Abordons brièvement la thèse de l’appelante selon laquelle les dispositions contestées empiètent sur une matière de compétence provinciale, car leurs exigences quant au consentement [TRADUCTION] « ont un effet sur les modalités contractuelles » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 81). La nature des effets n’est pas précisée, l’appelante n’ayant fourni aucune explication ni analyse étayant cet argument. La prétention de l’appelante, énoncée en une seule phrase, renvoie à une lettre adressée à Industrie Canada par M^e Philip Palmer, un avocat qui connaît bien la Loi et qui a comparu devant le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie, chargé de faire rapport au Parlement sur la Loi (dossier d’appel conjoint, aux pages 13913 et 13914). Dans sa lettre, M^e Palmer aborde expressément l’obligation pour les MEC de comporter un mécanisme d’exclusion. Il présente le scénario hypothétique suivant : un contrat stipule que le créancier ne peut exercer ses droits contre un débiteur qu’après lui avoir transmis un avis électronique. La Loi oblige les messages électroniques antérieurs du créancier au débiteur de comporter un mécanisme d’exclusion. Si le débiteur recourait de manière « stratégique » à un tel mécanisme avant l’envoi de l’avis, le débiteur [TRADUCTION] « disposerait d’un moyen de ralentir, voire de bloquer, l’exercice des droits » du créancier (dossier d’appel conjoint, à la page 13914). Selon M^e Palmer, il en résulterait [TRADUCTION] « la frustration des droits contractuels » (dossier d’appel conjoint, à la page 13914).

[105] Je rejette cet argument soulevé (ou évoqué) par l’appelante. Suivant l’arrêt *Parsons v. Citizens’ Insurance Co. of Canada* (1881) 7 App. Cas. 96 (*Parsons*), une décision de principe sur la portée de la compétence fédérale en matière de trafic et de commerce, le paragraphe 91(2) [TRADUCTION] « ne comprend pas le pouvoir de légiférer pour régler les contrats d’un échange ou d’un commerce en particulier » (*Parsons*, à la page 113; voir également le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 75). Or, il est manifeste que les dispositions sur les MEC de la Loi ne réglementent pas les contrats d’un secteur ou d’un commerce en particulier. Ces dispositions ont des effets sur les secteurs et commerces extrêmement variés qui participent au commerce électronique. Quoi qu’il en soit, ces effets n’incluent pas véritablement la réglementation des contrats ni la frustration des droits issus de contrats.

[106] First, I observe that neither CASL’s unsubscribe mechanism requirements nor any other facet of CASL’s CEM scheme constrains parties’ freedom to stipulate in a contract whatever method of communication or notification they wish to take place between them. Secondly, frustration of a contract can only be caused “by something for which neither party was responsible” (*Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.*, [1935] A.C. 524, at page 531, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.) (*Maritime National Fish*)). In Mr. Palmer’s hypothetical, the debtor, by unsubscribing from the creditor’s messages and precluding notice in the contractually mandated form, created the conditions preventing enforcement of the creditor’s contractual rights. The debtor could not then “rely on their own default to excuse them from liability under the contract” (*Maritime National Fish*, at page 531). The debtor remains liable and the creditor retains its legally enforceable rights under the contract. As Mr. Palmer rightly notes, at most, bad-faith use of the unsubscribed mechanism by a contracting party could delay enforcement of contractual rights—it cannot, however, frustrate contractual rights nor alter contractual terms. Accordingly, I am unpersuaded that CASL intrudes on provincial jurisdiction by interfering with contractual terms.

(ii) Follow-through Effects

[107] One practical consequence or follow-through effect of the impugned CEM scheme is to regulate the transmission of some commercial information that takes place entirely within a province. Where this occurs, even the narrow aspect of commercial messaging targeted by CASL’s CEM scheme may very well lie within provincial jurisdiction over property and civil rights or local and private matters. This is not, however, fatal to the legislation. Regulation of “purely local” messaging, as the appellant puts it at paragraph 81 of its constitutional memorandum, is merely an incidental or secondary effect of the impugned scheme.

[108] Incidental effects are “effects that may be of significant practical importance but are collateral and secondary to the mandate of the enacting legislature” (*Canadian*

[106] En premier lieu, signalons que ni les obligations quant au mécanisme d’exclusion, ni quelque autre facette de la Loi n’empêchent les parties à un contrat d’y préciser toute méthode de communication ou d’avis voulue. En deuxième lieu, la frustration d’un contrat ne peut découler que [TRADUCTION] « d’une cause attribuable à aucune des parties » (*Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.*, [1935] A.C. 524, à la page 531, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.) (*Maritime National Fish*)). Dans le scénario hypothétique présenté par M^c Palmer, le débiteur, en s’excluant des messages du créancier et en bloquant la transmission de l’avis prévu dans le contrat, aurait créé les conditions empêchant l’exercice des droits contractuels du créancier. Le débiteur ne pourrait alors [TRADUCTION] « exciper de son propre manquement pour se soustraire à la responsabilité au titre du contrat » (*Maritime National Fish*, à la page 531). Le débiteur est responsable, et le créancier conserve les droits que le contrat lui confère. Comme M^c Palmer le signale à bon droit, tout au plus, le recours de mauvaise foi au mécanisme d’exclusion par l’une des parties au contrat serait susceptible de ralentir l’exercice des droits contractuels — il ne saurait cependant frustrer ces droits ou modifier les modalités d’un contrat. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincus que la Loi empiète sur un domaine de compétence provinciale en modifiant les modalités de contrats.

(ii) Effets pratiques

[107] Les dispositions contestées ont notamment pour effet pratique de réglementer la transmission intraprovinciale de renseignements commerciaux. Dans de tels cas, il se peut que même l’aspect étroit des messages commerciaux visés par les dispositions sur les MEC de la Loi relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils ou sur les matières d’une nature locale ou privée. Cependant, ce n’est pas fatal pour la mesure législative. La réglementation de messages de nature [TRADUCTION] « purement locale », comme le fait valoir l’appelante au paragraphe 81 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, n’est qu’un effet accessoire ou secondaire des dispositions contestées.

[108] Par effets accessoires, on entend les « effets de la loi qui peuvent avoir une importance pratique significative mais qui sont accessoires et secondaires au mandat

Western Bank, at paragraph 28 citing *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at paragraph 28). Incidental intrusions on provincial jurisdiction are entirely consonant with the modern view of federalism and can be discounted in the division of powers analysis (*Canadian Western Bank*, at paragraph 29). Indeed, “[t]he ‘pith and substance’ doctrine is founded on the recognition that it is in practice impossible for a legislature to exercise its jurisdiction over a matter effectively without incidentally affecting matters within the jurisdiction of another level of government” (*Canadian Western Bank*, at paragraph 29). The dominant purpose or true nature of legislation, rather than its secondary effects, is decisive.

[109] The impugned scheme’s regulation of intraprovincial messaging is incidental to its primary aim of regulating CEMs that by nature do not respect provincial borders and can have a dramatic effect on the national economy. Pursuit of this primary aim made the scheme’s regulation of some intraprovincial messaging unavoidable. The comments made in *General Motors*, at pages 692–693, by Dickson C.J. with respect to section 31.1 of what was then the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23 are equally applicable in this case in light of the practical necessities associated with creating a nation-wide CEM scheme:

.... In my view, the fact that federal legislation may have some ramifications on trade carried on solely within one province will not be fatal to the legislation’s validity. Every general enactment will necessarily have some local impact and it would be absurd to strike down legislation for that reason alone. All of the provisions of the *Combines Investigation Act* are open to application on purely intraprovincial transactions. In fact, the *Combines Investigation Act* would not be effective competition legislation if it could not reach intraprovincial activities. The simple fact that s. 31.1 can be applied to transactions occurring entirely within a single province does not undermine the section’s validity.

de la législature qui a édicté la loi » (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 28 renvoyant à *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, au paragraphe 28). Les intrusions incidentes dans des matières de compétence provinciale sont tout à fait conformes à la vision moderne du fédéralisme; on peut en faire fi dans l’analyse du partage des compétences (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 29). En effet, « [l]a doctrine du “caractère véritable” repose sur la reconnaissance de l’impossibilité pratique qu’une législature exerce efficacement sa compétence sur un sujet sans que son intervention ne touche incidemment à des matières relevant de la compétence de l’autre ordre de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest*, au paragraphe 29). Ce qui est déterminant est l’objet dominant ou la nature véritable de la loi, et non ses effets secondaires.

[109] La réglementation des messages intraprovinciaux constitue un effet accessoire des dispositions contestées, dont l’objet primaire consiste à réglementer les MEC qui, de par leur nature, ne respectent pas les frontières provinciales et sont susceptibles d’avoir un effet grave sur l’économie nationale. Dans la poursuite de cet objet primaire, il est inévitable que les dispositions contestées réglementent également des messages intraprovinciaux. Les remarques du juge en chef Dickson dans l’arrêt *General Motors*, aux pages 692 et 693, au sujet de l’article 31.1 de ce qui était à l’époque la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, s’appliquent également à la présente espèce, vu la nécessité sur le plan pratique d’un régime national sur les MEC :

[...] À mon avis, le fait qu’une loi fédérale puisse avoir des ramifications sur le commerce dans une seule province ne sera pas fatal à la validité de cette loi. Toute loi générale aura forcément des répercussions locales et il serait absurde d’invalider des lois pour cette seule raison. Toutes les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* peuvent s’appliquer à des opérations purement intraprovinciales. D’ailleurs, la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne serait pas une loi efficace en matière de concurrence si elle ne pouvait viser les activités intraprovinciales. Le simple fait que l’art. 31.1 puisse s’appliquer à des opérations qui se déroulent entièrement dans une seule province ne compromet pas la validité de l’article.

[110] Given the purpose and effects of CASL's CEM scheme set out above, the main thrust of the impugned scheme is to regulate the public's ability to send unsolicited CEMs in order to guard against the threats that such messages can pose to Canada's e-economy.

(3) *Classification: General Motors Test*

[111] Having determined the essential character of the impugned provisions, the CEM scheme must now be classified by reference to the heads of power enumerated in the Constitution Act. This Court must determine whether CASL's CEM scheme is, in particular, a valid exercise of Parliament's jurisdiction over general trade and commerce affecting Canada as a whole. This field of federal competency is particularly susceptible to expansive interpretation that could threaten the constitutional balance of power struck between Canada's federal and provincial governments. However, while an overly broad interpretation could allow Parliament to run roughshod over provincial powers with respect to property and civil rights as well as local matters, failure to give meaningful scope to Parliament's jurisdiction over trade and commerce would be equally detrimental to the integrity of the Constitution's institutional framework (*Securities Reference*, at paragraphs 70–74).

[112] To maintain balance between federal and provincial powers, federal jurisdiction over general trade and commerce is confined to matters that are “genuinely national in scope and qualitatively distinct from those falling under provincial heads of power relating to local matters and property and civil rights” (*Securities Reference*, at paragraph 70). To distinguish such matters from those of a more local nature better suited to provincial regulation, the jurisprudence has developed a five-factor inquiry.

[113] The five *indicia* of valid general trade and commerce legislation were set out by the Supreme Court in *General Motors*. They are as follows: (i) the impugned legislation must be part of a regulatory scheme; (ii) the

[110] Vu l'objet et les effets des dispositions de la Loi sur les MEC décrits plus haut, nous estimons que le caractère véritable de ces dernières consiste à réglementer l'envoi des MEC non sollicités en vue d'atténuer les risques pour la cyberéconomie canadienne susceptibles de découler de tels messages.

3) *Classification : critère de l'arrêt General Motors*

[111] Une fois que le caractère véritable des dispositions contestées est établi, il faut ensuite ranger ces dernières dans l'un ou l'autre chefs de compétence énumérés dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour doit décider si les dispositions sur les MEC, en particulier, représentent un exercice valide de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce à l'échelle du pays. Ce domaine de compétence fédérale est particulièrement sujet à une interprétation large susceptible de rompre l'équilibre établi par la Constitution entre les matières fédérales et les matières provinciales. Or, si une interprétation indûment large est susceptible de permettre au Parlement d'empiéter sur les champs de compétence provinciale visant la propriété et les droits civils ainsi que les matières de nature locale, omettre de donner une portée significative à la compétence du Parlement sur le trafic et le commerce nuirait tout autant à l'intégrité du cadre constitutionnel (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, aux paragraphes 70 à 74).

[112] Pour assurer l'équilibre entre les pouvoirs fédéraux et les pouvoirs provinciaux, il convient de circonscrire la compétence fédérale générale sur le trafic et le commerce aux matières « d'une nature véritablement nationale et différente sur le plan qualitatif de celles qui sont visées par les chefs de compétence provinciale intéressant les matières locales ainsi que la propriété et les droits civils » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 70). Pour distinguer ces matières de celles ayant une nature locale se prêtant davantage à la réglementation provinciale, la jurisprudence a élaboré une analyse comportant cinq facteurs.

[113] La Cour suprême énonce dans l'arrêt *General Motors* les cinq indices de validité d'une loi réglementant le trafic et le commerce ainsi : (i) la mesure législative contestée doit s'inscrire dans un système général de

scheme must be monitored by the continuing oversight of a regulatory agency; (iii) the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry; (iv) the legislation should be of a nature that provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of enacting; and (v) the failure to include one or more provinces or localities in a legislative scheme would jeopardize the successful operation of the scheme in other parts of the country (*Kirkbi*, at paragraph 17 citing *General Motors*, at page 662).

[114] The five *General Motors indicia* are hallmarks of a valid exercise of Parliament’s general trade and commerce power. However, the list of criteria is non-exhaustive, and failure to meet all five is not necessarily fatal to federal legislation (*Kirkbi*, at paragraph 17). As the Supreme Court stated in *General Motors*, the five *indicia* simply offer a “principled way” of conducting the analysis, “a preliminary check-list of characteristics, the presence of which in legislation is an indication of validity under the trade and commerce power” (*General Motors*, at pages 662 and 663).

[115] The appellant concedes that the impugned CEM scheme meets the first two *indicia* regarding the existence of a regulatory scheme under the oversight of a regulatory agency (Constitutional Decision, at paragraph 53). I therefore proceed to the third step of the test.

- (a) *General Motors* Test (iii) Is the Legislation Concerned with Trade as a Whole?

[116] The third *General Motors indicium* is the legislation must be concerned with trade as a whole rather than with a particular industry. I accept the CRTC’s assessment, at paragraphs 56–57 of its Constitutional Decision, that e-commerce has become a pillar of Canada’s national economy, one that transcends industries, sectors and categories of market participants as well as provincial borders. Email, which is similarly borderless, is integral to

réglementation; (ii) le système doit faire l’objet d’une surveillance constante par un organisme de réglementation; (iii) la mesure législative doit porter sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur un secteur en particulier; (iv) la mesure doit être d’une nature telle que la Constitution n’habiliterait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l’adopter; (v) l’omission d’inclure une seule ou plusieurs provinces ou localités dans le système législatif compromettrait l’application de ce système dans d’autres parties du pays (*Kirkbi*, au paragraphe 17 renvoyant à *General Motors*, à la page 662).

[114] La présence des cinq facteurs énoncés dans l’arrêt *General Motors* indique un exercice valide de la compétence générale du Parlement en matière de trafic et de commerce. Toutefois, cette liste n’est pas exhaustive, et l’absence d’un facteur n’est pas forcément fatale à la mesure législative fédérale (*Kirkbi*, au paragraphe 17). Comme l’affirme la Cour suprême dans l’arrêt *General Motors*, les cinq indices constituent simplement une « façon ordonnée » d’aborder l’analyse, c’est-à-dire « une liste préliminaire de contrôle de caractéristiques dont l’existence dans la mesure législative est un indice de sa validité en vertu de la compétence en matière [de trafic] et de commerce » (*General Motors*, aux pages 662 et 663).

[115] Comme l’appelante admet que les dispositions sur les MEC contestées satisfont aux deux premiers indices de validité, à savoir l’appartenance à un système général de réglementation faisant l’objet d’une surveillance constante par un organisme de réglementation (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 53), passons au troisième volet de l’analyse.

- a) Critère de l’arrêt *General Motors* (iii) la mesure législative porte-t-elle sur le commerce dans son ensemble?

[116] Suivant le troisième indice du critère de l’arrêt *General Motors*, la mesure législative doit concerner le commerce dans son ensemble et non un secteur en particulier. J’accepte la conclusion du CRTC, énoncée aux paragraphes 56 et 57 de sa décision sur la constitutionnalité, selon laquelle le commerce électronique est devenu un pilier de l’économie nationale, qui transcende les secteurs et les catégories de participants au marché économique ainsi

the functioning of the e-economy for the reasons stated at paragraph 57 of the Constitutional Decision.

[117] Unsolicited emails can carry a number of electronic threats, “such as phishing attacks, malware, botnets (malware that is controlled remotely), identity theft, and online scams.” (Constitutional Decision, at paragraph 61). The record shows that the potential of CEMs to transmit such pernicious contents has both direct and indirect costs on businesses, necessitating investments in anti-spam filters and other security solutions, giving rise to help desk costs and causing lost productivity as well as wasted storage and server capacity. Realization of the threats that can accompany CEMs would also impair, in a far more drastic way, the ability of businesses or individuals—depending on the victim of the attack—to use electronic means to carry out commercial activities. Unsolicited CEMs, both because they are potential vehicles for electronic threats and because they are often unwanted and irritating, also undermine consumer confidence in e-commerce (Canada, Task Force on Spam, *Stopping Spam: Creating a stronger, safer Internet*, (Ottawa: Industry Canada, May 2005) (Task Force on Spam Report); JAB, at page 11905; OECD, Directorate for Science, Technology and Industry, Committee on Consumer Policy and Committee for Information, Computer and Communications Policy, *Report of the OECD Task Force on Spam: Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures*, OECD Digital Economy Papers No 114, DSTI/CP/ICCP/SPAM(2005)3/FINAL (April 2006); JAB, at page 12617).

[118] These deleterious effects associated with unsolicited CEMs threaten e-commerce in Canada. The impugned scheme regulates the sending of unsolicited CEMs to defend against these threats. Once it is accepted that

que les frontières provinciales. Le courriel, qui transcende aussi les frontières, est essentiel au fonctionnement de la cyberéconomie pour les motifs énoncés au paragraphe 57 de la décision sur la constitutionnalité.

[117] Les courriels non sollicités sont susceptibles de véhiculer des menaces en ligne, « telles que les attaques d’hameçonnage, les logiciels malveillants, les réseaux de zombies (logiciels malveillants qui sont contrôlés à distance), les vols d’identité et les escroqueries en ligne » (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 61). Le dossier révèle que la faculté des MEC de transmettre pareil contenu perniciosus entraîne des coûts directs et indirects pour les entreprises, contraintes d’investir dans des solutions de sécurité comme des filtres antipourriel, ce qui fait augmenter les frais reliés aux services de dépannage informatique, réduit la productivité et accapare la capacité de stockage des données et la capacité des serveurs. Si les menaces qu’emportent les MEC se concrétisent, la capacité des entreprises et des particuliers — selon la victime de l’attaque — d’utiliser des moyens électroniques de réaliser des activités commerciales serait également sérieusement entravée. Les MEC non sollicités, tant parce qu’ils peuvent être un véhicule pour des menaces électroniques que parce qu’ils arrivent souvent sans qu’on les ait sollicités et qu’ils sont irritants, minent la confiance des consommateurs à l’égard du commerce électronique (Canada, Groupe de travail sur le pourriel, *Freinons le pourriel : Créer un Internet plus fort et plus sécuritaire* (Ottawa : Industrie Canada, mai 2005) (rapport du Groupe de travail sur le pourriel); dossier d’appel conjoint, à la page 11905; OCDE, Direction de la Science, de la technologie et de l’innovation, Comité de la politique à l’égard des consommateurs et Comité de la politique de l’information, de l’informatique et des communications, *Rapport du Groupe de réflexion sur le spam de l’OCDE : Boîte à outils anti-spam de politiques et mesures recommandées*, document de l’OCDE sur l’économie du numérique n° 114, DSTI/CP/ICCP/SPAM(2005)3/FINAL (le 19 mai 2006); dossier d’appel conjoint, à la page 12617).

[118] Ces effets délétères des MEC non sollicités nuisent au commerce électronique au Canada. Les dispositions contestées réglementent l’envoi de MEC non sollicités pour contrer de telles menaces. Une fois qu’on accepte

e-commerce permeates Canada's economy and is not confined to any specific industry or sector—and I do not perceive the appellant as seriously contesting this proposition—it must follow that the impugned legislation is concerned with trade as a whole and thus satisfies the third *General Motors indicium*.

[119] The appellant, however, draws a parallel between CASL's CEM scheme and the federal securities scheme found to be *ultra vires* Parliament in the *Securities Reference*. Just as the latter act reached into "all aspects of contracts for securities within the provinces" and would have triggered the "wholesale displacement of provincial regulation", CASL's CEM scheme, according to the appellant, "reaches into the day-to-day regulation of messaging, also regulated by provincial consumer protection, privacy and marketing laws" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 82).

[120] The appellant's argument must be rejected, and the *Securities Reference* distinguished from the present case, on two grounds. First, unlike the abortive Securities Act [*Proposed Canadian Securities Act*, Order in Council P.C. 2010-667], the impugned CEM scheme does not engage in the detailed regulation of an industry. Secondly, it is not clear that the CEM scheme displaces existing provincial legislation.

[121] The Securities Act fell outside Parliament's constitutional purview over general trade and commerce because the legislation descended into the day-to-day regulation of a specific industry—the securities industry (*Securities Reference*, at paragraph 123). The Supreme Court found that the act "would regulate *all* aspects of contracts for securities within the provinces, including *all* aspects of public protection and professional competence within the provinces" (*Securities Reference*, at paragraph 122, emphasis in original). The act was thus an "attempt to take over regulation of the entirety of the securities trade in Canada" (*Securities Reference*, at paragraph 126).

que le commerce électronique a infiltré l'économie canadienne dans son ensemble, et non un seul secteur — non pas que l'appelante conteste sérieusement pareille thèse —, il s'ensuit que la loi contestée intéresse le commerce dans son ensemble. Il est donc satisfait au troisième indice du critère de l'arrêt *General Motors*.

[119] Or, l'appelante établit un parallèle entre les dispositions de la Loi sur les MEC et le projet de loi fédéral sur les valeurs mobilières dont la Cour suprême, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, a affirmé qu'il ne relevait pas de la compétence fédérale. Tout comme cette dernière mesure a infiltré [TRADUCTION] « tous les aspects des contrats sur les valeurs mobilières » et aurait « évincé le règlementation provinciale dans son ensemble », les dispositions de la Loi sur les MEC « intéresse la réglementation courante des messages, qui tombe également sous le coup de la législation provinciale en matière de protection du consommateur, de la protection des renseignements personnels et de marketing » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 82).

[120] Il faut rejeter l'argument de l'appelante et distinguer le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* de la présente affaire, et ce pour deux motifs. En premier lieu, contrairement à la Loi sur les valeurs mobilières avortée [*Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières*, décret C.P. 2010-667], les dispositions sur les MEC ne réglementent pas un seul secteur par le menu. En second lieu, il n'est pas évident que les dispositions sur les MEC évincent effectivement la réglementation provinciale.

[121] La *Loi sur les valeurs mobilières* excédait le pouvoir général du Parlement en matière de trafic et de commerce, parce qu'elle visait la réglementation courante d'un secteur en particulier, à savoir le secteur des valeurs mobilières (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 123). Pour citer la Cour suprême, « la Loi régirait à l'échelle provinciale *tous* les aspects des contrats portant sur les valeurs mobilières, y compris la protection du public et la compétence professionnelle dans les provinces » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 122, italiques dans l'original). La loi constituait ainsi une « tentative du gouvernement fédéral

[122] The appellant’s analogy between the Securities Act and CASL’s CEM scheme is ill suited in this regard. In the first place, the impugned CEM scheme does not regulate all messaging, but only one specific type—commercial messaging. It furthermore targets only a narrow aspect of this type of messaging, leaving ample room for provincial regulation of CEMs, including in the areas of consumer protection, privacy and marketing mentioned by the appellant. Further still, “messaging”, or, more properly, “commercial messaging”, is not a discrete economic industry in the same way as the trade in securities. E-commerce transcends industries and permeates the economy, meaning that CASL’s CEM scheme regulates a specific aspect of many industries, rather than all aspects of a specific industry, as with the Securities Act. The current inquiry centers on whether that specific aspect falls within the federal domain. The appellant’s strained analogy with the scuttled Securities Act does not support, let alone compel, a negative finding on this question.

[123] In contrast to CEM regulation and CASL, moreover, securities regulation was an area in which the provinces had been deeply engaged for many years prior to the Securities Act. At the time of the *Securities Reference*, every province and territory already possessed its own securities laws and regulatory agency (*Securities Reference*, at paragraphs 41, 101 and 115). Provinces were required to suspend their own securities laws as a prerequisite to joining the federal regime. The effect of the Securities Act was therefore to “duplicate and displace the existing provincial and territorial securities regimes, replacing them with a new federal regulatory scheme” (*Securities Reference*, at paragraph 106). In contrast, as the CRTC noted at paragraphs 46 and 66 of its Constitutional Decision, no pre-CASL provincial legislation existed addressing the sending of unsolicited CEMs and related e-threats. Accordingly, displacement of provincial legislation is

de réglementer tout le commerce des valeurs mobilières au Canada » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 126).

[122] L’analogie établie par l’appelante entre la *Loi sur les valeurs mobilières* et les dispositions de la Loi sur les MEC ne convient pas. Premièrement, les dispositions contestées réglementent non pas tous les messages, mais seuls certains types, à savoir les messages commerciaux. Deuxièmement, elles ne visent qu’un aspect limité de ce type de messages, ce qui laisse amplement de jeu aux provinces pour réglementer les MEC, notamment à l’égard des aspects mentionnés par l’appelante que sont la protection des consommateurs, la protection des renseignements personnels et le marketing. Troisièmement, les « messages » ou, plus précisément, les « messages commerciaux » ne constituent pas un secteur économique distinct comme c’était le cas pour le marché des valeurs mobilières. Le commerce électronique transcende les secteurs et a infiltré tous les domaines de l’économie. Ainsi, les dispositions de la Loi sur les MEC réglemente un aspect en particulier de nombreux secteurs, et non pas tous les aspects d’un seul secteur, comme c’était le cas de la *Loi sur les valeurs mobilières*. L’analyse actuelle consiste à décider si cet aspect relève d’un champ de compétence fédérale. L’analogie bancaire avec la *Loi sur les valeurs mobilières*, dont le projet a été abandonné, n’étaye pas, et emporte encore moins, une réponse négative à cette question.

[123] En outre, les provinces avaient consacré d’énormes efforts pendant de nombreuses années avant la *Loi sur les valeurs mobilières* à la réglementation des valeurs mobilières, ce qui n’est pas le cas de la réglementation des MEC et de la Loi. Au moment du *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, chaque province et territoire possédait déjà sa propre législation sur les valeurs mobilières et son propre organisme de réglementation (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphes 41, 101 et 115). Il aurait fallu, pour adhérer au régime fédéral, que les provinces suspendent l’application de leurs lois. La *Loi sur les valeurs mobilières* aurait eu pour effet « de dédoubler et d’évincer les régimes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières actuels, pour les remplacer par un nouveau régime de réglementation fédéral » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 106). En revanche,

not a factor in the present case as it was in the *Securities Reference*. The appellant’s failure to point to any specific examples of displacement belies its attempt to analogize between the Securities Act’s “wholesale displacement of provincial regulation” and the effects of CASL (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 82).

(b) *General Motors* Test (iv) Are the Provinces Incapable of Enacting the Legislation?

[124] The fourth *indicium* of valid general trade and commerce legislation is that the provinces, jointly or severally, would be constitutionally incapable of enacting it. I find CASL’s CEM scheme satisfies this *indicium* as well. It may be that the provinces, acting in concert, possess the constitutional capacity to enact uniform legislation regulating unsolicited CEMs. However, as the CRTC recognized at paragraph 70 of its Constitutional Decision, there can be no assurance that the provinces could address these issues on a sustained basis because the provinces retain the unfettered ability of resiling from any interprovincial scheme. The Supreme Court’s rationale for the provinces’ inability to achieve the national aims of the federal securities scheme in the *Securities Reference* applies equally with respect to CASL: “[t]he provinces’ inherent prerogative to resile from an interprovincial scheme ... limits their constitutional capacity to achieve the truly national goals of the proposed federal Act” (*Securities Reference*, at paragraph 120). The provinces’ sovereignty with respect to future legislative action makes CASL’s CEM scheme “qualitatively different from what the provinces, acting alone or in concert, could achieve” (*Securities Reference*, at paragraph 121).

comme le fait remarquer le CRTC aux paragraphes 46 et 66 de sa décision sur la constitutionnalité, aucune législation provinciale régissant l’envoi de MEC non sollicités et les menaces en ligne connexes ne précède l’adoption de la Loi. Par conséquent, l’évincement de la législation provinciale existante ne joue pas en l’espèce comme il jouait dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*. L’absence d’exemples concrets d’évincement contredit l’analogie invoquée par l’appelante entre l’effet de la *Loi sur les valeurs mobilières* [TRADUCTION] « évinçant l’ensemble de la réglementation provinciale sur les valeurs mobilières » et ceux de la Loi (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 82).

b) Critère de l’arrêt *General Motors* (iv) Les provinces sont-elles incapables de légiférer?

[124] Suivant le quatrième indice de validité d’une loi relevant du pouvoir général en matière de trafic et de commerce, la Constitution n’habilitait pas les provinces, conjointement ou séparément, à l’adopter. J’estime que les dispositions de la Loi sur les MEC satisfont également à ce critère. Il se peut que la Constitution habilite les provinces à adopter de concert une loi uniforme réglementant les MEC non sollicités. Or, comme le reconnaît le CRTC au paragraphe 70 de sa décision sur la constitutionnalité, rien ne garantit que les provinces pourraient traiter à long terme de telles questions, car elles conservent la possibilité de retirer leur adhésion à tout régime interprovincial. Le raisonnement avancé par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières* — quant à l’incapacité des provinces de réaliser les objectifs nationaux visés par un régime fédéral de valeurs mobilières — s’applique tout autant à la Loi en l’espèce : « [l]a prérogative inhérente à toute province de refuser d’adhérer à un régime interprovincial [...] limite, sur le plan constitutionnel, la faculté de chacune de réaliser les objectifs véritablement nationaux de la loi fédérale proposée » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 120). La souveraineté des provinces en matière d’action législative future fait que les dispositions de la Loi sur les MEC « diff[èrent], du point de vue qualitatif, du fruit d’une action provinciale concertée ou non » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 121).

(c) *General Motors* Test (v) Would a Province's Failure to Join Jeopardize the Scheme?

[125] The final *General Motors indicium* is that the failure to include one or more provinces in the legislative scheme would jeopardize its successful operation in other parts of the country. I am mindful, here, of the Supreme Court's direction in the *Securities Reference* that this factor "should not be read as introducing an inquiry into what would be the best resolution in terms of policy" and "[t]he test is not which jurisdiction — federal or provincial — is thought to be best placed to legislate regarding the matter in question" (*Securities Reference*, at paragraph 90). Rather, the focus of the inquiry remains on determining whether the matters in question "are essential in the national interest, transcend provincial interests and are truly national in importance and scope" (*Securities Reference*, at paragraph 90). I find the regulation of unsolicited CEMs is such a matter.

[126] When it comes to the genuinely national goals of safeguarding the digital economy from electronic threats that could easily emanate from, and visit their deleterious effects on, any place in the country, federal regulation is essential. If one province were to have more lenient laws respecting unsolicited CEMs, spammers using cloud computing or other methods could easily arrange to disseminate their CEMs from servers located in that province (JAB, at page 11414). This would fundamentally handicap any interprovincial scheme aimed at guarding Canada's e-economy from the online threats associated with unsolicited CEMs. In this way, a federal regime, such as the impugned CEM scheme, is "qualitatively different from a voluntary interprovincial scheme" (*Securities Reference*, at paragraph 123).

[127] The rationale for federal legislation on spam mirrors the justification for federal regulation of competition

c) Critère de l'arrêt *General Motors* (v) l'omission d'inclure une province compromettrait-elle le système?

[125] Selon le dernier indice du critère de l'arrêt *General Motors*, l'absence d'une ou de plusieurs provinces du régime légal compromet-elle l'application de ce dernier dans d'autres parties du pays? Je rappelle ici les directives données par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, suivant lesquelles « il ne faut pas considérer que ce critère a pour effet d'obliger le tribunal à se demander quelle politique constitue le choix optimal » et « [i] ne s'agit pas de déterminer quel ordre de gouvernement — fédéral ou provincial — est considéré comme étant le mieux placé pour légiférer en la matière » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 90). L'analyse doit plutôt porter sur la question de savoir si les matières en question « sont essentiel[le]s dans l'intérêt national, transcendent les intérêts provinciaux et revêtent une importance et une portée véritablement nationales » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 90). À mon avis, la réglementation des MEC non sollicités ressortit à de telles matières.

[126] En ce qui a trait à l'objectif véritablement national qu'est la protection de la cyberéconomie des menaces en ligne susceptibles d'émaner de toute localité au pays ou d'avoir des effets délétères sur toute localité, la réglementation fédérale s'impose. Si une province adoptait des lois plus laxées qu'une autre sur les MEC non sollicités, les expéditeurs de pourriels pourraient facilement, par le truchement de l'infonuagique ou d'autres méthodes, transmettre leurs MEC à partir de serveurs situés dans cette province (dossier d'appel conjoint, à la page 11414). Tout régime interprovincial voué à la protection de la cyberéconomie canadienne contre les menaces que présentent les MEC non sollicités serait alors fondamentalement entravé. Ainsi, un régime fédéral, comme les dispositions sur les MEC contestées, « différencierait, au plan qualitatif, d'un régime interprovincial à participation volontaire » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 123).

[127] La justification qui sous-tend la législation fédérale régissant les pourriels est la même que celle qui

endorsed by the Supreme Court in *General Motors*. Any corporation “has the capacity to ‘walk across’ provincial boundaries in order to buy or sell, lend or borrow, hire or fire”, meaning there is a virtual “absence of artificial impediments” with respect to competition. Consequently, “the market for goods and services is competitive on a national basis, and provincial legislation cannot be an effective regulator” (*General Motors*, at page 679). The artificial impediments of provincial borders are similarly irrelevant when speaking of the internet, email, and the digital economy. In fact, relative to corporations, spammers may enjoy an even greater facility for transcending provincial borders in order to conduct their activities. In these circumstances, provincial legislation is simply inadequate to the task of regulating unsolicited CEMs.

[128] Finally, I wish to briefly address the appellant’s assertion that “CASL’s field of regulation lacks the ‘singleness, distinctiveness and indivisibility that clearly distinguish it from matters of provincial concern’”, and the appellant’s criticism of the CRTC for bypassing this analysis (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 82, note 116). The test cited by the appellant is the test for assessing whether an issue qualifies as a matter of national concern under the national concern doctrine of Parliament’s peace, order and good government (POGG) power (*R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401 [at pages 432–433], (1988), 49 D.L.R. (4th) 161, at page 184). Parliament’s POGG power is not the basis on which the respondent has argued the validity of CASL’s CEM scheme. In the context of Parliament’s power over general trade and commerce, the question of whether matters are “genuinely national in scope and qualitatively distinct from those falling under provincial heads of power” [*Securities Reference*, at paragraph 70] is assessed through the five *General Motors* indicia of validity—a test tailored to assess validity under this particular head of power (*General Motors*, at pages 678 and 680; *Kirkbi*, at paragraph 16; *Securities Reference*, at paragraph 109). The appellant’s allusion to the national concern test is misguided, and the CRTC did not err in eschewing this analysis.

sous-tendait la réglementation fédérale de la concurrence et que la Cour suprême a acceptée dans l’arrêt *General Motors*. Une société « peut traverser les frontières provinciales pour acheter ou vendre, prêter ou emprunter, engager ou congédier », c’est-à-dire qu’il y a à toutes fins utiles « absence de barrières artificielles » en matière de concurrence. Par conséquent, « le marché des biens et des services est concurrentiel à l’échelle nationale et les lois provinciales ne peuvent servir de mécanisme de réglementation efficace » (*General Motors*, à la page 679). Les barrières artificielles que sont les frontières provinciales ne jouent pas non plus lorsqu’il est question de l’internet, du courriel et de la cyberéconomie. En fait, il est peut-être plus facile encore pour les expéditeurs de pourriels que pour les sociétés de traverser les frontières provinciales pour mener leurs activités. Dans de telles circonstances, la législation provinciale n’est tout simplement pas à la hauteur lorsqu’il s’agit de réglementer les MEC non sollicités.

[128] Enfin, abordons l’hypothèse de l’appelante selon laquelle [TRADUCTION] « le champ que réglemente la Loi est dépourvu des aspects uniques, distincts et indivisibles qui le distinguent manifestement des matières de compétence provinciale » et sa critique à l’égard du CRTC pour avoir fait fi d’une telle analyse (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 82, note 116). Le critère avancé par l’appelante sert à décider si une question a un intérêt national et relève du pouvoir conféré au Parlement en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement (*R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 [aux pages 432–433], 1988 CanLII 63). L’intimé n’a pas invoqué les pouvoirs du Parlement en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement pour défendre la validité des dispositions de la Loi sur les MEC. En ce qui a trait à la compétence générale du Parlement sur le trafic et le commerce, la question de savoir si les matières sont « d’une nature véritablement nationale et différente sur le plan qualitatif de celles qui sont visées par les chefs de compétence provinciale » [*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 70] est examinée à la lumière des cinq indices de validité énoncés dans l’arrêt *General Motors* — un critère établi expressément pour déterminer si une loi relève de ce chef de compétence — (*General Motors*, aux pages 678 et 680; *Kirkbi*, au paragraphe 16; *Renvoi relatif*

[129] Based on the above, I find CASL's CEM scheme is a valid exercise of Parliament's power over general trade and commerce affecting Canada as a whole pursuant to the second branch of subsection 91(2) of the Constitution Act.

B. Is CASL's Infringement of Paragraph 2(b) of the Charter Justified under Section 1?

[130] In the normal course, a paragraph 2(b) Charter analysis begins by determining whether the activity in question constitutes expression for the purposes of paragraph 2(b) by either conveying meaning or attempting to do so. It must then be determined whether the impugned law restricts that expression (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45 (*Sharpe*), at paragraphs 147–148). However, the respondent concedes that CEMs fall within the scope of activity protected under paragraph 2(b), that the purpose of the impugned provisions is to restrict that activity and that the impugned provisions therefore infringe freedom of expression guaranteed by paragraph 2(b) of the Charter (respondent's constitutional memorandum, at paragraphs 34–35). This concession is reasonable given the well-established view that commercial expression warrants constitutional protection (see, for example, *Sharpe*, at paragraphs 143–144; *R. v. Guignard*, 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472 (*Guignard*), at paragraph 21; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, (1988), 54 D.L.R. (4th) 577 (*Ford*); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at page 971, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577 (*Irwin Toy*)). I therefore proceed straight to the section 1 analysis.

[131] As a preliminary matter, section 1 requires that a limit on a Charter right or freedom be “prescribed by law”. Next, it must be determined whether the objective of the impugned measures is pressing and substantial, or, in other words, sufficiently important to warrant limiting

à la *Loi sur les valeurs mobilières*, au paragraphe 109). L'appelante fait allusion à tort à la théorie de l'intérêt national. Le CRTC n'a donc pas fait erreur en faisant fi de cette analyse.

[129] Vu ce qui précède, je conclus que les dispositions de la *Loi sur les MEC* représentent un exercice valide du pouvoir général en matière de trafic et de commerce du Parlement qui touche le Canada dans son ensemble et est visé par le second volet du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. L'infraction à l'alinéa 2b) de la Charte est-elle justifiée au regard de l'article premier?

[130] Habituellement, pour effectuer une analyse fondée sur l'alinéa 2b) de la Charte, il faut commencer par déterminer si l'activité en question constitue de l'expression au sens de l'alinéa 2b) de la Charte, c'est-à-dire si elle consiste à transmettre un message ou à tenter de le faire. Il faut ensuite déterminer si la disposition contestée restreint cette expression (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45 (*Sharpe*), au paragraphes 147 et 148). Cela dit, l'intimé reconnaît que les MEC constituent une activité protégée par l'alinéa 2b), que l'objet des dispositions contestées consiste à restreindre cette activité et que les dispositions contestées par conséquent portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la Charte (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 34 et 35). Cette concession est raisonnable étant donné le point de vue bien établi selon lequel l'expression commerciale est constitutionnellement protégée (voir par exemple les arrêts *Sharpe*, aux paragraphes 143 et 144; *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472 (*Guignard*), au paragraphe 21; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 1988 CanLII 19 (*Ford*); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la page 971, 1989 CanLII 87 (*Irwin Toy*)). Par conséquent, je passerai directement à l'analyse fondée sur l'article premier.

[131] À titre préliminaire, l'analyse fondée sur l'article premier exige que la restriction du droit ou de la liberté garantis par la Charte soit apportée « par une règle de droit ». Ensuite, il faut déterminer si les mesures contestées ont un objectif urgent et réel ou, en d'autres mots, un objectif

a Charter right. The three prongs of the proportionality analysis then require (1) a rational connection between the restricting measures and the measures' objective; (2) that the impugned measures impair the right or freedom as little as possible; and (3) overall proportionality between the benefits of the impugned measures and the deleterious effects to which they give rise (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200 (*Oakes*); *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, (1998), 159 D.L.R. (4th) 385 (*Thomson Newspapers* 1998)).

(1) *Is the Limit "Prescribed by Law"?*

[132] The analysis of whether a limitation is "prescribed by law" has two elements: the limit must be a duly enacted "law", and it must be "prescribed", meaning the law must be sufficiently precise and accessible (*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295 (*Vancouver Transportation Authority*), at paragraph 50).

[133] The preceding division of powers analysis established that CASL was validly enacted by Parliament pursuant to the general trade and commerce power under subsection 91(2) of the Constitution Act. CASL is therefore duly enacted law.

[134] Next, it must be determined whether CASL is sufficiently precise to meet the "prescribed" requirement. The purpose of this requirement is twofold. First, it allows people subject to the law to know what the law prohibits so they can regulate their conduct accordingly. Secondly, precise laws provide guidance with respect to their enforcement and thereby limit arbitrary government action (*Vancouver Transportation Authority*, at paragraph 50). The Charter-limiting measure must present an intelligible standard to both the public and those charged with applying the law.

suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit garanti par la Charte. Les trois volets de l'analyse de la proportionnalité à effectuer ensuite sont les suivants : 1) il doit y avoir un lien rationnel entre les mesures restrictives et l'objectif des mesures; 2) les mesures contestées doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question; 3) il doit y avoir dans l'ensemble proportionnalité entre les avantages apportés par les mesures contestées et les effets préjudiciables qui en découlent (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46 (*Oakes*); *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, 1998 CanLII 829 (*Thomson Newspapers* 1998)).

1) *La liberté est-elle restreinte « par une règle de droit »?*

[132] L'analyse applicable à la question de savoir si une restriction est apportée « par une règle de droit » comporte deux volets : la restriction doit constituer une règle de droit adoptée en bonne et due forme, et elle doit être suffisamment précise et accessible pour constituer une règle de droit (*Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295 (*Vancouver Transportation Authority*), au paragraphe 50).

[133] L'analyse sur le partage des compétences effectuée plus haut a montré que le législateur a adopté la Loi de manière légitime au titre de son pouvoir en matière de réglementation du trafic et du commerce prévu au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Loi a donc été adoptée en bonne et due forme.

[134] Ensuite, il faut déterminer si la Loi est suffisamment précise pour satisfaire au second volet de l'analyse. L'exigence de ce second volet vise un double objectif. En premier lieu, elle permet aux personnes visées par la règle de droit de savoir ce que celle-ci interdit pour qu'elles puissent ajuster leur conduite en conséquence. En deuxième lieu, la précision donne des indications sur la façon dont la règle de droit doit être appliquée, ce qui fait obstacle aux mesures arbitraires de l'État (*Vancouver Transportation Authority*, au paragraphe 50). La disposition restreignant une liberté ou un droit garantis par la

[135] The case law makes clear that “a liberal approach to the precision requirement” is appropriate and “the standard is not an onerous one” (*Vancouver Transportation Authority*, at paragraph 54; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pages 94–97, (1991), 82 D.L.R. (4th) 321 (*Osborne*)). An impugned law will not fail this stage unless it “is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools” (*Osborne*, at page 94).

[136] A corollary to the requirement that laws be sufficiently precise is that laws must not be impermissibly vague. The doctrine of vagueness was discussed by the Supreme Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36 (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*). The Court stated at paragraph 38 [at page 630 S.C.R.] that only a law exhibiting “the most serious degree of vagueness” would fail the “limit prescribed by law” hurdle. The Court described an unconstitutionally vague law at paragraph 64 in the following terms [at pages 639–640 of S.C.R.]:

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is, for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. This is an exacting standard....

[137] With these principles in mind, I now turn to the impugned legislation. The appellant argues that CASL’s key definitions are open-ended and fail to delineate a legal zone of risk (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 40). The appellant implicates two of CASL’s defined terms in particular: “commercial activity” in

Charte doit être présentée de façon intelligible tant pour le public que pour les agents chargés de son application.

[135] La jurisprudence établit clairement qu’il convient d’interpréter « l’obligation de précision de manière libérale » et que « la norme n’est pas stricte » (*Vancouver Transportation Authority*, au paragraphe 54; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, aux pages 94 à 97, 1991 CanLII 60 (*Osborne*)). La règle de droit contestée ne sera invalidée à cette étape que si elle est « si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moins exactement » (*Osborne*, à la page 94).

[136] Le pendant de l’obligation voulant que les règles de droit soient suffisamment précises est que celles-ci ne peuvent pas être d’une imprécision inacceptable. Le principe de l’imprécision a été examiné par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72 (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*). La Cour y a déclaré au paragraphe 38 [aux pages 630 et 631 du R.C.S.] que seule la disposition présentant le « degré le plus grave de l’imprécision » ne satisferait pas à l’exigence de la « restriction prescrite “par une règle de droit” ». La Cour a décrit ce en quoi consiste une disposition inconstitutionnellement imprécise au paragraphe 64, dans les termes ci-après [aux pages 639 et 640 du R.C.S.] :

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c’est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d’une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d’avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l’application de la loi. Une telle disposition n’est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d’indication susceptible d’alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C’est là une norme exigeante [...]

[137] Avec ces principes à l’esprit, je me pencherai maintenant sur les dispositions contestées. L’appelante soutient que des définitions essentielles de la Loi sont ouvertes et n’établissent pas de zone légale de risque (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 40). L’appelante vise en particulier deux

subsection 1(1) and “CEM” in subsection 1(2) (appellant’s constitutional memorandum at, paragraphs 39 and 42). These provisions are reproduced below:

Definitions

1(1) The following definitions apply in this Act.

commercial activity means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that is of a commercial character, whether or not the person who carries it out does so in the expectation of profit, other than any transaction, act or conduct that is carried out for the purposes of law enforcement, public safety, the protection of Canada, the conduct of international affairs or the defence of Canada.

...

electronic message means a message sent by any means of telecommunication, including a text, sound, voice or image message.

...

Meaning of commercial electronic message

(2) For the purposes of this Act, a commercial electronic message is an electronic message that, having regard to the content of the message, the hyperlinks in the message to content on a website or other database, or the contact information contained in the message, it would be reasonable to conclude has as its purpose, or one of its purposes, to encourage participation in a commercial activity, including an electronic message that

- (a)** offers to purchase, sell, barter or lease a product, goods, a service, land or an interest or right in land;
- (b)** offers to provide a business, investment or gaming opportunity;
- (c)** advertises or promotes anything referred to in paragraph (a) or (b); or
- (d)** promotes a person, including the public image of a person, as being a person who does anything referred to in any of paragraphs (a) to (c), or who intends to do so.

des termes définis dans la Loi : « activité commerciale » au paragraphe 1(1) et « message électronique commercial » au paragraphe 1(2) (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 39 et 42). Ces dispositions sont reproduites ci-dessous :

Définitions

1(1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

activité commerciale Tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l’accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit, à l’exception de tout acte ou activité accompli à des fins d’observation de la loi, de sécurité publique, de protection du Canada, de conduite des affaires internationales ou de défense du Canada.

[...]

message électronique Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel.

[...]

Message électronique commercial

(2) Pour l’application de la présente loi, est un message électronique commercial le message électronique dont il est raisonnable de conclure, vu son contenu, le contenu de tout site Web ou autre banque de données auquel il donne accès par hyperlien ou l’information qu’il donne sur la personne à contacter, qu’il a pour but, entre autres, d’encourager la participation à une activité commerciale et, notamment, tout message électronique qui, selon le cas :

- a)** comporte une offre d’achat, de vente, de troc ou de louage d’un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier;
- b)** offre une possibilité d’affaires, d’investissement ou de jeu;
- c)** annonce ou fait la promotion d’une chose ou possibilité mentionnée aux alinéas a) ou b);
- d)** fait la promotion d’une personne, y compris l’image de celle-ci auprès du public, comme étant une personne qui accomplit — ou a l’intention d’accomplir — un des actes mentionnés aux alinéas a) à c)

[138] I begin with the definition of CEM in subsection 1(2). The definition of CEM rests on two subconcepts. First, a CEM is an electronic message. Subsection 1(1) defines electronic message as “a message sent by any means of telecommunication, including a text, sound, voice or image message.” This definition confirms what the average person would expect the term “electronic message” to include: email, text message and any other text, sound or voice-based message conveyed via any of the diverse social media and instant messaging platforms that function electronically. Subsection 6(8) clarifies that telephone calls and voicemail are not included in this definition. The appellant does not appear to take issue with this aspect of the definition of CEM.

[139] Cutting through the nuance of subsection 1(2), the second key component of a CEM is that it encourages participation in a commercial activity. Like “electronic message”, “commercial activity” is also defined in subsection 1(1). This definition indicates that “activity” includes any transaction, act or conduct. The definition also clarifies that “commercial” activities are not limited to activities where there is an expectation of profit. Although the definition does not shed additional light on the meaning of “commercial”, this does not render the definition of “commercial activity” or “CEM” impermissibly vague.

[140] “Commercial” is not a word unfamiliar to the average person. The *Oxford English Dictionary* defines the adjective “commercial” as “engaged in commerce; trading.” The noun “commerce” is, in turn, defined as follows:

1.a. Exchange between men of the products of nature or art; buying and selling together; trading; exchange of merchandise, *esp.* as conducted on a large scale between different countries or districts; including the whole of the transactions, arrangements, etc., therein involved.

(SOURCE: *Oxford English Dictionary*, (last visited May 13, 2020) online: www.oed.com)

[138] Commençons par la définition de MEC énoncée au paragraphe 1(2). Cette définition repose sur deux concepts sous-jacents. D’abord, un MEC est un message électronique. Au paragraphe 1(1), le message électronique est défini ainsi : « Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel ». Cette définition inclut ce que la personne moyenne s’attendrait à y trouver : les courriels, les messages textes et toute autre forme de message textuel, ainsi que les messages sonores ou vocaux transmis par n’importe laquelle des différentes plateformes de média social ou de messagerie instantanée qui fonctionne électroniquement. Le paragraphe 6(8) vient préciser que les appels téléphoniques et les messageries vocales sont exclus de cette définition. L’appelante ne semble pas contester cet aspect de la définition de MEC.

[139] Après avoir démêlé les nuances du paragraphe 1(2), il apparaît que le second élément constitutif du MEC est que celui-ci encourage la participation à une activité commerciale. Au même titre que « message électronique », le terme « activité commerciale » est défini au paragraphe 1(1). Selon cette définition, sont visés par le terme « activité » tout acte ou toute activité. Il y est aussi précisé que l’activité « commerciale » ne se limite pas aux actes et activités accomplis dans le but de réaliser un profit. Bien qu’elles ne précisent pas davantage ce qu’on entend par « commercial », il ne s’ensuit pas que les définitions des termes « activité commerciale » et « message électronique commercial » sont d’une imprécision inacceptable.

[140] Le mot « commercial » n’est pas un mot inconnu de la personne moyenne. Le dictionnaire Larousse définit l’adjectif « commercial » comme signifiant « relatif au commerce, qui s’en occupe, qui y a trait ». À son tour, le nom « commerce » est défini ainsi :

Activité consistant dans l’achat, la vente, l’échange de marchandises, de denrées, de valeurs, dans la vente de services; métier de celui qui achète des objets pour les revendre.

(SOURCE : *Dictionnaire Larousse en ligne* (consulté le 1^{er} juin 2020) : www.larousse.fr/dictionnaires/francais)

[141] This definition captures the essential meaning that an average person would ascribe to “commerce”: exchange, trade, buying and selling. The term “commercial” is also given more concrete meaning by the descriptions of CEMs in paragraphs 1(2)(a) through (d), which refer to purchasing, selling, bartering and leasing, as well as business, investment and gaming opportunities.

[142] The appellant argues that removing an expectation of profit from the definition of commercial activity creates ambiguity. I disagree. While transactions, acts and conduct in the way of exchange, trade, buying and selling may typically aim at turning a profit, such activities could additionally, or alternatively, be carried out for other purposes, including political reasons or altruism, to name a few. These or other considerations could supplement, have a role equal to, or entirely overshadow profit in motivating activities that, in manner and form, and thus in the ordinary understanding of the average person, constitute commercial activities. I therefore agree with the respondent that removing an expectation of profit from the definition of “commercial activity” reduces rather than increases ambiguity by precluding desultory wrangling over the subjective expectations harbored by senders of CEMs.

[143] In my view, reading the definitions of “commercial activity” in subsection 1(1) and “CEM” in subsection 1(2) together presents a sufficiently clear explanation of the meaning of “commercial activity” for the purposes of defining a CEM in subsection 1(2).

[144] What it means to “encourage participation” in a commercial activity is also reasonably clear from subsection 1(2). It includes making an offer to a person to engage in any transaction, act or conduct that involves purchasing, selling, bartering, leasing or any activity that would be judged similar to these according to an average person’s understanding of the term “commercial activity”. It also includes offering any type of opportunity listed in subsection 1(2) or reasonably similar opportunities. Finally, it includes advertising or promoting any of the foregoing.

[141] Cette définition capture les principaux éléments de la signification que la personne moyenne attribuerait au mot « commerce » : l’achat, la vente, l’échange. De plus, le mot « commercial » se fait donner une définition plus concrète dans les descriptions de MEC aux alinéas 1(2)a) à d), qui renvoient à l’achat, à la vente, au troc ou au louage, ainsi qu’aux possibilités d’affaires, d’investissement ou de jeu.

[142] L’appelante soutient qu’enlever la réalisation d’un profit de la définition du terme « activité commerciale » crée de l’ambiguïté. Je ne suis pas de cet avis. Bien que les actes ou activités consistant en l’échange, l’achat et la vente puissent typiquement viser la réalisation d’un profit, de telles activités pourraient en même temps, ou à titre subsidiaire, être exercées à d’autres fins, par exemple à des fins politiques ou altruistes. Ces autres fins pourraient être complémentaires aux fins de réalisation d’un profit, y être égales ou les supplanter entièrement, et motiver des activités qui, dans leur manière et leur forme, et par conséquent aux yeux de la personne normale, constituent des activités commerciales. Je souscris donc à l’opinion de l’intimé selon laquelle l’exclusion de la réalisation d’un profit de la définition d’« activité commerciale » diminue plutôt que n’accroît l’ambiguïté en tuant dans l’œuf les querelles oiseuses sur les attentes subjectives des expéditeurs des MEC.

[143] À mon avis, interpréter ensemble les définitions d’« activité commerciale » au paragraphe 1(1) et de « message électronique commercial » au paragraphe 1(2) explique suffisamment clairement le sens du terme « activité commerciale » pour l’application de la définition de MEC au paragraphe 1(2).

[144] De plus, le sens de l’expression « encourager la participation » à une activité commerciale ressort raisonnablement clairement du paragraphe 1(2). Cela signifie notamment offrir à quelqu’un d’accomplir une activité qui consiste en l’achat, la vente, le troc ou le louage de quelque chose ou toute activité qui serait jugée semblable selon la signification qu’attribue la personne moyenne au terme « activité commerciale ». Cela vise également l’offre de l’une ou l’autre des possibilités énoncées au paragraphe 1(2) ou de possibilités raisonnablement semblables. Enfin, cela signifie aussi annoncer ou faire la promotion de ces activités ou possibilités.

[145] The last consideration is how one is to determine whether an electronic message has as its purpose, or one of its purposes, to encourage participation in a commercial activity. Subsection 1(2) directs that a reasonable conclusion on this question be drawn from the message's content, hyperlinks and contact information.

[146] Thus, reading subsections 1(1) and 1(2) together identifies the medium targeted by CASL, tells the public both what to look for and where to look in order to identify the targeted conduct, and indicates that the standard for determining whether a particular electronic message is a CEM is the familiar legal standard of reasonableness.

[147] The appellant, however, contends that the zone of risk created by CASL is impermissibly vague because Parliament elected to use examples or descriptions rather than factors to help define "CEM" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 43). Suffice it to say there is no authority for the proposition that factors must guide a law's application for the law to pass constitutional muster. Listing non-exhaustive examples or descriptions to help instruct citizens and direct law enforcement is also a common legislative technique and does not, on its own, render a law unconstitutionally vague.

[148] The appellant also contends that, because hyperlinked content can convert a message into a CEM, and the content accessible through a link can change at any time, the definition of CEM creates an "unknowable risk". The inclusion of links undoubtedly raises the risk that an electronic message will be deemed a CEM by vastly increasing the quantity of information reviewable for the purpose determining whether the message can reasonably be considered to have as its purpose, or one of its purposes, encouraging participation in a commercial activity. This risk will be more or less depending on the nature of the linked sites: do the sites offer to purchase, sell, barter or lease a product, good, service or land? Do they offer business,

[145] Le dernier élément à prendre en considération est la façon de déterminer si le message électronique a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. Le paragraphe 1(2) précise qu'il faut tirer une conclusion raisonnable à cet égard au vu du contenu du message, des hyperliens qu'il fournit et des informations qu'il donne sur la personne à contacter.

[146] Ainsi, interprétés conjointement, les paragraphes 1(1) et 1(2) indiquent quel est le support visé par la Loi, disent au public ce à quoi il doit porter attention et où il doit porter attention afin de savoir quelle est la conduite visée et précisent que la norme à utiliser pour déterminer si un message électronique donné est un MEC est la norme juridique bien connue de la raisonabilité.

[147] Cependant, l'appelante soutient que la zone de risque créée par la Loi est d'une imprécision inacceptable parce que le législateur, pour aider le lecteur à comprendre la définition de MEC, a choisi d'utiliser des exemples ou des descriptions plutôt que d'énoncer des facteurs (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 43). Il suffit de dire qu'il n'existe ni précédent ni doctrine à l'appui de l'affirmation voulant qu'il soit nécessaire d'énoncer des facteurs encadrant l'application d'une disposition légale afin que cette disposition soit constitutionnelle. Le recours à l'énumération non exhaustive d'exemples ou de descriptions pour aider les citoyens et les agents d'application de la loi est également une technique répandue de rédaction législative et, en soi, ne rend pas une disposition imprécise au point d'être inconstitutionnelle.

[148] L'appelante soutient également que, parce que le contenu auquel donne accès un hyperlien peut faire d'un message un MEC et que ce contenu peut être modifié en tout temps, la définition de MEC crée un [TRADUCTION] « risque inconnu ». Il ne fait aucun doute qu'inclure un hyperlien augmente le risque qu'un message électronique soit considéré comme un MEC étant donné que l'hyperlien augmente de beaucoup la quantité de renseignements visés par l'examen servant à déterminer s'il peut être raisonnablement conclu que le message électronique a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. Ce risque sera plus ou moins grand en fonction de la nature des sites auxquels l'hyperlien donne

investment or gaming opportunities? Do they advertise or promote any of the foregoing or promote a person for doing any of the foregoing? To what degree is any of the foregoing the primary function or purpose of the linked sites? Does the nature of the linked sites increase or decrease the likelihood that any of the foregoing, though not present on the sites at the time the links were included in an electronic message, will subsequently be added to the sites? The answers to these questions will assist in gauging the risk associated with including a link in an electronic message. It also behoves senders to recall that links are considered in conjunction with a message's content and contact information in order that a reasonable conclusion may be drawn as to whether a message's purpose, or one of its purposes, is to encourage participation in a commercial activity. A sender can never know with exactitude the risk incurred by including a link in an electronic message, but neither are they destitute of any idea or guidance in this regard.

[149] Finally, the appellant takes issue with the term "on whose behalf" in relation to the requirement in subsection 11(1) of CASL that CEMs include an unsubscribe mechanism enabling recipients to indicate their wish to no longer receive CEMs from either the sender or the person "on whose behalf" a message is sent. Sufficient guidance regarding who is included among those "on whose behalf" messages are sent can be found in CASL's Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) and on the "Frequently Asked Questions about Canada's Anti-Spam Legislation" page of the Government of Canada's website (online: Government of Canada/Canadian Radio-television and Telecommunications Commission <<https://crtc.gc.ca/eng/com500/faq500.htm>>). Both resources explain that "only the persons who play a material role in the content of the CEM and/or the choice of the recipients" qualify as persons "on behalf of whom" a message is sent (JAB, at page 13647).

[150] I cannot agree that the aspects of the impugned provisions highlighted by the appellant are "so obscure

accès : les sites comportent-ils une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service ou terrain? Offrent-ils des possibilités d'affaires, d'investissement ou de jeu? Annoncent-ils ou font-ils la promotion de ces choses ou possibilités? Est-ce que ces choses ou possibilités constituent la fonction principale ou le but principal des sites? La nature des sites augmente-t-elle ou diminue-t-elle la possibilité qu'une des choses ou possibilités susmentionnées, bien que ne figurant pas sur les sites au moment de l'inclusion des hyperliens dans le message électronique, y soit subséquemment ajoutée? Les réponses à ces questions aideront à mesurer le risque associé à l'inclusion d'un hyperlien dans un message électronique. Les expéditeurs de messages doivent se rappeler que les liens sont examinés en conjonction avec le contenu du message et l'information sur la personne à contacter lorsqu'il s'agit de savoir s'il est raisonnable de conclure que le message électronique a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. L'expéditeur ne peut jamais connaître avec exactitude le risque auquel il s'expose en incluant un hyperlien dans un message électronique, mais il ne se trouve pas non plus dépourvu d'indications ni dans l'inconnu total à cet égard.

[149] Enfin, l'appelante conteste l'expression « au nom de qui » au paragraphe 11(1) de la Loi, qui exige que les MEC comportent un mécanisme permettant à la personne recevant le message d'exprimer sa volonté de ne plus recevoir de MEC soit de l'expéditeur soit de la personne « au nom de qui » le message a été envoyé. L'on peut trouver suffisamment de renseignements sur qui constitue une personne « au nom de qui » les messages sont envoyés dans le Résumé de l'Étude d'Impact de la Réglementation (REIR) de la Loi et sur la page de la foire aux questions au sujet de la Loi canadienne anti-pourriel du site Web du gouvernement du Canada (en ligne : gouvernement du Canada, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes <<https://crtc.gc.ca/fra/com500/faq500.htm>>). Dans les deux documents il est expliqué que « [s]eulement les personnes qui jouent un rôle important dans le contenu du MEC ou dans le choix des destinataires » sont considérées comme des personnes « au nom de qui » le message est envoyé (dossier d'appel conjoint, à la page 13647).

[150] Je ne suis pas d'avis que les passages des dispositions contestées mis en évidence par l'appelante sont « si

as to be incapable of interpretation with any degree of precision” (*Osborne*, at page 94) or exhibit “the most serious degree of vagueness” (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, at page 630). The following statement of Gonthier J. at page 639 of *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, is apposite:

... Language is not the exact tool some may think it is. It cannot be argued that an enactment can and must provide enough guidance to predict the legal consequences of any given course of conduct in advance. All it can do is enunciate some boundaries, which create an area of risk. But it is inherent to our legal system that some conduct will fall along the boundaries of the area of risk; no definite prediction can then be made. Guidance, not direction, of conduct is a more realistic objective.

[151] CASL is sufficiently precise to delineate an area or zone of risk, which is all that can be realistically expected and all that is constitutionally required of legislation. The impugned provisions are intelligible, offer a grasp to the judiciary, and provide an adequate basis for legal debate and therefore do not bear the characteristics of vague legislation set out in *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. I find that CASL more than meets the threshold for passing the “prescribed by law” stage of the section 1 analysis.

(2) *Is the Object of the Infringing Measures Pressing and Substantial?*

[152] The next stage of the section 1 analysis considers whether the legislative objective of the impugned measures is sufficiently important to justify limiting a Charter right or freedom. It is crucial to render an accurate formulation of the relevant legislative objective at this stage.

[153] The CRTC located CASL’s object in the Act’s title and in the purpose clause at section 3. The title declares that CASL seeks to promote “the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of

obscur[s] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de [leur] donner une interprétation le moins exacte » (*Osborne*, à la page 94) ou atteignent le « degré le plus grave de l’imprécision » (*Nova Scotia Pharmaceutical Society*, à la page 630). Les observations ci-après formulées par le juge Gonthier, à la page 639 de l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, sont pertinentes :

[...] Le langage n’est pas l’instrument exact que d’aucuns pensent qu’il est. On ne peut pas soutenir qu’un texte de loi peut et doit fournir suffisamment d’indications pour qu’il soit possible de prédire les conséquences juridiques d’une conduite donnée. Tout ce qu’il peut faire, c’est énoncer certaines limites, qui tracent le contour d’une sphère de risque. Mais c’est une caractéristique inhérente de notre système juridique que certains actes seront aux limites de la ligne de démarcation de la sphère de risque; il est alors impossible de prédire avec certitude. Guider, plutôt que diriger, la conduite est un objectif plus réaliste.

[151] La Loi est suffisamment précise pour délimiter une aire ou une zone de risque. Réalistement, on ne peut s’attendre à rien de plus d’une loi et, constitutionnellement, on n’exige rien de plus d’une loi. Les dispositions contestées sont intelligibles, donnent une prise au pouvoir judiciaire et constituent un fondement pour un débat judiciaire. Par conséquent, elles ne comportent pas les caractéristiques de l’imprécision énoncées dans l’arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Je conclus que la Loi satisfait amplement au critère applicable à l’étape de l’analyse fondée sur l’article premier visant à déterminer si la restriction a été apportée « par une règle de droit ».

2) *Les dispositions apportant la restriction ont-elles un objectif urgent et réel?*

[152] La prochaine étape de l’analyse fondée sur l’article premier consiste à examiner si l’objectif législatif des mesures contestées est suffisamment important pour justifier la restriction au droit ou à la liberté garantis par la Charte. À cette étape, il est crucial que l’on formule avec exactitude en quoi consiste l’objectif législatif pertinent.

[153] Le CRTC a trouvé l’objectif de la Loi dans son titre et dans sa disposition énonçant son objet, soit l’article 3. Il est écrit dans le titre que la Loi vise à promouvoir « l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui

carrying out commercial activities”. Section 3 repeats this object and explains that CASL specifically regulates conduct that:

Purpose of Act

3 ...

- (a) impairs the availability, reliability, efficiency and optimal use of electronic means to carry out commercial activities;
- (b) imposes additional costs on businesses and consumers;
- (c) compromises privacy and the security of confidential information; and
- (d) undermines the confidence of Canadians in the use of electronic means of communication to carry out their commercial activities in Canada and abroad.

[154] The appellant, on the other hand, argues that the relevant objective is not the objective of CASL as a whole, but the objective of the impugned measures themselves. The approach advocated by the appellant is the correct one (see, for example, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1 (*RJR-MacDonald*), at paragraph 144; *Thomson Newspapers* 1998, at paragraph 125). However, as I explained at paragraphs 92–0 of these reasons, by simply replacing the words “regulating certain activities” in the title, and “regulating commercial conduct” in section 3, with “regulating CEMs”, the Act’s title and section 3 are essentially statements of the object of the impugned CEM scheme. The CRTC’s assessment was, therefore, not very far off the mark.

[155] The appellant offers both “broadly phrased” and “narrower” objectives for the impugned provisions (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 50). The appellant states the broadly phrased objective as “[e]liminating unsolicited electronic messages with any arguable commercial element regardless of who sends them”, and the narrower objective as “curbing ‘the most damaging and deceptive forms of spam” (appellant’s constitutional

découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique ». À l’article 3, cet objectif est répété et il y est expliqué que la Loi vise précisément à régir certaines pratiques pour les raisons ci-après :

Objet de la loi

3 [...]

- a) elles nuisent à l’accessibilité, à la fiabilité, à l’efficacité et à l’utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;
- b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;
- c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;
- d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l’utilisation des moyens de communication électronique pour l’exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l’étranger.

[154] L’appelante, à l’inverse, soutient que l’objectif pertinent n’est pas l’objectif de la Loi dans son ensemble, mais l’objectif des dispositions contestées en tant que telles. L’approche que fait valoir l’appelante est la bonne (voir, par exemple, *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199, 1995 CanLII 64 (*RJR-MacDonald*), au paragraphe 144; *Thomson Newspapers* 1998, au paragraphe 125). Cependant, comme je l’ai expliqué aux paragraphes 0 et 0 des présents motifs, si on remplaçait simplement les mots « réglementation de certaines pratiques » dans le titre et « réglementation des pratiques commerciales » à l’article 3 par « réglementation des MEC », le titre et l’article 3 de la Loi énonceraient essentiellement l’objectif des dispositions contestées de la Loi. Le CRTC ne s’est donc pas trompé de beaucoup.

[155] L’appelante propose tant un objectif [TRADUCTION] « de portée générale » qu’un objectif [TRADUCTION] « de portée plus étroite » pour les dispositions contestées (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 50). L’appelante soutient que l’objectif de portée générale consiste à [TRADUCTION] « éliminer les messages électroniques non sollicités comportant un élément un tant soit peu commercial indépendamment de qui

memorandum, at paragraph 50, emphasis in original). Both of the appellant's formulations of the legislative objective must be dismissed.

[156] The appellant's broad formulation of the scheme's objective is nearly identical to its description of CASL's function or effect, which the appellant repeats at paragraphs 1, 8, 15, 62, 63 and 75 of its constitutional memorandum.

[157] I make two observations of the appellant's various statements in this regard. First, the statements are hyperbole. Contrary to the appellant's claims, CASL does not ban all speech or expression with any possibility or semblance of commerciality, or that might be, may be or could be viewed as having a slight, faint, or minor commercial element, aspect, nature or purpose (appellant's constitutional memorandum, at paragraphs 1, 8, 15, 46, 50, 62, 63 and 75). In reality, CASL's prohibition captures electronic messages that it would be reasonable to conclude have—not could, might or may have—as their purpose, or one of their purposes, to encourage participation in a commercial activity. Furthermore, the prohibition only captures such messages where they have not been consented to or do not conform to the prescribed content requirements, and where none of the various exceptions for prescribed individuals and organizations applies. Secondly, the appellant conflates the CEM scheme's objective with the approach it takes to achieve this objective. The Supreme Court warned against this practice at paragraph 23 of *Thomson Newspapers* 1998:

The Court must first assess the objective of the infringing legislative measure, as distinguished from the means chosen to implement it. The question is whether the concern which prompted the enactment of the impugned legislation is pressing and substantial and whether the

l'a envoyé » et que l'objectif de portée plus étroite consiste à [TRADUCTION] « lutter contre “les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses” » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 50, souligné et en gras dans l'original). Ni l'une ni l'autre des formulations proposées par l'appelante ne peut être retenue.

[156] La formulation qu'utilise l'appelante pour décrire l'objectif de portée générale des dispositions contestées est presque identique à la description qu'elle fait de la fonction ou de l'effet de la Loi et qu'elle répète aux paragraphes 1, 8, 15, 62, 63 et 75 de son mémoire sur les questions constitutionnelles.

[157] Je ferai deux observations sur les diverses affirmations de l'appelante à cet égard. Premièrement, ces affirmations sont de l'hyperbole. Contrairement à ce que soutient l'appelante, la Loi n'interdit pas tout discours ou toute expression qui peut avoir trait à des activités commerciales ou y ressembler un tant soit peu ou qui pourrait, peut-être, éventuellement, être considéré comme comportant un tout petit élément, aspect, caractère ou objectif vaguement ou légèrement commercial (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 1, 8, 15, 46, 50, 62, 63 et 75). En fait, l'interdiction prévue par la Loi vise les messages électroniques dont il est raisonnable de conclure qu'ils ont — et non qu'ils pourraient avoir, qu'ils ont peut-être ou qu'ils auront éventuellement — pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. En outre, l'interdiction vise ces messages seulement si, d'une part, leur destinataire n'a pas consenti à les recevoir ou leur contenu n'est pas conforme aux exigences et, d'autre part, aucune des diverses exceptions pour certaines personnes et organisations ne s'applique. Deuxièmement, l'appelante confond l'objectif des dispositions sur les MEC et les moyens utilisés pour la réalisation de cet objectif. La Cour suprême a fait une mise en garde contre cette pratique, au paragraphe 23 de l'arrêt *Thomson Newspapers* 1998 :

La Cour doit d'abord évaluer l'objectif de la mesure législative attentatoire, par opposition aux moyens choisis pour l'appliquer. La question est de savoir si la préoccupation qui a incité à l'adoption de la loi contestée est urgente et réelle, et si l'objet de la loi est suffisamment important

purpose of the legislation is one of sufficient importance (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 987, Dickson C.J. and Lamer J. (as he then was) and Wilson J.). The distinction between “objective” and “means” is important... [Emphasis in original.]

[158] Thus, in *RJR-MacDonald*, the objective of the impugned advertising ban on tobacco was not simply to ban tobacco ads, but “to prevent people in Canada from being persuaded by advertising and promotion to use tobacco products” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 144). The objective of the proscriptive legislation was not the proscription itself, but preventing the negative effects of the proscribed conduct.

[159] Similarly, the objective of CASL’s prohibition on CEMs not meeting the Act’s consent and content requirements or otherwise falling under an exception is not simply to ban CEMs. Rather, CASL’s legislative objective is to stymie certain negative effects to which unsolicited CEMs give rise. These are set out in paragraphs 3(a) through (d) of the Act’s purpose clause.

[160] Nor is this too broad an objective. Section 3 sets out an overarching legislative objective (promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy) supported by sub-objectives enumerated in paragraphs 3(a) through (d). This is structurally similar to the objective accepted by the Supreme Court with respect to the *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, c. 2 in *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (*Health Services*). The Supreme Court wrote at paragraph 146 of that decision:

We reject the argument that the government’s objective is stated too broadly. The government states its objective in terms of one main objective (improving health care delivery), pursued by way of several sub-objectives (enabling health authorities to focus resources on clinical services, enhancing the ability of health employers and authorities to respond quickly to changing circumstances, and enhancing the accountability of decision-makers in public health care). Even if it is accepted that the main

(*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 987, le juge en chef Dickson et les juges Lamer (maintenant Juge en chef) et Wilson). La distinction entre l’« objectif » et les « moyens » est importante [...] [Souligné dans l’original.]

[158] Ainsi, dans l’arrêt *RJR-MacDonald*, l’objectif de la mesure contestée, qui interdisait la publicité en faveur du tabac, n’était pas simplement d’interdire les publicités en faveur du tabac, mais d’« empêcher la population canadienne de se laisser convaincre par la publicité et la promotion de faire usage du tabac » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 144). L’objectif des dispositions d’interdiction n’était pas l’interdiction en tant que telle, mais la prévention des effets néfastes causés par la pratique interdite.

[159] De manière semblable, les dispositions de la Loi interdisant les MEC ne satisfaisant pas aux exigences légales en matière de consentement ou de contenu et ne faisant pas l’objet d’une exception n’ont pas pour but d’interdire purement et simplement les MEC. L’objectif législatif de la Loi est d’atténuer certains effets néfastes causés par les MEC non sollicités. Ces effets sont énoncés aux alinéas 3a) à d) de la disposition d’objet de la Loi.

[160] Il ne s’agit pas non plus d’un objectif de portée trop générale. L’article 3 énonce l’objectif général de la Loi (promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne), que viennent préciser les sous-objectifs énumérés aux alinéas a) à d). Cette structure est semblable à celle de l’objectif, jugé valide par la Cour suprême du Canada, de la loi de la Colombie-Britannique intitulée *Health and Social Services Delivery Improvement Act*, S.B.C. 2002, ch. 2, dans l’arrêt *Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (*Health Services*). Au paragraphe 146 de cet arrêt, la Cour suprême a écrit ceci :

Nous rejetons l’argument que l’objectif du gouvernement est formulé en termes trop généraux. Le gouvernement définit son objectif comme étant un objectif principal unique (améliorer la prestation de services de santé), poursuivi au moyen de plusieurs sous-objectifs (permettre aux autorités sanitaires de concentrer les ressources sur la prestation des services cliniques, rendre les employeurs du secteur de la santé et les autorités sanitaires plus aptes à réagir rapidement aux changements de circonstances, et

objective is somewhat broad, the more precise aims of the government are made clear in the sub-objectives. Therefore, the objective is not stated too broadly.

[161] The Supreme Court’s reasoning applies equally with respect to CASL’s objective as stated in section 3 of the Act. And there is no question, in my mind, that the objective of promoting the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating CEMs, which may have the pernicious effects set out in paragraphs 3(a) through (d), is sufficiently important to warrant limiting a constitutionally protected right or freedom.

[162] Before proceeding to the next stage of the section 1 analysis, a brief explanation is due for why the appellant’s narrower formulation of CASL’s objective must also be rejected. The appellant states this version of CASL’s objective as “curbing ‘the **most** damaging and deceptive forms of spam’” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 50, emphasis in original). The appellant cites this formulation of the legislative objective to an Industry Canada backgrounder on Bill C-28 (appellant’s constitutional memorandum, at note 28). It is questionable practice, to put it mildly, when considering the objective of legislation, to eschew analysis of, or even reference to, the legislation in question, and have recourse instead to supplementary informational documents. Further still, the appellant does not accurately portray the backgrounder’s statement of the bill’s goal. The document actually states that Bill C-28 is “designed to reduce the most damaging and deceptive forms of spam and other activities that discourage electronic commerce” (my emphasis). Of the legislation’s purpose, more specifically, the backgrounder states “[t]he legislation aims to increase consumer confidence in online commerce by protecting both consumers and Canadian businesses from unwanted spam and related online threats” (JAB, at page 1394). The phrase “unwanted spam and related online threats” unquestionably comprehends a great deal more than only the most damaging and deceptive forms of spam. That Parliament intended for CASL to target more than only the most damaging and deceptive forms of spam is also evident in Hansard:

accroître l’obligation de rendre compte des décideurs dans le système de santé public). Même en admettant que l’objectif principal soit formulé en termes plutôt généraux, les objectifs précis du gouvernement paraissent clairement énoncés dans les sous-objectifs. L’objectif n’est donc pas exprimé d’une manière trop générale.

[161] Le raisonnement de la Cour suprême s’applique tout autant à l’objectif de la Loi, énoncé à l’article 3. Et il ne fait aucun doute dans mon esprit que l’objectif de promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation des MEC, lesquels peuvent avoir les effets perniciose énoncés aux alinéas 3a) à d), est suffisamment important pour justifier la restriction d’un droit ou d’une liberté garantis par la Constitution.

[162] Avant que nous ne passions à la prochaine étape de l’analyse fondée sur l’article premier, il convient d’expliquer brièvement pourquoi l’objectif de portée étroite tel que l’a formulé l’appelante ne peut pas non plus être retenu. Dans les mots de l’appelante, dans cette version, l’objectif de la Loi consiste à [TRADUCTION] « lutter contre “les pourriels sous leurs formes **les plus** dangereuses et trompeuses” » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 50, souligné et en gras dans l’original). L’appelante dit avoir tiré cet objectif législatif d’un document d’information sur le projet de loi C-28 publié par Industrie Canada (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, note 28). Il s’agit d’une pratique peu recommandée, et c’est un euphémisme, que d’omettre, lorsqu’on examine l’objectif d’un texte législatif, d’analyser le texte législatif en question ou d’y faire renvoi, pour se fonder plutôt sur des documents d’information complémentaire. Qui plus est, l’appelante ne rapporte pas fidèlement ce qui est déclaré dans le document d’information au sujet de l’objectif du projet de loi. Le document dit en fait que le projet de loi C-28 « vise à réduire les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses, ainsi que les autres activités du même genre qui découragent les activités commerciales par voie électronique » (non souligné dans l’original). Au sujet de l’objectif de la Loi, plus précisément, il est écrit dans le document d’information que « [c]ette législation vise à accroître la confiance des consommateurs à l’égard du commerce électronique en protégeant à la fois les consommateurs et les entreprises canadiennes contre les pourriels

... Malware represents some of the most harmful aspects of spam. But even in the apparently least harmful, the unsolicited email that gets dumped into our in-baskets urging us to buy mail order drugs, or show up at some New York City nightclub, even these nuisance messages exact a toll on the economy.

(*House of Commons Debates*, 40th Parl, 2nd Sess., No. 053 (7 May 2009), at page 3216; JAB, at 1151.)

[163] It is clear, in my view, that CASL's objective is not as restrictive as the appellant seeks to portray in its narrow formulation of the Act's purpose. The proper statement of CASL's objective as well as the objective of the impugned CEM scheme more specifically is found in section 3 of the Act.

(3) *Are the Impugned Measures Rationally Connected to the Objective?*

[164] At this stage of the section 1 analysis, the government must establish a rational connection between the law's objective and the means chosen to achieve it. This requires a "causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic" (*RJR-MacDonald*, at paragraph 153). Direct proof of the causal relationship is not always required; it need only be shown "that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so" (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 (*Hutterian*), at paragraph 48). The Supreme Court has described this stage of the *Oakes* test as "'not particularly onerous'" (*Health Services*, at paragraph 148, citing *Little Sisters Book & Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at paragraph 228, also cited in *Trociuk v. British Columbia*

non sollicités et les autres menaces en ligne du même genre » (dossier d'appel conjoint, à la page 1394). Il ne fait aucun doute que l'expression « pourriels non sollicités et les autres menaces en ligne » ne vise pas que les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses. Le fait que le législateur avait l'intention que la Loi aille au-delà des pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses ressort aussi des débats consignés dans le Hansard :

[...] Le malicieux est un des pires aspects du pourriel. Mais même les messages les moins nuisibles, les courriels non sollicités qui inondent nos boîtes d'entrée d'incitations à acheter par correspondance des médicaments ou à faire un tour dans une boîte de nuit de New York, même ces messages agaçants pénalisent l'économie.

(*Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 53 (7 mai 2009), à la page 3216; dossier d'appel conjoint, à la page 1151.)

[163] À mon avis, il est clair que l'objectif de la Loi n'est pas aussi restreint que l'appelante tente de le démontrer dans la formulation qu'elle propose à titre d'objectif de portée étroite. La formulation correcte de l'objectif de la Loi et, plus précisément, de l'objectif des dispositions contestées sur les MEC se trouve à l'article 3 de la Loi.

3) *Les mesures contestées sont-elles rationnellement liées à l'objectif?*

[164] À cette étape de l'analyse fondée sur l'article premier, le gouvernement doit établir un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens choisis pour le réaliser. Cela demande un « lien causal, fondé sur la raison ou la logique, entre la violation et l'avantage recherché » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 153). Il n'est pas toujours nécessaire de faire la preuve directe de ce lien; il suffit de montrer « qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567 (*Hutterian*), au paragraphe 48). La Cour suprême a affirmé que cet élément du critère énoncé dans l'arrêt *Oakes* n'était « "pas particulièrement exigeant" » (*Health Services*, au paragraphe 148, citant *Little Sisters Book & Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000

(*Attorney General*), 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835, at paragraph 34). The purpose of the rational connection requirement is to prevent arbitrary limits on Charter rights (*Hutterian*, at paragraph 48). In this sense, the requirement gauges “how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose” (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, 35 D.L.R. (4th) 1, 1986 CanLII 12, at paragraph 127 [at page 770 of S.C.R.]).

[165] The appellant is correct that an overinclusive prohibition is not rationally connected to its legislative objective to the extent of its overinclusiveness. The appellant also points to two cases where the Supreme Court struck down legislation for being overbroad: *Vancouver Transportation Authority* and *Oakes* (appellant’s constitutional memorandum, at paragraphs 53–54). However, the nuanced legislative scheme created by CASL can be distinguished from the categorical, rigid approach taken by the impugned legislation in these cases. *Vancouver Transportation Authority* examined an absolute prohibition on political advertising on the sides of buses. *Oakes* was concerned with an automatic, mandatory presumption that possession of any quantity of narcotics—even a negligible amount—was possessed for the purpose of trafficking. The objective of each measure was, respectively, to create a safe and welcoming transit system and to facilitate the conviction of drug traffickers. The impugned measures in both cases were overbroad because neither the absolute prohibition created by the former, nor the inference mandated by the latter, logically or reasonably furthered their respective legislative objectives. Not all political advertisements are offensive, and possession of a small amount of drugs does not invariably support an inference of possession for the purpose of trafficking. Neither impugned measure exhibited any tailoring to achieve its objective—the prohibition was absolute and the presumption non-discretionary. The overbreadth of both laws, combined with their rigid, uncompromising frameworks, necessarily meant that they captured conduct not rationally connected to their respective objectives. The same cannot be said of CASL.

CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, au paragraphe 228, également cité dans l’arrêt *Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835, au paragraphe 34). L’exigence du lien rationnel a pour but d’éviter que les droits garantis par la Charte soient restreints arbitrairement (*Hutterian*, au paragraphe 48). En ce sens, il est vérifié par cette exigence « dans quelle mesure l’ensemble législatif est adapté à son objet » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, 1986 CanLII 12, au paragraphe 127 [à la page 770 du R.C.S.]).

[165] L’appelante a raison quand elle affirme que, si une interdiction est trop vaste, la partie excédante n’est pas rationnellement liée à l’objectif. L’appelante invoque deux arrêts dans lesquels la Cour suprême a invalidé des dispositions parce qu’elles étaient de portée trop générale : *Vancouver Transportation Authority* et *Oakes* (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 53 et 54). Cependant, on peut établir une distinction entre le régime légal nuancé créé par la Loi et la méthode catégorique et rigide adoptée dans les lois contestées dans ces affaires. L’arrêt *Vancouver Transportation Authority* portait sur l’interdiction absolue d’afficher des publicités à caractère politique sur le côté des autobus. L’arrêt *Oakes* portait sur la présomption automatique et impérative selon laquelle toute personne en possession de la moindre quantité de stupéfiants — même une quantité minimale — les possédait en vue d’en faire le trafic. L’objectif des dispositions contestées était, respectivement, d’offrir un réseau de transport en commun sûr et accueillant et de faciliter l’obtention de verdicts de culpabilité contre les trafiquants. Dans les deux cas, les mesures étaient de portée trop générale parce que ni l’interdiction absolue créée par la première ni la présomption impérative créée par la seconde ne contribuait, logiquement et raisonnablement, à la réalisation de leur objectif législatif respectif. Ce ne sont pas toutes les publicités à caractère politique qui sont choquantes, et la possession simple d’une petite quantité de stupéfiants ne justifie pas invariablement que l’on conclue qu’il y a possession en vue de se livrer au trafic. Ni l’une ni l’autre des mesures contestées n’était adaptée à son objectif : l’interdiction était totale et la présomption n’était pas discrétionnaire. La portée trop vaste de ces lois, à laquelle s’ajoutaient les cadres rigides et intransigeants, signifiait nécessairement que ces lois visaient des activités qui n’étaient pas liées à leur objectif. On ne peut en dire autant de la Loi.

[166] CASL does not create an absolute prohibition on electronic messages that aim to encourage participation in commercial activity. The legislation prescribes means of engaging in the regulated conduct, namely, where recipients' consent has been obtained or can be implied and the Act's content and unsubscribe requirements have been met. Consent can be implied where a business or non-business relationship exists between sender and receiver, which covers a range of situations, as well as where the receiver has conspicuously published its electronic address or disclosed it to the sender and certain other conditions have been met. CASL, and subsection 6(1) in particular, thus establish a partial, rather than absolute, prohibition on CEMs.

[167] There are also a number of exceptions and exclusions to this partial prohibition. For instance, the prohibition does not apply to quotes or estimates requested by the recipient; warranty, safety or product recall information; product or service updates or upgrades; information relating to an employment relationship; messages between employees of the same organization as well as different organizations where the organizations have a relationship; satisfaction, notification or enforcement of legal rights or obligations; CEMs sent to limited-access secure and confidential accounts by the account provider; CEMs sent by or on behalf of charities or political parties, organizations or candidates; or the first CEM sent to a recipient that has been referred to the sender by a person with a relationship with the recipient. The prohibition also does not apply where there is a personal or family relationship between sender and receiver. CASL thus establishes a complex legislative scheme that evinces a considerable degree of tailoring to achieve its objectives, far beyond any tailoring associated with the absolute prohibition in *Vancouver Transportation Authority* or the mandatory presumption at issue in *Oakes*.

[166] La Loi n'interdit pas de manière absolue les messages électroniques visant à encourager la participation à une activité commerciale. Elle prévoit des moyens permettant l'exercice de la pratique réglementée, c'est-à-dire lorsque le destinataire donne expressément ou tacitement son consentement et qu'il est satisfait aux exigences relatives au contenu et au mécanisme d'exclusion. Il peut y avoir consentement tacite lorsque l'expéditeur et le destinataire sont liés par des relations d'affaires ou privées, ce qui couvre un certain nombre de situations, ainsi que lorsque le destinataire a publié bien en vue son adresse électronique ou l'a communiquée à l'expéditeur et que certaines autres conditions sont remplies. Donc la Loi, et en particulier le paragraphe 6(1), crée une interdiction partielle, et non pas absolue, des MEC.

[167] Il existe également plusieurs exceptions et exclusions à cette interdiction partielle. Par exemple, l'interdiction ne s'applique pas aux prix ou estimations pour une fourniture demandés par le destinataire; aux renseignements en matière de garantie, de sécurité ou de rappel à l'égard d'un produit; aux mises à jour ou améliorations à l'égard d'un produit ou d'un service; aux renseignements liés au statut d'employé; aux messages entre employés d'une même organisation ou entre des organisations entretenant des rapports; aux MEC envoyés pour satisfaire à une obligation juridique, pour donner avis d'un droit ou d'une obligation juridique ou pour faire valoir un droit ou exécuter une obligation juridique; aux MEC envoyés à un compte sécuritaire et confidentiel à accès restreint par le fournisseur du compte; aux MEC envoyés par un organisme de bienfaisance ou par une organisation ou un parti politiques ou par un candidat ou qui ont été envoyés en leur nom; ni au premier MEC envoyé à un destinataire à la suite d'une recommandation faite par une personne avec laquelle le destinataire entretient un rapport. L'interdiction ne s'applique pas non plus lorsqu'il y a une relation privée ou des liens familiaux entre l'expéditeur et le destinataire. La Loi établit donc un régime légal complexe qui manifeste un degré considérable d'adaptation à ses objectifs, qui va bien au-delà de l'adaptation liée à l'interdiction absolue examinée dans l'arrêt *Vancouver Transportation Authority* ou à la présomption impérative en cause dans l'arrêt *Oakes*.

[168] If the Act’s objective were to prevent only “the most damaging and deceptive forms of spam”, it would be possible to argue that CASL’s central prohibition, even though partial and accompanied by numerous exceptions, is nevertheless overbroad and must fail the rational connection test. However, the Act’s objective is not so narrow. The Act’s objective is to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating commercial conduct that, *inter alia*, impairs the efficiency and optimal use of, or undermines Canadians’ confidence in, electronic means of carrying out commercial activities. A wide range of commercial messages, far beyond what could be considered “the most damaging and deceptive forms of spam”, could controvert these objectives and therefore be rationally and not arbitrarily captured by the prohibition in subsection 6(1).

[169] When the appellant states “[t]he Act veers far beyond harmful spam”, the appellant simply does not have the right type of harm in mind. This is evident, for example, from the appellant’s statement at paragraph 55 of its constitutional memorandum that “it is irrational to infer that sending a coupon to a consumer” contradicts the purpose of the Act. The proper question in this regard is not whether an email containing a coupon ranks among “the most harmful and misleading forms of online threats”. Certainly, it does not. The more appropriate inquiry is whether an inundation of emails offering an array of coupons, which a recipient did not consent to, and which the recipient is powerless to bring to an end, can impair the efficiency or optimal use of, or undermine a recipient’s confidence in, email as a means of carrying out commercial activities. Without a doubt, it can. A proper appreciation of CASL’s objectives makes clear that the Act may validly restrict messages that may seem innocuous relative to “the most damaging and deceptive forms of spam” without being arbitrary or unfair.

[168] Si l’objectif de la Loi était seulement de prévenir « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses », il serait possible de conclure que l’interdiction principale établie par la Loi, bien qu’elle soit partielle et assortie de nombreuses exceptions, est de portée trop générale et ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Cependant, l’objectif de la Loi n’est pas si étroit. Il consiste plutôt à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de pratiques commerciales qui, entre autres, nuisent à l’efficacité et à l’utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales ou minent la confiance des Canadiens à cet égard. Une vaste gamme de messages commerciaux, qui vont bien au-delà de ce que l’on pourrait considérer comme étant « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses », peut être contraire à cet objectif et par conséquent être rationnellement, et non arbitrairement, liée à l’interdiction établie au paragraphe 6(1).

[169] Lorsque l’appelante affirme que [TRADUCTION] « la Loi va bien au-delà des pourriels dangereux », elle ne pense tout simplement pas au bon type de danger. Cela ressort clairement, par exemple, de sa déclaration, au paragraphe 55 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, selon laquelle [TRADUCTION] « il est irrationnel de supposer que l’envoi d’un coupon à un consommateur » est contraire à l’objectif de la Loi. La question à poser à cet égard n’est pas celle de savoir si un courriel comportant un coupon compte parmi les [TRADUCTION] « formes les plus dangereuses et trompeuses de menaces en ligne ». De toute évidence, ce n’est pas le cas. La question qu’il faut plutôt poser est celle de savoir si une avalanche de courriels offrant une multitude de coupons, à laquelle le destinataire n’a pas consenti, et à laquelle il est incapable de mettre fin, peut nuire à l’efficacité ou à l’utilisation optimale du courriel comme moyen de communication électronique dans le cadre des activités commerciales et miner la confiance du destinataire à cet égard. Sans le moindre doute, la réponse est oui. La juste appréciation des objectifs de la Loi montre clairement que la Loi peut restreindre de façon valide des messages qui peuvent sembler inoffensifs en comparaison avec « les pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses » sans que la restriction soit arbitraire ou injuste.

[170] CASL’s complex legislative scheme sufficiently tailors means to objectives to pass the rational connection stage of the section 1 inquiry. It is reasonable to conclude that the Act’s prohibition captures conduct that can reasonably be said to offend a purpose of the Act and accommodates conduct that cannot.

(4) *Are the Impugned Measures Minimally Impairing?*

[171] This stage of the section 1 analysis assesses whether “the measures at issue impair the right of free expression as little as reasonably possible in order to achieve the legislative objective” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 160). While the law must be carefully tailored to minimize impairment of constitutionally protected rights, such tailoring “seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator.” What is required is that “[t]he law must be reasonably tailored to its objectives; it must impair the right no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account” (*Sharpe*, at paragraph 96, emphasis in original). Accordingly, to pass this stage, it is sufficient that “the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted” (*Sharpe*, at paragraph 96).

[172] A law may fail this stage where “the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 160). As the Supreme Court made clear in *Hutterian*, “equally effective” measures, in this context, are not limited to alternatives that “satisfy the objective to *exactly* the same extent or degree as the impugned measure”, but include alternatives that offer “sufficient protection” to the government’s goals (*Hutterian*, at paragraph 55, emphasis in original).

[170] Le régime légal complexe qu’instaure la Loi est suffisamment adapté à ses objectifs pour satisfaire au critère du lien rationnel de l’analyse fondée sur l’article premier. Il est raisonnable de conclure que l’interdiction imposée par la Loi vise des pratiques dont on peut raisonnablement dire qu’elles sont contraires aux objectifs de la Loi et autorise des pratiques dont on ne peut pas raisonnablement dire la même chose.

4) *Les mesures contestées imposent-elles une restriction minimale?*

[171] À cette étape de l’analyse fondée sur l’article premier, il faut déterminer si « les mesures en cause restreignent le droit à la liberté d’expression aussi peu que cela est raisonnablement possible aux fins de la réalisation de l’objectif législatif » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 160). Bien que la disposition doive être soigneusement adaptée afin de réduire au minimum la restriction des droits constitutionnellement garantis, le processus d’adaptation « est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 160). L’exigence est la suivante : « [l]a disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas [...] porter atteinte au droit plus qu’il n’est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération » (*Sharpe*, au paragraphe 96, souligné dans l’original). Par conséquent, pour que la loi soit jugée valide à cette étape, il suffit que « le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé » (*Sharpe*, au paragraphe 96).

[172] La loi peut être jugée invalide dans le cas où « le gouvernement omet d’expliquer pourquoi il n’a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 160). Comme la Cour suprême l’a dit clairement dans l’arrêt *Hutterian*, la mesure « tout aussi efficace » n’a pas à permettre « d’atteindre l’objectif *exactement* dans la même mesure que la mesure contestée », mais doit inclure des solutions de rechange qui « protègent suffisamment » l’objectif du gouvernement (*Hutterian*, au paragraphe 55, en italique dans l’original).

[173] The appellant faults the CRTC for rejecting its proposed alternatives despite acknowledging that these would impair paragraph 2(b) less than CASL. According to the appellant, this shows that the CRTC “fails to recognize the necessity of asking if there are less harmful means of achieving the legislative goal and if the ‘least drastic means’ was selected” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 62). However, the appellant seems to misapprehend that the existence of less impairing alternatives cannot cause the impugned measures to fail the minimal impairment stage if those alternatives do not also provide sufficient protection to the government’s goals (*Hutterian*, at paragraph 55). As the Supreme Court stated at paragraph 54 of *Hutterian*, “[l]ess drastic means which do not actually achieve the government’s objective are not considered at this stage.” Having determined that the appellant’s alternatives fail to provide adequate protection to CASL’s legislative objectives, the CRTC was correct to reject them (CRTC Decision, at paragraph 150). What must now be determined is whether the CRTC’s assessment of the alternatives was correct.

[174] One alternative to CASL’s “opt-in” approach to recipient consent is the “opt-out” approach used in the American equivalent to CASL, *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*, 15 U.S.C. 103. This approach does not require recipients’ consent to commercial messages, but those messages must include an unsubscribe mechanism allowing recipients to opt-out of receiving further messages.

[175] While alternatives need not satisfy the legislature’s objectives to the exact same extent as the impugned measures, the opt-out model clearly fails to provide sufficient protection to more than one, if not all, of CASL’s objectives set out in section 3. If CEMs did not require consent from recipients, inboxes would be susceptible to inundation or, in colloquial parlance, being “blown up” by unsolicited commercial messages. This goes against the objective stated in paragraph 3(a) of preventing impairment of the efficiency and optimal use of electronic

[173] L’appelante reproche au CRTC d’avoir rejeté les solutions de rechange qu’elle proposait bien qu’il ait reconnu qu’elles auraient été moins attentatoires aux droits et libertés garantis par l’alinéa 2b) de la Charte que la Loi. Selon l’appelante, cela montre que le CRTC [TRADUCTION] « ne reconnaît pas la nécessité d’examiner s’il existe des moyens moins attentatoires de réaliser l’objectif législatif et si les “moyens les moins radicaux” ont été choisis » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 62). Cependant, l’appelante semble oublier que l’existence de solutions de rechange moins attentatoires ne peut rendre les dispositions contestées invalides si ces solutions de rechange ne protègent pas suffisamment l’objectif du gouvernement (*Hutterian*, au paragraphe 55). La Cour suprême l’a affirmé au paragraphe 54 de l’arrêt *Hutterian* : « Les moyens moins attentatoires qui ne lui permettraient pas de réaliser son objectif ne sont pas examinés à ce stade. » Parce qu’il avait conclu que les solutions de rechange proposées par l’appelante ne protégeaient pas adéquatement les objectifs législatifs de la Loi, logiquement, le CRTC ne les a pas retenues (décision du CRTC, au paragraphe 150). Il faut maintenant déterminer si les conclusions du CRTC au sujet des solutions de rechange étaient correctes.

[174] Une solution de rechange au régime à « option d’adhésion » prévu par la Loi à l’égard du consentement du destinataire est le régime à « option de retrait » utilisé dans une loi américaine équivalente à la Loi, intitulée *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*, 15 U.S.C. 103. Sous ce régime, le destinataire n’a pas à donner son consentement aux messages commerciaux, mais ces derniers doivent comporter un mécanisme d’exclusion qui permet au destinataire de choisir de ne pas recevoir d’autres messages.

[175] Bien que les solutions de rechange n’aient pas à remplir les objectifs du législateur exactement dans la même mesure que les dispositions contestées, il est clair que le modèle du régime à option de retrait ne protège pas suffisamment l’un des objectifs, voire tous les objectifs, de la Loi énoncés à l’article 3. S’il n’était pas nécessaire d’obtenir le consentement du destinataire des MEC, les boîtes de réception pourraient être inondées ou, pour utiliser une expression familière, « exploser » à cause de messages commerciaux non sollicités. Une telle pratique

means to carry out commercial activities. It is also contrary to CASL's underlying goal of giving "businesses and consumers control over their inbox and over their computers" (*House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 106 (3 November 2009) (Gordon Brown), at page 6581; JAB, at page 1143).

[176] The opt-out approach would also permit entrance of potentially harmful emails to inboxes where they might be mistakenly or innocently opened and their pernicious contents released. Surely, detailed explanation is not required to elucidate how this effectively compromises all of CASL's stated goals.

[177] Lastly, as the CRTC also indicated, the opt-out approach places the burden in terms of time, effort and, ultimately, cost, on recipients to avoid unsolicited messages, contrary to paragraph 3(b) of CASL, which aims to avoid additional costs to businesses and consumers. The fundamental issue with the opt-out model is that it permits spammers to continue sending spam. It is worth noting that the Government of Canada's 2005 Task Force on Spam specifically recommended that Canada adopt an opt-in approach in any future anti-spam legislation (Task Force on Spam Report, at pages 3, 14 and 15; JAB, at pages 11907, 11917 and 11918). The United States is, in fact, the only country in the G8 to use the opt-out model (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 13). The opt-out model can, in my view, be safely discarded as a viable alternative to CASL for the purposes of the minimal impairment analysis.

[178] A second alternative to CASL raised by the appellant and considered by the CRTC is Australia's *Spam Act 2003* (Cth). Similar to CASL, the Australian act also

irait à l'encontre de l'objectif énoncé à l'alinéa 3a), qui est d'empêcher que l'on nuise à l'efficacité et à l'utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales. Elle serait aussi contraire à l'objectif sous-jacent de la Loi de donner la possibilité « aux entreprises et aux consommateurs d'exercer un contrôle sur leur corbeille arrivée et sur leurs ordinateurs » (*Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 106 (3 novembre 2009) (Gordon Brown), à la page 6581; dossier d'appel conjoint, à la page 1143).

[176] Le régime à option de retrait pourrait également permettre l'entrée de courriels potentiellement dommageables, qui pourraient être ouverts par erreur ou en toute innocence et ainsi déverser leur contenu pernicieux. Assurément, il n'est pas nécessaire de fournir des explications détaillées pour illustrer en quoi cette pratique serait contraire à tous les objectifs énoncés dans la Loi.

[177] Enfin, le CRTC a également affirmé que le régime à option de retrait impose un fardeau en temps, en efforts et, au bout du compte, en coûts sur les destinataires qui veulent échapper aux messages non sollicités, ce qui est contraire à l'alinéa 3b), qui vise à éviter les coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs. Le problème fondamental du régime à option de retrait est qu'il permet aux expéditeurs de courriels de continuer à envoyer des courriels. Il convient de rappeler que le Groupe de travail sur le courriel établi par le gouvernement du Canada en 2005 a précisément recommandé que le Canada adopte un régime à option d'adhésion dans sa future législation anti-courriels (Rapport du Groupe de travail sur le courriel, aux pages 3, 14 et 15; dossier d'appel conjoint, aux pages 11907, 11917 et 11918). Les États-Unis sont en fait le seul pays du G8 à avoir utilisé le régime à option de retrait (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 13). À mon avis, on peut conclure sans risque de se tromper que le modèle à option de retrait ne constitue pas une solution de rechange valable au régime prévu par la Loi dans le cadre de l'analyse sur l'atteinte minimale.

[178] Une deuxième solution de rechange à la Loi proposée par l'appelante et examinée par le CRTC est la loi adoptée par l'Australie, intitulée *Spam Act 2003* (Cth).

employs an opt-in model with various exceptions. The main differences between the two acts, for our purposes, are twofold. First, the Australian act employs a closed definition of CEM, as opposed to CASL's open-ended definition. Second, the Australian act has an open-ended definition of inferred consent, whereas CASL specifically prescribes the circumstances where consent may be implied. The CRTC's conclusion with respect to this alternative was that it did not clearly impair free expression less than CASL, a conclusion with which I must agree.

[179] Subsection 1(2) of CASL defines CEM as an electronic message that has, as one of its purposes, encouraging participation in a commercial activity. Paragraphs 1(2)(a) through (d) then provide a list of descriptions of messages that fall within, but do not exhaust, this definition. Conversely, section 6 of the Australian act restricts the definition of CEM to an electronic message that conforms to any of the enumerated descriptions in that provision, which closely mirror the descriptions in paragraphs 1(2)(a) through (d) of CASL.

[180] CASL's definition of CEM thus captures all expression captured in the Australian act. The key difference between the two, with respect to impairing free expression, is the subset of electronic messages that would not conform to the descriptions in paragraphs 1(2)(a) through (d) of CASL, but would nevertheless be captured by CASL because they could reasonably be said to encourage participation in a commercial activity.

[181] It is my view that the enumerated descriptions of what constitutes a CEM in section 6 of the Australian act and paragraphs 1(2)(a) through (d) of CASL are quite comprehensive. I am therefore not persuaded that the range of electronic messages that would not conform to those descriptions, yet could reasonably be said to encourage participation in a commercial activity, is very considerable. The more general terms that underlie the definition of CEM in CASL merely afford flexibility to deal with

Comme la Loi, cette loi australienne établit un régime à option d'adhésion comportant diverses exceptions. Pour nos besoins, il y a deux principales différences entre la loi canadienne et la loi australienne. En premier lieu, la loi australienne adopte une définition fermée du terme MEC, tandis que la définition de ce terme dans la Loi est ouverte. En second lieu, la loi australienne comporte une définition ouverte du consentement tacite, tandis que la Loi énonce avec précision les circonstances dans lesquelles il y a consentement tacite. Au sujet de cette solution de rechange, le CRTC a conclu qu'il n'était pas manifeste qu'elle porterait moins atteinte à la liberté d'expression que la Loi, une conclusion à laquelle je ne peux que souscrire.

[179] Le paragraphe 1(2) de la Loi définit le MEC comme étant un message qui a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale. Les alinéas 1(2)a) à d) présentent ensuite une liste, qui n'est pas exhaustive, de descriptions de messages qui sont visés par cette définition. À l'opposé, l'article 6 de la loi australienne limite la définition des MEC aux messages qui correspondent à l'une ou l'autre des descriptions énumérées dans cette disposition, lesquelles sont quasi identiques à celles figurant aux alinéas 1(2)a) à d) de la Loi.

[180] Par conséquent, la définition de MEC figurant dans la Loi vise les mêmes formes d'expression que celles visées par la loi australienne. La différence essentielle entre les deux, en ce qui concerne l'atteinte à la liberté d'expression, est le sous-ensemble de messages électroniques qui ne seraient pas conformes aux descriptions des alinéas 1(2)a) à d) de la Loi, mais qui seraient néanmoins visés par la Loi parce qu'on pourrait raisonnablement conclure qu'ils encouragent la participation à une activité commerciale.

[181] À mon avis, les descriptions de ce qui constitue un MEC énumérées à l'article 6 de la loi australienne et aux alinéas 1(2)a) à d) de la LCAP sont passablement complètes. Je ne suis donc pas convaincu qu'il reste un vaste éventail de messages électroniques qui ne correspondraient pas à ces descriptions, mais qui pourraient être considérés comme encourageant la participation à une activité commerciale. Les termes plus généraux dans lesquels est formulée la définition de MEC dans la Loi ne fait

borderline or ambiguous cases that cannot be anticipated in advance—certainly no such a case is raised on the facts now before us. This added measure of flexibility is not fatal to the legislation.

[182] The differential in expression captured by CASL relative to the Australian act is narrow enough, in my view, to find that both the open and closed approaches to defining CEM fall within the range of reasonable alternatives. This prevents CASL from foundering at the minimal impairment stage, since, as the Supreme Court has made clear, “to establish justification it is not necessary to show that Parliament has adopted the least restrictive means of achieving its end. It suffices if the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted” (*Sharpe*, at paragraph 96).

[183] For similar reasons, I cannot agree that an open-ended approach to inferring consent, as in paragraph 2(b) [of Schedule 2] of the Australian act, is significantly less intrusive of free expression than CASL’s implied consent model, which, as the CRTC stated, “enumerates a greater number of more specific methods of implying consent” relative to the Australian act (Constitutional Decision, at paragraph 162).

[184] The appellant makes, with no supporting analysis, a number of additional suggestions that may well infringe free expression less than CASL but that would just as likely fail to provide sufficient protection to CASL’s objectives. These suggestions include: requiring that a CEM’s primary purpose, rather than only one of its purposes, be commercial; doing away with the unsubscribe requirement for “purely transactional messages or safety warnings”; limiting CEMs to bulk messages; not considering material available via hyperlinks in determining whether a message is a CEM; and not prohibiting messages that promote a person as being a person who sells a product or service (appellant’s constitutional memorandum, at paragraphs 64–65).

qu’offrir une certaine souplesse par rapport aux cas limites ou aux cas ambigus qu’on ne peut prévoir — chose certaine, au vu des faits portés à notre connaissance, nous ne sommes pas saisis de l’un de ces cas. Cette souplesse supplémentaire n’a pas pour effet d’invalider les dispositions.

[182] La différence entre les formes d’expression visées par la LCAP et celles visées par la loi australienne est, à mon avis, suffisamment étroite pour que l’on puisse conclure que le modèle ouvert et le modèle fermé de la définition des MEC font l’un et l’autre partie de la gamme des solutions de rechange raisonnables. Il s’ensuit que la LCAP ne peut être jugée invalide à l’étape de l’atteinte minimale, car la Cour suprême a affirmé clairement que, « pour établir la justification, il n’est pas nécessaire de démontrer que le législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé » (*Sharpe*, au paragraphe 96).

[183] Pour des motifs semblables, je ne peux souscrire à l’argument voulant que le modèle ouvert permettant d’inférer le consentement, tel qu’il est énoncé à l’alinéa 2b) [de l’annexe 2] de la loi australienne, soit manifestement moins attentatoire à la liberté d’expression que le modèle de consentement tacite énoncé dans la LCAP, lequel, dans les mots du CRTC, « définit des méthodes plus précises et en plus grand nombre pour obtenir l’équivalence du consentement » que son équivalent australien (décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 162).

[184] L’appelante présente, sans analyse à l’appui, d’autres propositions qui sont possiblement moins attentatoires à la liberté d’expression que la Loi, mais qui, tout aussi probablement, ne protégeraient pas suffisamment les objectifs de la Loi. Ces propositions comptent notamment les suivantes : exiger que le but principal du MEC, plutôt que seulement un de ses buts, soit commercial; abolir l’exigence du mécanisme d’exclusion pour [TRADUCTION] « les messages purement transactionnels ou les avertissements de sécurité »; limiter les MEC aux envois de masse; ne pas prendre en compte le contenu inclus par hyperlien pour déterminer si un message est un MEC; et ne pas interdire les messages qui font la promotion d’une personne en tant que personne qui vend des produits ou des services (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 64 et 65).

[185] The appellant states, at paragraph 65 of its constitutional memorandum, that “any of these alternative measures would have been ‘less drastic’ and would have achieved the government’s stated goals of curbing ‘the most damaging and deceptive forms of spam’ and curbing impediments to ecommerce” (emphasis in original). It is far from clear to me—perhaps not least because the appellant did not expatiate on these alternatives to any degree—that any of the appellant’s alternatives would be sufficiently less impairing than CASL to take the latter outside the range of reasonable alternatives. The appellant is also only able to make its suggestions appear palatable by once again understating CASL’s objectives. When the Act’s objectives are properly considered, it is clear that the appellant’s suggestions would not provide sufficient protection to render them viable alternatives for the purposes of the minimal impairment test.

[186] It should also be noted that more than one of the appellant’s suggestions for reducing impairment are already incorporated in CASL’s framework, including exemptions for beneficial actors (Governor in Council Regulations, paragraphs 3(g)–(h)) and those with personal or family relationships (CASL, paragraphs 6(5)(a)–(b)).

[187] Finally, the appellant states that the Parliamentary Standing Committee on Industry, Science and Technology (Committee) made “many recommendations that would reduce the chill and impact of CASL on legitimate expression.” The appellant claims that these recommendations, on their own, make it “impossible to sustain” the argument that CASL is minimally impairing (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 66). However, none of the 13 recommendations made by the Committee in its report on CASL could be classified as an “alternative” for the purposes of the minimal impairment stage, nor do they suggest that CASL is not minimally impairing. The recommendations do no more than call for clarification on some of CASL’s terms to ensure that the provisions “are clear and understandable for parties subject to the legislation and do not create unintended costs

[185] L’appelante soutient, au paragraphe 65 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, que [TRADUCTION] « n’importe laquelle de ces solutions de rechange aurait été “moins radicale” et aurait atteint les objectifs énoncés par le gouvernement de mettre fin aux “pourriels sous leurs formes les plus dangereuses et trompeuses” et de supprimer des éléments nuisibles au commerce électronique » (souligné et en gras dans l’original). À mon sens, il est n’est pas du tout clair que les solutions de rechange que l’appelante propose — peut-être parce qu’elle ne les a pas du tout explicitées — seraient moins attentatoires que la Loi à un point suffisant pour que cette dernière ne fasse pas partie de la gamme des solutions de rechange raisonnables. Et encore une fois, l’appelante ne parvient à donner à ses solutions de rechange l’apparence qu’elles sont acceptables qu’en amoindrissant les objectifs de la Loi. Lorsque ceux-ci sont correctement pris en considération, il devient manifeste que les propositions de l’appelante ne protégeraient pas suffisamment les objectifs législatifs pour qu’elles soient valides aux fins de l’analyse sur l’atteinte minimale.

[186] Il faut aussi souligner que plusieurs des solutions proposées par l’appelante pour réduire l’atteinte à la liberté font déjà partie du cadre établi par la Loi, y compris des exceptions pour les organisations faisant œuvre de bienfaisance (Règlement, alinéas 3g) et h)) et les personnes entretenant des relations privées ou ayant des liens familiaux (Loi, al. 6(5)a) et b)).

[187] Enfin, l’appelante soutient que le Comité permanent de l’industrie, des sciences et de la technologie de la Chambre des communes (le Comité) a formulé [TRADUCTION] « de nombreuses recommandations qui diminueraient l’effet dissuasif et les répercussions qu’a la Loi sur les formes d’expression légitimes ». L’appelante soutient que ces recommandations, à elles seules, font qu’il est [TRADUCTION] « impossible de soutenir » que la Loi est minimalement attentatoire (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 66). Cependant, aucune des 13 recommandations formulées par le Comité dans son rapport sur la LCAP ne pourrait constituer une « solution de rechange » pouvant servir à l’étape de l’analyse sur l’atteinte minimale, pas plus que ces recommandations ne donnent à penser que les restrictions apportées par la Loi ne sont pas minimalement

of compliance.” These recommendations do not support the appellant’s argument that CASL limits free expression more than necessary to achieve its objectives.

(5) *Is There Proportionality Between the Benefits and Deleterious Effects of the Impugned Measures?*

[188] The final stage of the section 1 analysis asks of the infringing measures “whether the consequences of the violation are too great when measured against the benefits that may be achieved” (*Thomson Newspapers* 1998, at paragraph 125). For the purposes of this inquiry, the law’s deleterious effects are “measured by the values underlying the *Charter*.” (*Thomson Newspapers* 1998, at paragraph 125). In other words, this stage examines whether the law is “productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression” without considering other forms of detriment occasioned by the law (*Guignard*, at paragraph 28). More specifically, costs in terms of dollar value are not relevant.

[189] CASL curtails free expression by presumptively prohibiting unsolicited CEMs. Messages that do not fall under an exception may only be sent if they meet the requirements prescribed by the Act, namely, recipients have consented, expressly or impliedly, to receive the message and the message contains an unsubscribe mechanism as well as the sender’s identification and contact information. The constitutionally protected expression implicated by CASL is therefore not banned, but regulated.

[190] The appellant argues that this regulation has a chilling effect on “legitimate and beneficial commercial speech as well as political and religious speech, outreach to disadvantaged communities, charitable and public benefit endeavors, [and] advertising by professionals” (appellant’s constitutional memorandum, at paragraph 73).

attentatoires. Les recommandations ne font que demander des éclaircissements sur certains termes de la Loi, pour que les dispositions « soient claires et intelligibles pour les parties visées par la Loi et qu’elles n’engendrent pas des coûts de conformité indus ». Ces recommandations n’étaient pas l’argument de l’appelante selon lequel la Loi restreint la liberté d’expression plus qu’il n’est nécessaire pour la réalisation de ses objectifs.

5) *Y a-t-il proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables des mesures contestées?*

[188] La dernière étape de l’analyse fondée sur l’article premier consiste à examiner si « les conséquences [des dispositions attentatoires] sont disproportionnées [aux avantages pouvant en découler] » (*Thomson Newspapers* 1998, au paragraphe 125). Pour les besoins de cet examen, les effets préjudiciables des dispositions sont « mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte* » (*Thomson Newspapers* 1998, au paragraphe 125). *En d’autres mots, cette étape porte sur la question de savoir si la disposition « produi[t] des avantages qui l’emportent sur les effets négatifs de l’atteinte à la liberté d’expression »* (*Guignard*, au paragraphe 28). Plus précisément, les coûts en argent ne sont pas pertinents.

[189] La Loi restreint la liberté d’expression en créant une présomption d’interdiction contre les MEC non sollicités. Les messages qui ne sont pas visés par une exception ne peuvent être envoyés que s’ils satisfont aux exigences prévues par la Loi, c’est-à-dire que le destinataire a consenti, expressément ou tacitement, à recevoir le MEC et que le message comporte un mécanisme d’exclusion ainsi que le nom et les coordonnées de l’expéditeur. La forme d’expression protégée constitutionnellement assujettie à la Loi n’est donc pas interdite, mais réglementée.

[190] L’appelante soutient que cette réglementation a un effet dissuasif sur [TRADUCTION] « le discours commercial légitime et bénéfique de même que sur le discours politique et religieux, l’action directe dans les communautés défavorisées, les œuvres caritatives et dédiées au bien public, [et] la publicité par les professionnels » (mémoire de l’appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 73).

[191] With respect to the non-commercial forms of speech referred to by the appellant, CASL presents an obstacle only where such speech has a commercial purpose. The harm to these other forms of speech is therefore *de minimis* since CASL does not in any way impede their expression in non-commercial forms. CASL also contains exceptions for some of these forms of speech even when expressed for a commercial purpose. For instance, section 3 of the Governor in Council Regulations clarifies that CASL's prohibition does not extend to messages soliciting donations for registered charities within the meaning of subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1. A registered charity, for the purposes of the *Income Tax Act*, includes any organization whose purpose is the relief of poverty, advancement of education or religion, or is otherwise demonstrably beneficial to the public (*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. Minister of National Revenue*, [1999] 1 S.C.R. 10, 1999 CanLII 704, at paragraph 42).

[192] The appellant describes “the legitimate and beneficial commercial speech” affected by CASL as messages that “foster or continue business relationships, communicate beneficial information to consumers, and provide consumers with economic choices” (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 75). I note that CASL's exceptions extend to existing business relationships (CASL, paragraph 10(9)(a), subsection 10(10)) as well as circumstances where consumers are provided with a variety of beneficial information such as product warranty, safety, security or recall information, and information in furtherance of a prior transaction (CASL, subsection 6(6)). Consumers also always have the option of consenting to receive CEMs about economic choices concerning which they desire more information.

[193] Based on the foregoing, I cannot accept the appellant's submission that CASL has any substantial deleterious effect on forms of expression other than commercial expression and find that the Act's impact on commercial expression is mitigated by numerous exceptions and a prescribed method of compliance.

[191] En ce qui concerne les formes non commerciales de discours mentionnées par l'appelante, la Loi ne constitue un obstacle que lorsque ces discours ont un but commercial. L'atteinte portée à ces autres formes de discours est par conséquent négligeable puisque la Loi n'entrave en aucune façon les formes d'expression non commerciales. La Loi prévoit également des exceptions pour certaines de ces formes d'expression même lorsqu'elles ont un but commercial. Par exemple, l'article 3 du Règlement précise que l'interdiction établie par la Loi ne vise pas les messages sollicitant des dons pour les organismes de bienfaisance enregistrés au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1. L'organisme de bienfaisance enregistré, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, comprend tout organisme agissant à des fins de soulagement de la pauvreté, de promotion de l'éducation et de promotion de la religion ou à d'autres fins manifestement utiles à la société (*Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. Ministre du Revenu national*, [1999] 1 R.C.S. 10, 1999 CanLII 704, au paragraphe 42).

[192] L'appelante soutient que [TRADUCTION] « le discours commercial légitime et bénéfique » affecté par la Loi est un message qui [TRADUCTION] « renforce ou continue une relation d'affaires, communique des renseignements à l'avantage du consommateur et fournit au consommateur des choix économiques » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 75). J'observe que les exceptions prévues par la Loi s'appliquent aux relations d'affaires existantes (LCAP, alinéa 10(9)a), paragraphe 10(10)) ainsi qu'aux situations où le consommateur reçoit de l'information utile comme des renseignements en matière de garantie, de sécurité ou de rappel à l'égard d'un produit ou des renseignements qui font suite à une transaction antérieure (LCAP, paragraphe 6(6)). Les consommateurs ont toujours la possibilité de consentir à recevoir des MEC sur des choix économiques s'ils veulent plus de renseignements.

[193] Compte tenu de ce qui précède, je ne peux souscrire à l'observation de l'appelante selon laquelle la Loi a des effets préjudiciables importants sur des formes d'expression autres que l'expression commerciale et je conclus que les répercussions de la Loi sur l'expression commerciale sont atténuées par de nombreuses exceptions et un mécanisme de conformité réglementaire.

[194] In assessing CASL’s harm to freedom of expression, it must also be said that commercial expression is not as jealously guarded as some other forms of expression. The three fundamental values underlying paragraph 2(b) of the Charter were set out by the Supreme Court in *Keegstra*. These were summarized at paragraph 72 of *RJR-MacDonald* as follows: “the search for political, artistic and scientific truth, the protection of individual autonomy and self-development, and the promotion of public participation in the democratic process.” It is well established that “not all expression is equally worthy of protection” (*Rocket v. Royal College of Dental Surgeons (Ontario)*, [1990] 2 S.C.R. 232, at page 247, (1990), 71 D.L.R. (4th) 68 (*Rocket*), citing *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, (1989), 64 D.L.R. (4th) 577). More particularly, “when the form of expression placed in jeopardy falls farther from the ‘centre core of the spirit’ ... restrictions on such expression [are] less difficult to justify.” (*RJR-MacDonald*, at paragraph 72).

[195] The appellant argues that commercial expression lies close to the core values protected by paragraph 2(b). At paragraph 69 of its constitutional memorandum, the appellant says that the CRTC made “a fundamental error” in finding CEMs fall outside the core of paragraph 2(b), contrary to “the clear findings of *Guignard*, *Irwin Toy*, *Ford* and other cases”. However, none of the cases cited by the appellant support its argument that commercial expression lies near the core of paragraph 2(b). Both *Guignard* and *Irwin Toy* rely on *Ford* as authority for the proposition that commercial expression warrants constitutional protection. Both cases cite the same passage from page 618 [D.L.R.] of *Ford* [at pages 766–767 S.C.R.]:

....Given the earlier pronouncements of this Court to the effect that the rights and freedoms guaranteed in the Canadian *Charter* should be given a large and liberal interpretation, there is no sound basis on which commercial expression can be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter*.

[194] En évaluant l’atteinte que porte la Loi à la liberté d’expression, il faut préciser que l’expression commerciale n’est pas une forme d’expression aussi farouchement protégée que d’autres formes. Les trois valeurs fondamentales au cœur de l’alinéa 2b) de la Charte ont été énoncées par la Cour suprême dans l’arrêt *Keegstra*. Elles ont été résumées ainsi au paragraphe 72 de l’arrêt *RJR-MacDonald* : « la découverte de la vérité dans les affaires politiques et dans les entreprises scientifiques et artistiques, la protection de l’autonomie et de l’enrichissement personnels et la promotion de la participation du public au processus démocratique ». Il est bien établi que « ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection » (*Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d’Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, à la page 247, 1990 CanLII 121 (*Rocket*), citant *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, 1989 CanLII 20). Plus particulièrement, « lorsque la forme d’expression menacée s’écarte beaucoup de l’“esprit même” de la garantie, [...] les restrictions à cette expression sont moins difficiles à justifier » (*RJR-MacDonald*, au paragraphe 72).

[195] L’appelante soutient que l’expression commerciale s’assimile aux valeurs fondamentales protégées par l’alinéa 2b). Au paragraphe 69 de son mémoire sur les questions constitutionnelles, elle soutient que le CRTC a commis [TRADUCTION] « une erreur fondamentale » en concluant que les MEC ne sont pas compris dans les valeurs fondamentales de l’alinéa 2b), en contradiction avec [TRADUCTION] « les conclusions claires tirées notamment dans les arrêts *Guignard*, *Irwin Toy* et *Ford* ». Cependant, aucun des arrêts invoqués par l’appelante n’étaye son argument voulant que l’expression commerciale s’assimile aux valeurs fondamentales protégées par l’alinéa 2b). Les arrêts *Guignard* et *Irwin Toy* citent tous deux l’arrêt *Ford* à l’appui de l’affirmation selon laquelle l’expression commerciale bénéficie d’une protection constitutionnelle. Les deux arrêts citent le même passage aux pages 766 et 767 de l’arrêt *Ford* :

[...] Étant donné que cette Cour a déjà affirmé à plusieurs reprises que les droits et libertés garantis par la *Charte* canadienne doivent recevoir une interprétation large et libérale, il n’y a aucune raison valable d’exclure l’expression commerciale de la protection de l’al. 2b) de la *Charte*.

[196] Far from suggesting commercial expression lies at the core of paragraph 2(b), *Ford, Guignard and Irwin Toy* all indicate commercial expression warrants constitutional protection only because Charter freedoms are to be given a “large and liberal interpretation”.

[197] In my view, the Supreme Court’s discussion of commercial expression in both *Keegstra* and *Rocket* leaves no doubt that this form of expression lies some distance from the core of section 2(b) and warrants a commensurately reduced level of protection. Pages 246 and 247 of *Rocket*, as I read them, could have no other meaning:

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious.

The expression limited by this regulation is that of dentists who wish to impart information to patients or potential patients. Their motive for doing so is, in most cases, primarily economic. Conversely, their loss, if prevented from doing so, is merely loss of profit, and not loss of opportunity to participate in the political process or the “marketplace of ideas”, or to realize one’s spiritual or artistic self-fulfillment: see *Irwin Toy, supra*, at p. 976. This suggests that restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b). [My emphasis.]

[198] I understand the reference to this passage at paragraph 88 of *Keegstra* to impute the same meaning to it

[196] Les arrêts *Ford, Guignard et Irwin Toy* n’établissent pas que l’expression commerciale constitue une valeur fondamentale protégée par l’alinéa 2b), bien au contraire. Il y est écrit que l’expression commerciale doit être protégée constitutionnellement seulement parce que les libertés garanties par la Charte doivent recevoir « une interprétation large et libérale ».

[197] À mon avis, la Cour suprême, dans l’analyse qu’elle a faite de l’expression commerciale dans les arrêts *Keegstra* et *Rocket*, ne laisse aucun doute quant au fait que cette forme d’expression se trouve à une certaine distance des valeurs fondamentales protégées par l’alinéa 2b) et commande un niveau de protection proportionnellement moindre. Les pages 246 et 247 de l’arrêt *Rocket*, à mon sens, ne peuvent vouloir dire autre chose :

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l’expression commerciale, notre méthode d’analyse permet d’aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l’analyse fondée sur l’article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l’expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d’expression ne sont pas également graves.

L’expression qui est restreinte par ce règlement est celle de dentistes qui désirent communiquer des renseignements à des patients réels ou éventuels. Dans la plupart des cas, leur raison d’agir ainsi est principalement d’ordre économique. À l’inverse, s’ils sont empêchés d’agir ainsi, la perte qu’ils subissent est simplement une perte de bénéfice et non une perte d’occasion de participer au processus politique ou au « marché des idées », ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique : voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Cela laisse entendre qu’il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d’autres atteintes à l’al. 2b). [Non souligné dans l’original.]

[198] Je crois que, lorsqu’il est fait renvoi à cet extrait au paragraphe 88 de l’arrêt *Keegstra*, on y attribue la même

that I have: restrictions on commercial expression are more easily justifiable than limits on some other types of expression, like political expression, that lie closer to the core of the guarantee in paragraph 2(b) (see also *Sharpe*, at paragraph 23). This must be borne in mind when weighing the value of the expression infringed by CASL.

[199] Relative to CASL's deleterious effects on free expression, I consider its benefits to be considerable. Spam is a nuisance that has the potential, if left unregulated, to wreak the substantial and negative effects on Canada's economy that Parliament has sought to prevent through this legislation. The volume of spam CASL shields Canadian internet users from is enormous—there is evidence on the record that spam made up fully 90 percent of all email sent in 2014 (respondent's memorandum, at paragraph 7, citing JAB, at page 12067). CASL's benefits are not marginal.

[200] Nor are CASL's benefits speculative. Within one year of CASL coming into force, spam emanating from Canada dropped by 37 percent, removing Canada from among the world's top five spam-producing countries and placing it outside the top twenty (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 19, citing JAB, at pages 3625, 13968–14017). While these figures indicate that CASL has been effective in the practical matter of reducing spam, there is evidence that the benefits to Canada's e-economy that spam-reduction was meant to promote are also being realized. Statistics indicate an increase in the proportion of CEMs reaching their designated recipients as well as in the proportion of CEMs opened and read by recipients following CASL's enactment (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 21, citing JAB, at pages 13988–13989). Evidence furthermore suggests email marketing performance among Canadian companies increased by more than 20 percent over the same period while retail e-commerce sales in Canada also rose (respondent's constitutional memorandum, at paragraph 21, citing JAB, at page 14060; Constitutional Decision, at paragraph 180).

interprétation que j'en fais : les restrictions à l'expression commerciale se justifient beaucoup plus facilement que les restrictions à d'autres formes d'expression, comme l'expression politique, qui sont plus au cœur des valeurs protégées par l'alinéa 2b) (voir aussi *Sharpe*, au paragraphe 23). Il faut garder ce principe à l'esprit lorsque l'on apprécie l'expression restreinte par la Loi.

[199] En ce qui concerne les effets de la Loi restreignant la liberté d'expression, je crois qu'ils apportent des avantages considérables. Les pourriels sont une nuisance et, s'ils n'étaient pas réglementés, ils pourraient avoir des effets importants et néfastes sur l'économie du Canada, que le législateur tente d'éviter par la Loi. La quantité de pourriels que la Loi empêche les internautes canadiens de recevoir est énorme : des éléments de preuve au dossier montrent que les pourriels ont compté pour au moins 90 p. 100 de tous les courriels envoyés en 2014 (mémoire de l'intimé, au paragraphe 7, citant le dossier d'appel conjoint, à la page 12067). Les avantages de la Loi ne sont pas infimes.

[200] Les avantages de la Loi ne relèvent pas non plus de la conjecture. Dans l'année suivant l'entrée en vigueur de la Loi, le nombre de pourriels provenant du Canada a chuté de 37 p. 100, après quoi le Canada non seulement ne se trouvait plus parmi les cinq premiers dans le classement des pays produisant le plus de pourriels au monde, mais ne se trouvait plus parmi les vingt premiers (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, par. 19, citant le dossier d'appel conjoint, aux pages 3625 et 13968 à 14017). Bien que ces chiffres montrent que la Loi a été efficace sur la question bien réelle de la diminution de la quantité de pourriels, des éléments de preuve montrent également que les avantages que la diminution de la quantité de pourriels est censée apporter à la cyberéconomie canadienne se sont concrétisés. Des statistiques montrent qu'après l'édiction de la Loi, il y a eu une augmentation de la proportion de MEC atteignant leurs destinataires ainsi que de la proportion de MEC ouverts et lus par leurs destinataires (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 21, citant le dossier d'appel conjoint, aux pages 13988 et 13989). Des éléments de preuve montrent en outre que le rendement du marketing par courriel chez les entreprises canadiennes a augmenté de plus de 20 p. 100 au cours de la même

[201] The appellant questions whether these benefits are actually attributable to CASL, highlighting the Committee's statement that "[w]hether the Act effectively reduced spam originating from Canada is difficult to ascertain" (appellant's constitutional memorandum, at paragraph 74; JAB, at page 13987). While the appellant seeks to infer that this is an indication that the Committee shares its view that CASL's benefits are illusory, it is telling that the Committee's report suggests no major overhauls and only minor clarifications to CASL so that it "continues 'to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy'" (JAB, at page 13978, my emphasis).

[202] In conclusion, I find that CASL's benefits outweigh its detrimental effects on freedom of expression.

C. Does CASL Violate Section 11 of the Charter?

[203] The appellant also argues that CASL's AMP regime violates paragraph 11(d) of the Charter. Section 11 guarantees a number of procedural protections to "any person charged with an offence". Proceedings resulting in administrative sanctions do not trigger section 11 protections (*Guindon*, at paragraph 44). The appellant's section 11 argument thus hinges on a finding that it has been charged with a criminal offence. A statutory infraction is a criminal offence for the purposes of section 11 where the process by which the penalty is imposed is criminal by its very nature or where a true penal consequence flows from the sanction (*Guindon*, at paragraphs 44 and 51).

(1) *Is the AMP Proceeding "Criminal in Nature"?*

[204] The Supreme Court highlighted three factors that guide the determination of whether proceedings are

période et que les ventes au détail en ligne ont également augmenté (mémoire de l'intimé sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 21, citant le dossier d'appel conjoint, à la page 14060; décision sur la constitutionnalité, au paragraphe 180).

[201] L'appelante met en doute le fait que ces avantages soient véritablement issus de la Loi, soulignant la déclaration du Comité selon laquelle « [i] est difficile d'établir que la diminution des pourriels provenant du Canada est attribuable à la Loi » (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, au paragraphe 74; dossier d'appel conjoint, à la page 13987). Bien que l'appelante tente d'en déduire que le Comité partage son opinion voulant que les avantages apportés par la Loi soient illusoire, il est révélateur que le rapport du Comité ne propose aucune refonte majeure de la Loi, mais seulement des éclaircissements mineurs pour que la Loi « continue de "promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne" » (dossier d'appel conjoint, à la page 13978, non souligné dans l'original).

[202] Au bout du compte, je conclus que les avantages de la Loi l'emportent sur ses effets préjudiciables sur la liberté d'expression.

C. La Loi enfreint-elle l'article 11 de la Charte?

[203] L'appelante soutient également que le régime de SAP enfreint l'alinéa 11d) de la Charte. L'article 11 offre diverses protections procédurales à « tout inculpé ». Les procédures résultant de sanctions administratives ne donnent pas lieu à l'application des protections prévues à l'article 11 (*Guindon*, au paragraphe 44). Pour que l'argument de l'appelante fondé sur l'article 11 soit retenu, il faudrait conclure qu'elle a été accusée d'une infraction criminelle. Les contraventions à une loi sont de nature criminelle pour l'application de l'article 11 lorsque, par sa nature même, la procédure est criminelle ou lorsqu'une véritable conséquence pénale découle de la sanction (*Guindon*, au paragraphes 44 et 51).

1) *Le régime de la SAP est-il de nature criminelle?*

[204] La Cour suprême du Canada a mis en évidence trois facteurs à utiliser pour déterminer si une procédure est de

criminal or administrative in nature: the objectives of the legislation; the objectives of the sanction; and the process leading to the imposition of the sanction (*Guindon*, at paragraph 52).

(a) Objectives of the Legislation

[205] This inquiry considers whether the objectives of the proceedings, examined in their full legislative context, have a regulatory or penal purpose (*Guindon*, at paragraph 53). While penal proceedings typically aim to “bring the subject of the proceedings ‘to account to society’ for conduct ‘violating the public interest’”, administrative proceedings seek to maintain compliance or regulate conduct within a limited sphere of activity (*Guindon*, at paragraphs 45 and 53).

[206] As discussed, the impugned legislative scheme regulates the sending of unsolicited CEMs to prevent impairment of the e-economy and costs to businesses and consumers, as well as to protect confidential information and Canadians’ confidence in e-commerce. The scheme thus aims to regulate conduct in a limited sphere of activity—the sending of CEMs—to protect Canadians by regulating certain commercial conduct. CASL’s AMP proceedings are part of a regulatory framework for the protection of the public and are “generally not the sort of proceedings that engage s. 11” (*Guindon*, at paragraph 53, citing *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, (1987), 45 D.L.R. (4th) 235).

[207] Hansard also suggests CASL’s AMP regime has a regulatory purpose:

One of the best ways to combat spam is through effective legislation. Bill C-27 puts in place important provisions that would protect Canadian consumers and businesses from the most damaging and deceptive forms of electronic harm. It provides a regulatory regime to promote compliance and protect the privacy and personal security of Canadians in the online environment. It provides a clear set of rules that will benefit all Canadians. It will encourage confidence in online communications and e-commerce.”

nature criminelle ou administrative : l’objet de la loi, l’objectif de la sanction et le processus menant à la sanction (*Guindon*, au paragraphe 52).

a) L’objet de la loi

[205] Cette partie de l’analyse consiste à examiner si l’objet de la procédure, considéré dans son contexte législatif global, est de nature réglementaire ou pénale (*Guindon*, au paragraphe 53). La procédure qui est de nature criminelle vise à « amener la personne en cause “à rendre compte à la société” d’une conduite “contraire à l’intérêt public” », tandis que la procédure qui est de nature administrative vise l’observation des règles ou la réglementation de la conduite dans une sphère d’activité limitée (*Guindon*, au paragraphes 45 et 53).

[206] Il a été établi plus haut que le régime législatif contesté régit l’envoi de MEC non sollicités pour empêcher les nuisances à la cyberéconomie et l’imposition de coûts aux entreprises et aux consommateurs ainsi que pour protéger les renseignements confidentiels et la confiance des Canadiens dans le commerce électronique. Le régime a donc pour objet de régir une conduite dans une sphère d’activité limitée — l’envoi de MEC — pour protéger les Canadiens par la réglementation de certaines pratiques commerciales. Les procédures menant aux SAP prévues par la Loi font partie d’un cadre administratif assurant la protection du public et ne sont « généralement pas de celles qui emportent l’application de l’art. 11 » (*Guindon*, au paragraphe 53, citant *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, 1987 CanLII 41).

[207] Le Hansard donne également à penser que le régime de SAP de la Loi a un but administratif :

L’un des meilleurs moyens de combattre les pourriels est une loi efficace. Le projet de loi C-27 met en place des dispositions importantes qui visent à protéger les consommateurs et les entreprises au Canada contre les formes les plus graves et trompeuses de préjudice électronique. Il prévoit un régime de réglementation pour favoriser la conformité et protéger la vie privée et la sécurité personnelle des Canadiens en ligne. Il propose un ensemble clair de règles qui seront à l’avantage de tous les Canadiens. Il favorisera la confiance dans les communications en ligne et le commerce électronique.

This bill combats spam and related online threats in two ways. It provides regulatory powers to administer monetary penalties and it gives individuals and businesses the right to sue spammers. Bill C-27 makes use of the federal trade and commerce power rather than the law enforcement authorities in the Criminal Code. A civil administrative regime such as that in the ECPA [i.e. the Electronic Commerce Protection Act] is consistent with the approach taken internationally.

(*House of Commons Debates*, 40th Parl., 2nd Sess., No. 105 (2 November 2009) (Hon. Mike Lake), at pages 6459–6460; JAB, at pages 1135–1136.)

I find that the objectives of CASL’s AMP proceedings, examined in their full legislative context, have a regulatory purpose.

(b) Objectives of the Sanction

[208] Where the sanction at issue is an AMP, the objectives of the sanction are relevant at both this stage of the inquiry and the second stage considering whether the AMP is a true penal consequence. To avoid repetition, this factor will be analysed at the second stage only (*Guindon*, at paragraph 52).

(c) The Process

[209] The focus here is the extent to which CASL’s AMP proceedings bear the traditional hallmarks of a criminal proceeding. The Supreme Court described some of the relevant considerations as follows: “whether the process involved the laying of a charge, an arrest, a summons to appear before a court of criminal jurisdiction, and whether a finding of responsibility leads to a criminal record” (*Guindon*, at paragraph 63). The use of words typically associated with the criminal process is also an indicator of whether a provision refers to a criminal proceeding.

[210] AMP proceedings under CASL begin with the issuance of a NOV by a person designated by the CRTC under

Le projet de loi combat les pourriels et les autres formes de menaces en ligne de deux façons. Il donne les pouvoirs de réglementation nécessaires pour imposer des sanctions monétaires et donner aux particuliers et aux entreprises le droit de poursuivre les polluposteurs. Il a recours au pouvoir fédéral en matière de commerce plutôt qu’aux pouvoirs d’exécution du Code criminel. Un régime administratif civil comme celui de la Loi sur la protection du commerce électronique est conforme à ce qui se fait ailleurs dans le monde.

(*Débats de la Chambre des communes*, 40^e lég., 2^e sess., n^o 105 (2 novembre 2009) (hon. Mike Lake), aux pages 6459 et 6460; dossier d’appel conjoint, aux pages 1135 et 1136.)

Je conclus que l’objet des procédures menant aux SAP prévues par la Loi, considérée dans leur contexte législatif global, est de nature administrative.

b) L’objectif de la sanction

[208] Lorsque la sanction en cause est une SAP, l’objectif de la sanction est pertinent tant lors de cette étape de l’examen que lors de la seconde étape consistant à déterminer si la SAP constitue une véritable conséquence pénale. Par souci de concision, ce facteur sera analysé à la seconde étape seulement (*Guindon*, au paragraphe 52).

c) Le processus menant à la sanction

[209] L’élément central ici consiste à déterminer dans quelle mesure les procédures de SAP prévues par la Loi comportent les caractéristiques traditionnelles des procédures criminelles. La Cour suprême a décrit certaines des considérations pertinentes de la manière suivante : « celle de savoir si le processus comprend le dépôt d’une accusation, une arrestation ou une assignation à comparaître devant une cour de juridiction criminelle, et celle de savoir si une conclusion de responsabilité conduit à un casier judiciaire » (*Guindon*, au paragraphe 63). L’emploi de termes habituellement liés au processus criminel est également utile pour déterminer si une disposition renvoie à une procédure criminelle.

[210] Les procédures menant aux SAP prévues par la Loi commencent par la signification d’un procès-verbal de

section 14 to any person believed on reasonable grounds to have contravened sections 6–9 of the Act (CASL, section 22). The subject of an NOV may elect to pay the AMP set out therein, or, alternatively, make representations to the CRTC regarding the alleged violation or penalty amount (CASL, section 24). If the person chooses to make representations, the CRTC decides on a balance of probabilities whether the person in fact committed the violation. The CRTC may then maintain, reduce or waive the initial penalty (CASL, subsection 25(1)). Appeal from a decision by the CRTC lies with this Court (CASL, section 27). Ultimately, a person served with an NOV may be subject to an AMP pursuant to subsection 20(1) and a restraining order directing the cessation of contravening conduct pursuant to subsection 26(1).

[211] The process associated with CASL’s AMP regime does not bear any of the hallmarks of a criminal proceeding, nor do the relevant provisions of CASL use any of the words traditionally associated with the criminal process. Instead, as the CRTC observed at paragraph 203 of its Constitutional Decision, “words such as ‘balance of probabilities,’ ‘due diligence,’ ‘penalty,’ ‘undertaking,’ or ‘representations’” appear throughout the Act’s AMP-related provisions.

[212] I conclude that CASL’s AMP proceedings are not criminal in nature.

(2) *Does the Sanction Give Rise to a True Penal Consequence?*

[213] A true penal consequence “is imprisonment or a fine which, having regard to its magnitude and other relevant factors, is imposed to redress the wrong done to society at large rather than simply to secure compliance” (*Guindon*, at paragraph 75). Whether a monetary fine meets this threshold depends on whether it is, in purpose or effect, punitive. This assessment considers factors including the magnitude of the fine, whether the fine’s

violation à la personne dont la personne désignée par le CRTC en vertu de l’article 14 a des motifs raisonnables de croire qu’elle a contrevenu aux articles 6 à 9 de la Loi (LCAP, article 22). La personne à qui a été signifié le procès-verbal de violation peut choisir soit de payer la SAP qui y est inscrite, soit de présenter au CRTC des observations à l’égard de la violation présumée ou du montant de la sanction (LCAP, article 24). Si la personne choisit de présenter des observations, le CRTC détermine, selon la prépondérance des probabilités, si la personne a bel et bien commis la violation. Il peut ensuite maintenir la sanction prévue dans le procès-verbal, en réduire le montant ou y renoncer (LCAP, paragraphe 25(1)). Il peut être interjeté appel de cette décision devant notre Cour (LCAP, article 27). Au bout du compte, la personne à qui est signifié un procès-verbal de violation peut se faire imposer une SAP en vertu du paragraphe 20(1) ainsi qu’une ordonnance lui enjoignant de cesser la pratique interdite en vertu du paragraphe 26(1).

[211] Le processus lié au régime de SAP établi par la Loi ne comporte aucune des caractéristiques propres aux procédures en matière criminelle, pas plus que les dispositions pertinentes de la Loi n’utilisent de termes traditionnellement associés aux procédures en matière criminelle. Au contraire, comme l’a fait observer le CRTC au paragraphe 203 de sa décision sur la constitutionnalité, des « termes comme “prépondérance des probabilités”, “diligence raisonnable”, “sanction”, “engagement” ou “observations” » se voient partout dans les dispositions de la Loi portant sur les SAP.

[212] Je conclus que les procédures menant aux SAP prévues dans la Loi ne sont pas de nature criminelle.

2) *Est-ce qu’il découle de la sanction une véritable conséquence pénale?*

[213] La véritable conséquence pénale s’entend « de la peine d’emprisonnement ou de l’amende qui, compte tenu de son importance et d’autres considérations pertinentes, est infligée dans le but de réparer le tort causé à la société en général plutôt que d’assurer l’observation de la loi » (*Guindon*, au paragraphe 75). L’amende pécuniaire satisfait à ce critère si elle a un but ou un effet punitif. Cet examen prend en compte plusieurs facteurs dont le

magnitude is determined by regulatory considerations or principles of criminal sentencing, whether stigma is associated with the penalty and to whom the penalty is paid (*Guindon*, at paragraph 76).

[214] CASL's AMP-related provisions strongly suggest that the objective of the Act's sanctions regime is to secure compliance with the Act's regulatory requirements. Sections 15, 17 and 19, setting out designated persons' investigatory powers, indicate that these powers may only be exercised to verify compliance with the Act, uncover contraventions of the Act or assist foreign investigations into conduct similar to that prohibited by the Act. Subsection 20(2) also explicitly states that the purpose of penalties administered under CASL "is to promote compliance with this Act and not to punish". Finally, section 30 makes clear that violations are not offences for the purposes of the *Criminal Code*. The purpose of CASL's AMP regime is therefore to promote compliance with the Act's regulatory scheme.

[215] The magnitude of fines levied under CASL may reach \$1 000 000 in the case of an individual and \$10 000 000 in the case of any other person, including corporations (CASL, subsection 20(4)). Though considerable, these amounts do not necessarily signal that the sanction's purpose is to denounce or punish morally or socially reprehensible conduct. The Supreme Court has acknowledged that "significant penalties" may be required to achieve the regulatory purpose of deterring non-compliance by ensuring AMPs do not become simply a cost of doing business. To require that penalties reflect regulatory objectives "is not to say that very large penalties cannot be imposed under administrative monetary penalty regimes" (*Guindon*, at paragraph 77).

[216] As the CRTC pointed out, the Supreme Court in *Guindon* cited a case in which the Ontario Superior Court found that a \$10 000 000 AMP under the *Competition*

montant de l'amende, la question de savoir si son importance tient à des considérations réglementaires plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, la question de savoir si la sanction stigmatise ou non et la personne à qui l'amende est payée (*Guindon*, au paragraphe 76).

[214] Les dispositions de la Loi portant sur les SAP donnent fortement à penser que l'objectif du régime de sanctions de la Loi est d'assurer l'observation des exigences réglementaires de la Loi. Les articles 15, 17 et 19, établissant les pouvoirs d'enquête de la personne désignée, précisent que ces pouvoirs ne peuvent être exercés que pour vérifier le respect de la Loi, découvrir si une contravention à la Loi a été commise ou faciliter une enquête sur une contravention à une loi étrangère visant des comportements essentiellement semblables à ceux interdits par la Loi. En outre, le paragraphe 20(2) dispose expressément que l'imposition de sanctions en vertu de la Loi « vise non pas à punir, mais plutôt à favoriser le respect de la présente loi ». Enfin, l'article 30 dispose en toutes lettres que les violations ne sont pas des infractions pour l'application du *Code criminel*. Le but du régime de SAP établi par la Loi est donc d'assurer le respect des exigences réglementaires de la Loi.

[215] Les amendes imposées en vertu de la Loi peuvent s'élever au maximum à 1 000 000 \$ dans le cas d'une personne physique et à 10 000 000 \$ dans le cas de toute autre personne, dont les sociétés (LCAP, paragraphe 20(4)). Bien qu'importantes, ces sommes ne signifient pas nécessairement que la sanction a pour but de dénoncer ou de punir un comportement moralement ou socialement répréhensible. La Cour suprême a reconnu qu'une « pénalité d'un montant substantiel » peut être nécessaire pour la réalisation de l'objectif de nature administrative de décourager l'inobservation du régime en évitant que les SAP ne deviennent un simple coût d'exploitation. Exiger que les sanctions soient conformes à des objectifs de nature administrative « ne veut pas dire qu'une pénalité d'un montant très élevé ne puisse être infligée à titre de sanction pécuniaire administrative » (*Guindon*, au paragraphe 77).

[216] Comme le CRTC l'a souligné, la Cour suprême, dans l'arrêt *Guindon*, a renvoyé à une décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans laquelle celle-ci

Act did not trigger section 11 of the Charter (*Guindon*, at paragraph 80). I am not prepared to hold that the possibility of similarly significant monetary penalties is not also necessary to deter non-compliance with CASL by large commercial entities that may anticipate considerable economic gain from indiscriminate email-marketing campaigns. I also reiterate the CRTC's observation at paragraph 214 of its Constitutional Decision that \$1 000 000 and \$10 000 000 are maximum amounts—upper limits that provide flexibility to ensure the regulatory objectives of promoting compliance and deterring non-compliance can be achieved when individuals or corporations with considerable resources commit particularly egregious violations.

[217] There is also little overlap between the considerations for determining the magnitude of an AMP, enumerated in subsection 20(3), and the principles of criminal sentencing found at section 718 of the *Criminal Code*. The absence of a “purely economic” or “mathematical” basis for determining penalties, which the appellant points to, does not compel the conclusion that criminal sentencing objectives rather than regulatory objectives determine the quantum of penalties under CASL.

[218] The appellant has not argued that stigma attaches to an AMP administered under CASL and I do not find that it does. Such penalties are imposed for violating economic regulations rather than for conduct that, by its very nature, warrants moral opprobrium. Accordingly, little, if any, stigma is associated with CASL's sanctions, especially relative to criminal convictions.

[219] Finally, AMPs levied under CASL are payable to the Receiver General and so ultimately end up in the Consolidated Revenue Fund (CASL, subsection 29(1)).

avait conclu qu'une SAP de 10 000 000 \$ imposée en vertu de la *Loi sur la concurrence* ne faisait pas jouer l'article 11 de la Charte (*Guindon*, au paragraphe 80). Je ne suis pas prêt à conclure qu'une sanction pécuniaire éventuelle de cette importance n'est pas également nécessaire pour décourager l'inobservation de la Loi par une grande organisation commerciale qui s'attendrait à faire des profits considérables par des campagnes de marketing consistant en l'envoi massif de courriels à tout vent. Aussi, je réitérerais l'observation du CRTC au paragraphe 214 de sa décision sur la constitutionnalité selon laquelle les montants de 1 000 000 \$ et de 10 000 000 \$ sont les amendes maximales : les sanctions maximales, qui offrent une certaine souplesse dans la réalisation des objectifs de nature administrative consistant à veiller au respect de la Loi et à en décourager l'inobservation, peuvent être infligées dans les cas où des personnes physiques ou morales disposant de ressources considérables commettent des violations particulièrement répréhensibles.

[217] Également, il y a peu de recoupements entre les éléments servant à déterminer l'importance de la SAP, énumérés au paragraphe 20(3), et les principes de détermination de la peine en matière criminelle figurant à l'article 718 du *Code criminel*. L'absence de fondement [TRADUCTION] « purement économique » ou [TRADUCTION] « mathématique » pour le calcul de la peine, qu'invoque l'appelante, ne mène pas à la conclusion que le montant des sanctions infligées en vertu de la Loi est établi de manière à répondre à des objectifs de détermination de la peine en matière criminelle plutôt qu'à des objectifs de nature administrative.

[218] L'appelante n'a pas soutenu que les SAP infligées en vertu de la Loi entraînent une stigmatisation, et j'estime que ce n'est pas le cas. Ces sanctions sont infligées pour des violations de règles économiques et non pour une conduite qui, de par sa nature, suscite moralement l'opprobre. Par conséquent, à supposer qu'une stigmatisation découlât des sanctions infligées en vertu de la Loi, elle serait petite, surtout en comparaison avec une déclaration de culpabilité à des infractions criminelles.

[219] Enfin, les SAP infligées en vertu de la Loi sont payables au receveur général, donc sont versées au Trésor (LCAP, paragraphe 29(1)). Bien que cela puisse

While potentially indicative of a true penal consequence, this factor alone is not determinative, especially where the other relevant factors point in the opposite direction (*Guindon*, at paragraph 88).

[220] Based on the above, I conclude that CASL does not prescribe proceedings that allow for the imposition of true penal consequences generally.

D. Does the AMP Applied in This Case Violate Section 11 of the Charter?

[221] Turning to the \$1 100 000 fine set out in the NOV, the question of whether this sanction amounted to a true penal consequence is a question of mixed fact and law. The CRTC's findings on this question must therefore be reviewed on the highly deferential standard of palpable and overriding error, rather than correctness (*Housen*, at paragraph 36). This standard of review only admits of interference with a first-instance decision where that decision contains an error that is both obvious and goes to the very core of the case's outcome (*Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38).

[222] The CRTC's reasons for finding that the appellant's fine was not a true penal consequence are set out at paragraphs 120–124 of its Notice of Violation Decision. The CRTC reached its conclusions following its application of the appropriate legal principles to the circumstances leading to the issuance of an NOV to the appellant.

[223] The CRTC assessed the appellant's \$1 100 000 fine against the factors for determining the amount of a penalty enumerated in subsection 20(3) of the Act. The CRTC found the AMP applied in this instance was "out of proportion to what is required to achieve regulatory purposes and to promote compliance with the Act going forward." (Notice of Violation Decision, at paragraph 119). The CRTC properly acknowledged that where the quantum of a penalty is "out of proportion to the amount required to achieve regulatory purposes, this suggests that it is a true penal consequence" (Notice of Violation Decision, at

constituer un indice qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale, ce facteur seul n'est pas déterminant, surtout lorsque d'autres facteurs pertinents indiquent le contraire (*Guindon*, au paragraphe 88).

[220] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la Loi ne prévoit pas de procédures donnant généralement lieu à de véritables conséquences pénales.

D. La SAP infligée en l'espèce était-elle une violation de l'article 11 de la Charte?

[221] En ce qui concerne l'amende de 1 100 000 \$ prévue dans le procès-verbal de violation, la question de savoir si cette sanction constituait une véritable conséquence pénale est une question mixte de fait et de droit. Les conclusions du CRTC à cet égard doivent donc être examinées selon la norme demandant une grande retenue de l'erreur manifeste et dominante plutôt que celle de la décision correcte (*Housen*, au paragraphe 36). Cette norme de contrôle n'admet l'intervention dans la décision de première instance que lorsque celle-ci comporte une erreur qui à la fois est évidente et touche directement à l'issue de l'affaire (*Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38).

[222] Le CRTC expose les motifs à l'appui de sa conclusion selon laquelle l'amende infligée à l'appelante ne constituait pas une véritable conséquence pénale aux paragraphes 120 à 124 de sa décision sur le procès-verbal de violation. Le CRTC en est venu à sa conclusion après avoir examiné, en appliquant les critères juridiques appropriés, les circonstances ayant mené à la signification à l'appelante du procès-verbal de violation.

[223] Le CRTC a examiné l'amende de 1 100 000 \$ infligée à l'appelante en fonction des facteurs servant à établir le montant de la sanction, énumérés au paragraphe 20(3) de la Loi. Le CRTC a conclu que la SAP infligée en l'espèce était « disproportionnée par rapport au montant requis pour atteindre les objectifs réglementaires et promouvoir la conformité à la Loi à l'avenir » (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 119). Le CRTC a à juste titre reconnu que, lorsque le montant de la sanction est « disproportionné par rapport au montant qui permettrait d'atteindre les objectifs réglementaires, il

paragraph 122). However, the CRTC went on to explain that a fine's magnitude is just one of several factors in determining whether a monetary sanction is, in purpose or effect, punitive and therefore constitutes a true penal consequence. The other factors—to whom the penalty is paid, whether the quantum is determined by regulatory considerations or the principles of criminal sentencing and whether stigma attaches to the penalty—were considered by the CRTC in its assessment of CASL's AMP proceedings generally at paragraphs 211–223 of the Constitutional Decision.

[224] The CRTC ultimately decided, on balance, that the relevant factors do not suggest a true penal consequence in this case (Notice of Violation Decision, at paragraph 123). This is certainly not the only conclusion that could have been reached based on the CRTC's analysis. However, even if this Court could have reached a different conclusion, this would not justify interfering with the CRTC's decision on this point. As Stratas J.A., writing for this Court, stated at paragraph 70 of *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, 281 A.C.W.S. (3d) 297:

.... If an appellate court had a free hand, it might weigh the evidence differently and come to a different result. It might be inclined to draw different inferences or see different factual implications from the evidence. But these things, without more, do not rise to the level of palpable and overriding error.

[225] The CRTC's determination that the appellant's fine did not constitute a true penal consequence, and its legal reasoning supporting that conclusion, do not evince the type of obvious error going to the core of a case required to justify judicial intervention on the palpable and overriding error standard.

y a lieu de penser qu'il s'agit d'une véritable conséquence pénale » (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 122). Cependant, le CRTC a ensuite expliqué que l'importance de l'amende n'était qu'un facteur parmi d'autres servant à déterminer si la sanction pécuniaire était, par son objet ou son effet, punitive et constituait de ce fait une véritable conséquence pénale. Les autres facteurs — la personne à qui est payée l'amende, la question de savoir si l'importance de la peine tient à des considérations administratives plutôt qu'à des principes de détermination de la peine en matière criminelle, la question de savoir si la sanction stigmatise ou non — ont été pris en compte par le CRTC dans son examen du régime général de SAP établi par la Loi, aux paragraphes 211 à 223 de sa décision sur la constitutionnalité.

[224] Le CRTC a décidé, au bout du compte, que les facteurs pertinents n'étaient pas la conclusion selon laquelle la sanction constituait une véritable conséquence pénale en l'espèce (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 123). Ce n'est certainement pas la seule conclusion qui aurait pu être tirée sur le fondement de l'analyse effectuée par le CRTC. Cependant, même si notre Cour aurait pu tirer une conclusion différente, cela ne justifie pas qu'elle intervienne dans la décision du CRTC à cet égard. Le juge Stratas, s'exprimant pour la Cour, a affirmé ce qui suit, au paragraphe 70 de l'arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 :

[...] Si une cour d'appel avait carte blanche, elle pourrait pondérer différemment les éléments de preuve et parvenir à un résultat différent. Elle pourrait être portée à tirer des inférences différentes ou à voir des implications factuelles différentes dans les éléments de preuve. Mais ces choses, sans plus, n'équivalent pas à l'erreur manifeste et dominante.

[225] La conclusion du CRTC selon laquelle l'amende infligée à l'appelante ne constitue pas une véritable conséquence pénale, ainsi que son raisonnement juridique l'étayant, ne présente pas le type d'erreur évidente touchant directement à l'issue de l'affaire qui justifierait l'intervention de notre Cour selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

E. Does CASL Violate Section 7 of the Charter?

[226] The appellant briefly refers to CASL's violation of both section 7 and section 8 of the Charter (appellant's constitutional memorandum, at paragraphs 84(a), 87).

[227] The appellant's section 7 argument must fail because, as the preceding sections of these reasons make clear, the appellant does not face penal proceedings. The appellant, as a corporation, therefore has no standing to bring a claim under section 7 of the Charter.

[228] It is well established that "everyone", as that term appears in section 7, "exclude[s] corporations and other artificial entities incapable of enjoying life, liberty or security of the person, and include[s] only human beings" (*Irwin Toy*, at page 1004; see also *Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 705, at page 709, (1990), 68 D.L.R. (4th) 147 (*Dywidag Systems*)). A corporation cannot, as a general principle, avail itself of the protections provided by section 7.

[229] The exception to this rule is that a corporation charged with a penal provision may challenge that provision on the basis that it violates a human being's section 7 rights. This exception was first articulated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 18 D.L.R. (4th) 321 and has been reaffirmed by the Supreme Court on several occasions (see, for example, *Irwin Toy*, at page 1004; *Dywidag Systems*, at page 709; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, at page 179, (1991), 84 D.L.R. (4th) 161 (*Wholesale Travel*)). In light of my finding that the appellant corporation is not defending against a criminal charge, "[t]here are no penal proceedings pending in the case at hand, so the principle articulated in *Big M Drug Mart* is not involved" (*Irwin Toy*, at page 1004). The appellant thus remains constrained by the general principle that corporations may not avail themselves of the protections offered by section 7 of the Charter. The appellant's section 7 claim must therefore fail.

E. La Loi enfreint-elle l'article 7 de la Charte?

[226] L'appelante affirme brièvement que la Loi enfreint l'article 7 ainsi que l'article 8 de la Charte (mémoire de l'appelante sur les questions constitutionnelles, aux paragraphes 84(a) et 87).

[227] L'argument de l'appelante fondé sur l'article 7 ne peut être retenu parce que, comme il est clairement établi dans les sections précédentes des présents motifs, l'appelante ne fait pas l'objet d'une procédure pénale. Étant donné qu'elle est une société, l'appelante n'a pas qualité pour invoquer la protection de l'article 7 de la Charte.

[228] Il est bien établi que le terme « chacun », utilisé à l'article 7, « exclu[t] les sociétés et autres entités qui ne peuvent jouir de la vie, de la liberté et de la sécurité de la personne, et [...] ne compren[d] que les êtres humains » (*Irwin Toy*, à la page 1004; voir également *Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 705, à la page 709, 1990 CanLII 140 (*Dywidag Systems*)). En règle générale, les sociétés ne peuvent se prévaloir des protections conférées par l'article 7.

[229] L'exception à cette règle est que la société accusée au titre d'une disposition pénale peut contester cette disposition au motif qu'elle enfreint les droits d'un être humain garantis par l'article 7. Cette exception a été exposée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, 1985 CanLII 69, et a depuis été réitérée par la Cour suprême dans plusieurs arrêts (voir notamment *Irwin Toy*, à la page 1004; *Dywidag Systems*, à la page 709; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, à la page 179, 1991 CanLII 39 (*Wholesale Travel*)). Étant donné ma conclusion selon laquelle l'appelante ne se défend pas contre des accusations de nature criminelle, « [i]l n'y a aucune poursuite pénale en cours en l'espèce de sorte que le principe formulé dans l'arrêt *Big M Drug Mart* n'entre pas en jeu » (*Irwin Toy*, à la page 1004). L'appelante demeure donc assujettie au principe général voulant que les sociétés ne puissent se prévaloir des protections conférées par l'article 7 de la Charte. L'argument de l'appelante fondé sur l'article 7 ne peut donc être retenu.

F. Does CASL Violate Section 8 of the Charter?

[230] Section 8 of the Charter, unlike section 7, does find application in the present circumstances. However, in my view, no unreasonable seizure arises on the facts of this case. The appellant’s section 8 claim pertains to the notice to produce issued to it pursuant to section 17 of CASL. The notice sought information regarding the appellant’s practices for recording and tracking consent of individuals on the appellant’s contact list of potential email recipients.

[231] The case law makes clear that the exercise of statutory powers of compelled production may constitute a seizure for the purposes of section 8 even where such powers are regulatory in nature (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pages 640–642, (1990), 68 D.L.R. (4th) 568). However, Charter interpretation is contextual and a right or freedom may have a different meaning depending on the context in which it is asserted (*Wholesale Travel*, at pages 225–226). More specifically, “a Charter right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one” (*Wholesale Travel*, at page 226). In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161 (*Thomson Newspapers* 1990), which considered statutory orders to produce pursuant to section 17 of what was then the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, the parameters of a reasonable search and seizure were heavily influenced by the regulatory character of the legislation. I find the reasons of La Forest J. in that decision persuasive. He explained that, in modern society [at page 507], “regulation must necessarily involve the inspection of private premises or documents by agents of the state.” Consequently,

It follows that there can be only a relatively low expectation of privacy in respect of premises or documents that are used or produced in the course of activities which,

F. La Loi enfreint-elle l’article 8 de la Charte?

[230] L’article 8 de la Charte, contrairement à l’article 7, s’applique en l’espèce. Cependant, à mon avis, les faits de la présente affaire ne montrent pas qu’il y a eu saisie abusive. L’argument de l’appelante fondé sur l’article 8 concerne l’avis de communication qu’on lui a signifié en vertu de l’article 17 de la Loi. L’avis exigeait la communication de renseignements concernant les pratiques utilisées par l’appelante pour consigner le consentement des personnes à figurer sur sa liste d’envoi à titre de destinataire potentiel de courriels et pour assurer le suivi à cet égard.

[231] La jurisprudence établit clairement qu’une communication ordonnée dans l’exercice de pouvoirs conférés par la loi peut constituer une saisie au sens de l’article 8 même lorsque ces pouvoirs sont de nature administrative (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux pages 640 à 642, 1990 CanLII 137). Cependant, la Charte doit être interprétée de façon contextuelle, et un droit ou une liberté peut avoir un sens différent selon le contexte dans lequel il est revendiqué (*Wholesale Travel*, aux pages 225 et 226). Plus précisément, « un droit garanti par la Charte peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu’[il] aurai[t] dans un contexte criminel à proprement dit » (*Wholesale Travel*, à la page 226). Dans l’arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, 1990 CanLII 135 (*Thomson Newspapers* 1990), qui portait sur les ordonnances de production rendues en vertu de l’article 17 de ce qui était alors la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, les paramètres de ce qui constitue une fouille, une perquisition ou une saisie non abusive ont été lourdement influencés par le caractère administratif du texte législatif. Je trouve les motifs du juge La Forest dans cet arrêt convaincants. Il explique que, dans une société moderne [à la page 507], « cette réglementation doit nécessairement comporter l’inspection de lieux ou de documents de nature privée par des fonctionnaires de l’État ». Par conséquent :

Il s’ensuit que les attentes des particuliers ne peuvent être très élevées quant au respect de leur droit à la vie privée dans le cas de lieux ou de documents utilisés ou produits

though lawful, are subject to state regulation as a matter of course. In a society in which the need for effective regulation of certain spheres of private activity is recognized and acted upon, state inspection of premises and documents is a routine and expected feature of participation in such activity.

(*Thomson Newspaper* 1990, at page 507.)

[232] Subsequent jurisprudence leaves no doubt that records and documents produced in the ordinary course of a business's regulated activities attract a diminished expectation of privacy (see, for example, *R. v. Jarvis*, 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757, at paragraph 72; *R. v. Fitzpatrick*, [1995] 4 S.C.R. 154, (1995), 129 D.L.R. (4th) 129, at paragraph 50; *143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General)*; *Tabah v. Quebec (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 339, at page 377, (1994), 48 A.C.W.S. (3d) 64). It is precisely this species of record or document that the appellant was ordered to produce.

[233] It is also important to note that section 17 of CASL only grants authority for compelling production of documents rather than physical searches of premises—the former being a far less intrusive power than the latter. In *Thomson Newspapers* 1990, as in this case, the relevant contextual factors were “the limited scope of the power to order the production of documents, together with the limited privacy interests that can be said to reside in the records and documents that can be lawfully demanded” (*Thomson Newspapers* 1990, at page 522). In that case, La Forest J. found that the safeguards required for a reasonable seizure were “less strenuous and more flexible” than the “stringent standards of reasonableness usually applicable in criminal investigations” (*Thomson Newspapers* 1990, at pages 506 and 520). More particularly, La Forest J. held that the appropriate constitutional limit on the regulatory order to produce was simply that “[t]he material sought must be relevant to the inquiry in progress” (*Thomson Newspapers* 1990, at page 530). Given the similarities between that case and the one now before us in these appeals, and that the appellant has provided not a modicum of argument on the proper scope of section 8 in the specific circumstances of this case, I find that the standard articulated by La Forest J. in *Thomson Newspapers* 1990 is also the appropriate standard

dans l'exercice d'activités qui, bien que légales, sont normalement réglementées par l'État. Dans une société où l'on reconnaît le besoin de réglementer efficacement certains domaines d'activités privées et où l'on y donne suite, l'inspection de lieux et de documents par l'État est un aspect routinier auquel les particuliers s'attendent en exerçant cette activité.

(*Thomson Newspapers* 1990, à la page 507.)

[232] La jurisprudence subséquente confirme sans le moindre doute que les registres et les documents produits dans le cours normal d'activités commerciales réglementées font l'objet d'une attente réduite quant au respect de la vie privée (voir par exemple *R. c. Jarvis*, 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757, au paragraphe 72; *R. c. Fitzpatrick*, [1995] 4 R.C.S. 154, 1995 CanLII 44, au paragraphe 50; *143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général)*; *Tabah c. Québec (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 339, à la page 377, 1994 CanLII 89). C'est exactement ce type de registre ou dossier que l'appelante s'est fait ordonner de communiquer.

[233] Il est également important de souligner que l'article 17 de la Loi confère uniquement le pouvoir d'ordonner la communication de documents et non celui de perquisitionner des lieux — le premier pouvoir étant beaucoup moins intrusif que le second. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers* 1990, comme en l'espèce, les facteurs contextuels pertinents étaient « la portée restreinte du pouvoir d'ordonner la production de documents, ainsi que le peu de renseignements de nature privée susceptibles de se trouver dans les dossiers et documents qui peuvent être légalement exigés » (*Thomson Newspapers* 1990, à la page 522). Le juge La Forest avait conclu que, dans cette affaire, la norme du caractère raisonnable des saisies était « moins sévère et plus souple » que les « normes sévères du caractère raisonnable habituellement applicables dans les enquêtes criminelles » (*Thomson Newspapers* 1990, aux pages 506 et 520). Plus précisément, le juge La Forest a conclu que la limite constitutionnelle appropriée pour les ordonnances administratives de communication était que « [l]es documents recherchés doivent se rapporter à l'enquête en cours » (*Thomson Newspapers* 1990, à la page 530). Étant donné les similitudes entre cette affaire et celle dont nous sommes saisis, et étant donné que l'appelante n'a pas dit un mot sur la portée qu'il convient de

for a reasonable seizure under section 17 of CASL. I find that the notice to produce issued to the appellant meets this modest standard and I therefore reject the appellant's section 8 claim.

IX. Notice of Violation Decision

A. Preliminary issue: Application of the Bankruptcy Act

[234] In view of the respondent's concession that the AMP imposed on the appellant in the NOV is unenforceable outside the insolvency process, this Court need not address the CRTC's allusions as to whether or not the AMP was compromised by the appellant's proposal under the Bankruptcy Act. The respondent is the party that would stand to benefit from the AMP's ongoing enforceability. It is also the entity that would go about enforcing it, if this were possible. The respondent has conceded this is not possible. It is not necessary for this Court to say more. Both parties agree that the appellant's Bankruptcy Act proceedings did not otherwise affect the CRTC's ability to conduct the review proceedings at issue. I agree (see Bankruptcy Act, subsection 69.6(2)).

B. Did the CRTC Err in Its Interpretation and Application of the Business-to-Business Exemption?

[235] The CRTC rejected the appellant's argument that a number of its emails were exempt from the consent and content requirements of section 6 of CASL by virtue of the "business-to-business" exemption set out in subparagraph 3(a)(ii) of the Governor in Council Regulations:

Excluded messages – Section 6 of Act

3 Section 6 of the Act does not apply to a commercial electronic message

donner à l'article 8 dans les circonstances propres à la présente affaire, je conclus que la norme énoncée par le juge La Forest dans l'arrêt *Thomson Newspapers* 1990 est également la norme à appliquer pour juger du caractère raisonnable de la saisie effectuée en vertu de l'article 17 de la Loi. Je conclus que l'avis de communication signifié à l'appelante satisfait à cette norme peu élevée et, par conséquent, je ne retiens pas l'argument fondé sur l'article 8 de l'appelante.

IX. Décision sur le procès-verbal de violation

A. Question préliminaire : application de la Loi sur la faillite

[234] Étant donné que l'intimé a reconnu que la SAP imposée à l'appelante dans le procès-verbal de violation ne pouvait être exécutée en dehors de la procédure d'insolvabilité, notre Cour n'a pas à se prononcer sur les allusions du CRTC concernant la question de savoir si la SAP était compromise par la proposition faite par l'appelante sous le régime de la Loi sur la faillite. L'intimé est la partie qui tirerait un bénéfice s'il était donné suite à l'exécution de la SAP. Il est également la partie qui serait chargée de veiller à l'exécution de la SAP, à supposer que cela soit possible. L'intimé a concédé que ce n'était pas possible. Notre Cour n'a pas à en dire plus. Les deux parties conviennent que les procédures entamées sous le régime de la Loi sur la faillite n'ont par ailleurs aucun effet sur la capacité du CRTC de mener à bien sa procédure de révision. Je partage cet avis (voir Loi sur la faillite, paragraphe 69.6(2)).

B. Le CRTC a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application de l'exception pour les communications interentreprises?

[235] Le CRTC n'a pas souscrit à l'observation de l'appelante selon laquelle elle n'était pas tenue d'obtenir de consentement pour plusieurs de ses courriels ni d'y inclure le contenu exigé à l'article 6 de la Loi en raison de l'exception pour les communications interentreprises prévue au sous-alinéa 3a)(ii) du Règlement :

Article 6 de la Loi – messages exemptés

3 L'article 6 de la Loi ne s'applique pas au message électronique commercial :

(a) that is sent by an employee, representative, consultant or franchisee of an Organization

...

(ii) to an employee, representative, consultant or franchisee of another organization if the organizations have a relationship and the message concerns the activities of the organization to which the message is sent.

This exemption applies where three conditions are met: (i) a CEM is sent by an employee of one organization to an employee of another organization; (ii) those organizations have a relationship; and (iii) the CEM concerns the activities of the receiving organization. The CRTC determined the appellant's emails met neither the second nor third requirements for the exemption.

(1) *The Relationship Requirement*

[236] The appellant argues the CRTC erred in refusing to recognize that it had a relationship with each recipient organization because each organization had previously purchased the appellant's courses, thereby creating a contractual relationship. The appellant points out that this type of contractual relationship would be sufficient to establish an "existing business relationship" for the purposes of implying an individual's consent pursuant to paragraph 10(9)(a) of CASL. The appellant says that since "existing business relationship" in paragraph 10(9)(a) is defined in the legislation, while "relationship" in the context of the business-to-business exemption is not defined, the latter must be given a "significantly broader" meaning than the former (appellant's notice of violation memorandum, at paragraph 64). Consequently, because an "existing business relationship" between the appellant and an individual would arise from that individual having purchased a course from the appellant, then, *a fortiori*, a "relationship" between the appellant and an organization must result from that organization having purchased a course from the appellant.

[237] In my view, the CRTC committed no palpable and overriding error in its application of the business-to-business exemption to the facts before it. Whether or not

a) envoyé par l'employé, le représentant, le consultant ou le franchisé d'une organisation, selon le cas :

[...]

(ii) à l'employé, au représentant, au consultant ou au franchisé d'une autre organisation si leurs organisations respectives entretiennent des rapports et que le message concerne les activités de l'organisation à qui le message est envoyé;

Cette exception s'applique lorsqu'il est satisfait à trois exigences : (i) le MEC est envoyé par un employé d'une organisation à un employé d'une autre organisation; (ii) ces organisations entretiennent des rapports; (iii) le MEC concerne les activités de l'organisation destinataire. Le CRTC a conclu que les courriels de l'appelante ne satisfaisaient ni à la deuxième ni à la troisième exigence de cette exception.

1) *L'exigence du rapport*

[236] L'appelante soutient que le CRTC a commis une erreur en refusant de reconnaître qu'elle entretenait des rapports avec chacune des organisations destinataires étant donné que chacune des organisations avait déjà acheté des cours de perfectionnement professionnel de l'appelante, ce qui créait une relation contractuelle. L'appelante souligne que ce type de relation contractuelle suffirait à prouver l'existence de « relations d'affaires en cours » desquelles on pourrait déduire qu'il y a consentement tacite au titre de l'alinéa 10(9)a de la Loi. L'appelante affirme que, puisque le terme « relations d'affaires en cours » figurant à l'alinéa 10(9)a est défini dans la Loi, alors que le terme « rapports » dans le contexte de l'exception pour les communications interentreprises ne l'est pas, il faut donner au second terme un [TRADUCTION] « sens beaucoup plus large » qu'au premier (mémoire de l'appelante sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 64). Par conséquent, puisque l'achat par une personne d'un cours auprès de l'appelante fait naître une « relation d'affaires en cours » entre l'appelante et cette personne, alors, à plus forte raison, le fait qu'une organisation ait acheté un cours auprès de l'appelante fait naître un « rapport » entre elles.

[237] À mon avis, le CRTC n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son application aux faits en l'espèce de l'exception pour les communications

a “contractual relationship” arises between the appellant and an organization that has paid for a course on behalf of one of its employees is not determinative of whether this creates a relationship for the purposes of CASL’s business-to-business exemption. Nor did the CRTC suggest that a contractual relationship could never constitute a relationship for the purposes of the exemption. The CRTC simply found that the specific contractual relationships disclosed by the appellant’s evidence do not constitute relationships for the purposes of the exemption. The CRTC observed that, for each organization, the appellant submitted proofs of payment from the organization to the appellant for a single training session for one or two of the organization’s employees. I see nothing clearly wrong with the CRTC’s determination that contractual relationships comprehending a very limited number of transactions affecting very few employees do not constitute relationships for the purposes of the business-to-business exemption.

[238] I also do not agree that merely because “existing business relationship” is a defined term and “relationship” is not, the latter must have a broader scope, or, in other words, must be easier to make out, than the former. In assessing the threshold for establishing each type of relationship, consideration must be given to the relative effects, in the context of CASL’s objectives, attendant upon a finding that each type of relationship exists. Finding an existing business relationship in the present case would permit the appellant to send CEMs to a person—an individual—who had paid the appellant for a course within the preceding two years. Finding a relationship for the purposes of the business-to-business exemption, on the other hand, would allow the appellant to send CEMs to not only the individual who took the course, or the individual who paid for the course, but to every other employee of the organization to which those individuals belong—and organizations can be very large indeed. The latter finding would expose a great many more people to the potentially harmful conduct that it is CASL’s raison d’être to regulate. This suggests, contrary to the appellant’s argument, that the evidentiary requirements for establishing a relationship for the purposes of the business-to-business exemption should in fact be more demanding than for an existing business relationship.

interentreprises. Que l’achat par une organisation d’un cours pour un de ses employés auprès de l’appelante crée ou non une « relation contractuelle » ne tranche pas la question de savoir si cet achat crée un rapport pour l’application de l’exception pour les communications interentreprises prévue par la Loi. Le CRTC n’a pas non plus affirmé qu’une relation contractuelle ne pourrait jamais constituer un rapport pour l’application de cette exception. Il a simplement conclu que les relations contractuelles bien précises dont a fait état l’appelante ne démontreraient pas qu’il y avait rapport pour l’application de cette exception. Il a fait observer que, pour chaque organisation, l’appelante a produit une preuve de paiement montrant que l’organisation avait acheté une seule séance de formation pour un ou deux de ses employés. Je ne vois rien de manifestement erroné dans la conclusion du CRTC selon laquelle les relations contractuelles comptant un très petit nombre de transactions touchant un très petit nombre d’employés ne constituent pas un rapport pour l’application de l’exception pour les communications interentreprises.

[238] Je ne souscris pas non plus à l’argument selon lequel, parce que le terme « relations d’affaires en cours » est défini alors que le terme « rapports » ne l’est pas, ce dernier doit nécessairement avoir une portée plus large ou, en d’autres mots, doit être plus facile à prouver. Lorsqu’on évalue le seuil servant à déterminer l’existence de relations d’un type ou l’autre, il faut prendre en considération les effets relatifs, dans le contexte des objectifs de la Loi, qu’entraînerait une conclusion confirmant l’existence de l’un ou l’autre type de relation. Conclure à l’existence de relations d’affaires en l’espèce permettrait à l’appelante d’envoyer des MEC aux personnes — des personnes physiques — ayant acheté auprès de l’appelante un cours dans les deux années précédentes. Par contre, conclure à l’existence de rapports pour l’application de l’exception pour les communications interentreprises permettrait à l’appelante d’envoyer des MEC non seulement aux personnes physiques ayant suivi le cours ou aux personnes physiques ayant payé le cours, mais à tous les autres employés de l’organisation à laquelle appartiennent ces personnes — et cette organisation peut être très vaste. Cette dernière conclusion exposerait un nombre beaucoup plus grand de personnes à une pratique potentiellement préjudiciable que la Loi a pour raison d’être de régir. Cela montre, contrairement à ce que soutient l’appelante, que la preuve à faire

[239] The appellant also argues that the CRTC confused the legal test for demonstrating a relationship for the purposes of the business-to-business exemption with the test for showing an existing business relationship pursuant to paragraph 10(9)(a) of CASL. A careful reading of paragraphs 43 to 46 of the CRTC's Notice of Violation Decision shows the CRTC did no such thing. The CRTC merely remarked that, although the appellant's evidence is insufficient to demonstrate the first type of relationship, it could possibly support the existence of the second type of relationship as between the appellant and the specific employee who took the appellant's course. While it may have been preferable had the CRTC refrained from such speculation, it is clear that the CRTC did not conflate the two concepts.

[240] The appellant also argues that the CRTC inappropriately read into the business-to-business exemption a requirement that relationships can be established only through employees with authority to bind their organizations. I do not perceive the CRTC as having done so. After determining that the appellant failed to demonstrate relationships with organizations based on the appellant's scant evidence of past transactions, the CRTC mentioned other types of information the appellant might have submitted to support its claims. Such information might have included evidence of authority, on the part of either the purchasing employees or the employees who took the appellant's courses, to create a relationship on behalf of the organization. The CRTC did not indicate evidence of such authority was required *per se*, only that it might have helped the appellant reach the evidentiary threshold for establishing relationships, which the appellant's evidence of past transactions failed to meet on its own.

pour démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises devrait en fait être plus rigoureuse que la preuve à faire pour démontrer l'existence de relations d'affaires.

[239] L'appelante soutient aussi que le CRTC a confondu le critère juridique servant à démontrer l'existence de rapports pour l'application de l'exception pour les communications interentreprises avec le critère servant à démontrer l'existence de relations d'affaires pour l'application de l'alinéa 10(9)a de la Loi. Une lecture attentive des paragraphes 43 à 46 de la décision sur le procès-verbal de violation révèle que le CRTC n'a rien fait de tel. Il a simplement fait observer que, bien que la preuve du demandeur ait été insuffisante pour démontrer l'existence de rapports, elle aurait peut-être pu établir l'existence de relations d'affaires entre l'appelante et les employés, et seulement ces employés, ayant suivi les cours de l'appelante. Même s'il aurait été préférable que le CRTC s'abstienne d'émettre de telles conjectures, il est clair que le CRTC n'a pas confondu les deux notions.

[240] L'appelante soutient aussi que le CRTC a mal interprété l'exception pour les communications interentreprises en estimant que l'existence de rapports ne pouvait être établie qu'entre employés ayant le pouvoir de lier leurs organisations. Je ne crois pas que le CRTC ait tiré cette conclusion. Après avoir conclu que l'appelante n'avait pas démontré l'existence de rapports entre les organisations avec ses quelques éléments de preuve quant à des transactions antérieures, le CRTC a mentionné d'autres types de renseignements que l'appelante aurait pu produire à l'appui de ses observations. Notamment, l'appelante aurait pu apporter des éléments de preuve montrant que les employés ayant acheté les cours ou les employés ayant suivi les cours de l'appelante avaient le pouvoir de créer des relations au nom de leur organisation. Le CRTC n'a pas affirmé que des éléments de preuve montrant l'existence d'un tel pouvoir étaient réellement nécessaires, seulement qu'ils auraient pu aider l'appelante à satisfaire à la norme de preuve applicable afin de démontrer l'existence de rapports entre organisations, ce que les éléments de preuve de l'appelante concernant les transactions antérieures, à eux seuls, ne pouvaient faire.

(2) *The Relevance Requirement*

[241] The appellant argues that its CEMs concerned the activities of receiving organizations because they promoted employee-training services and the recipient organizations are legally required to invest in employee training as per Québec’s *Act to promote workforce skills development and recognition*, CQLR c. D-8.3 and the *Regulation respecting the determination of total payroll*, CQLR, c. D-8.3, r. 4, section 1. The respondent, on the other hand, argues that the “activities” of an organization for the purposes of the relevance requirement do not include all the activities an organization carries out to comply with its many legal obligations. If this were the case, the respondent says, an accounting firm could send CEMs promoting its services to any corporation simply because corporations are legally required to file annual tax returns (respondent’s notice of violation memorandum, at paragraph 52).

[242] The appellant’s argument raises the issue of what constitutes an “activity” of an organization for the purposes of the relevance requirement. The respondent seems to suggest a recipient organization’s “activities” with which a CEM must be concerned should not extend beyond the organization’s core business operations. I do not agree that the word “activities” in the text of the exemption should be interpreted so narrowly. The dictionary definition of “activity” supports a much broader meaning. The *Oxford English Dictionary* defines “activity” as, *inter alia*, any “project, task, or exercise”. Furthermore, the restrictive interpretation proposed by the respondent runs counter to the exemption’s purpose of ensuring “regular business communications are not unnecessarily regulated” by CASL (RIAS, in JAB, at page 13648).

[243] Organizations engage in many activities that are not directly related to their core business operations and maintain relationships with other organizations to facilitate those supplementary activities. A communication pursuant to such a relationship is in no meaningful sense less of a “regular business communication” than if the

2) *L’exigence de la pertinence*

[241] L’appelante soutient que ses MEC concernaient les activités des organisations destinataires parce qu’ils font la promotion de services de perfectionnement professionnel et que les organisations destinataires sont légalement tenues de fournir de la formation à leurs employés, conformément aux exigences québécoises de la *Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d’œuvre*, RLRQ, ch. D-8.3, et du *Règlement sur la détermination de la masse salariale*, RLRQ, ch. D-8.3, r. 4, article 1. L’intimé, à l’inverse, soutient que les « activités » d’une organisation pour l’application de l’exigence de la pertinence ne comprennent pas toutes les activités qu’exerce l’organisation pour s’acquitter de ses nombreuses obligations légales. Il affirme que, si c’était le cas, un cabinet comptable pourrait envoyer des MEC faisant la promotion de ses services à n’importe quelle société sous prétexte que les sociétés sont légalement tenues de produire des déclarations de revenus annuelles (mémoire de l’intimé sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 52).

[242] L’observation de l’appelante soulève la question de ce en quoi consiste une « activité » d’une organisation pour l’application de l’exigence de la pertinence. L’intimé semble affirmer que les « activités » de l’organisation destinataire faisant l’objet du MEC doivent se limiter à l’entreprise fondamentale. Je ne souscris pas à l’idée que le terme « activités » dans le libellé de l’exception doive s’interpréter aussi étroitement. Le dictionnaire définit « activité » de façon beaucoup plus large. Le dictionnaire Larousse donne au mot « activité », entre autres, le sens d’« action de quelqu’un, d’une entreprise, d’un pays dans un domaine défini ». En outre, l’interprétation restrictive proposée par l’intimé est contraire au but de l’exemption, qui est d’[TRADUCTION] « éviter que les communications d’affaires soi[ent] inutilement visées par la Loi » (REIR, dans le dossier d’appel conjoint, à la page 13648).

[243] Les organisations exercent de nombreuses activités qui ne sont pas directement liées à leur entreprise fondamentale et entretiennent des rapports avec d’autres organisations afin de faciliter l’exercice de ces activités supplémentaires. Une communication faite au titre d’un de ces rapports ne constitue pas moins une « communication

communication bore more directly on an organization's core business operations. I find nothing in the text, context or purpose of the exemption that justifies reading-in qualifiers to circumscribe the vast universe of an organization's potential business activities into a shortlist of "activities" to which CEMs from partner organizations must relate in order for the business-to-business exemption to apply.

[244] I am therefore of the view that, where an organization pays for employee training courses—whether or not it is legally obligated to do so—the activities of that organization can include the purchase of employee training courses. A second organization that provides training courses, and has a relationship with the first organization based on providing it with such courses, could thus send the first organization CEMs under the auspices of the business-to-business exemption.

[245] Turning to the present case, I note that the CEMs sent by the appellant promoted employee-training courses in areas such as team management, administrative skills, budget planning and increasing productivity. These CEMs would satisfy the relevance requirement if the appellant were able to show that the recipient organizations purchased similar courses in the past or planned to do so in future. The required connection between a good or service promoted in a CEM and the activities of the recipient organization will often be established simply by virtue of the relationship between the CEM-sending and receiving organizations, which will typically be based on the provision of that same good or service by the former to the latter. However, the appellant failed to demonstrate relationships with the recipient organizations. Ultimately, this renders academic the question of whether the Quebec act relied on by the appellant is itself sufficient to establish that each organization's activities includes purchasing employee training courses of the sort promoted in the appellant's CEMs. However, I will note that the act applies only to organizations that are both based in Quebec and have a payroll expenditure above a minimum threshold set out in the regulations. Not all recipients of the appellant's CEMs reside in Quebec, nor, for the ones that do,

d'affaires » qu'une communication touchant plus directement à l'entreprise fondamentale de l'organisation. Je ne vois rien dans le texte, le contexte ou l'objet de l'exception qui justifierait qu'on l'interprète en y ajoutant des qualificatifs qui ramèneraient la très vaste gamme de ce qui peut constituer une activité d'affaires exercée par une organisation à une courte liste d'« activités » que les MEC d'organisations partenaires doivent concerner pour que s'applique l'exemption pour les communications interentreprises.

[244] Par conséquent, je suis d'avis que, lorsqu'une organisation achète des cours de perfectionnement professionnel — qu'elle soit légalement tenue de le faire ou non —, les activités de cette organisation peuvent comprendre l'achat de cours de perfectionnement professionnel. Une seconde organisation qui offre de tels cours et qui entretient avec la première organisation des rapports fondés sur le fait qu'elle lui offre ces cours pourrait donc envoyer des MEC à cette première organisation au titre de l'exception pour les communications interentreprises.

[245] En ce qui concerne les faits en l'espèce, je constate que les MEC envoyés par l'appelante faisaient la promotion de cours de perfectionnement professionnel dans des domaines comme la gestion d'équipe, les compétences administratives, la planification budgétaire et l'accroissement de la productivité. Ces MEC satisferaient à l'exigence de la pertinence si l'appelante était en mesure de prouver que les organisations destinataires avaient acheté des cours de ce genre par le passé ou prévoyaient de le faire à l'avenir. Le lien nécessaire entre le bien ou le service dont le MEC fait la promotion et les activités de l'organisation destinataire sera la plupart du temps établi du simple fait des rapports qu'entretiennent les organisations expéditrices et destinataires, lesquels seront typiquement fondés sur la fourniture par la première de ce même bien ou service à la seconde. Au bout du compte, cela rend théorique la question de savoir si la loi québécoise invoquée par l'appelante suffit en soi à établir que les activités de chaque organisation comprennent l'achat de cours de perfectionnement professionnel du type dont l'appelante fait la promotion dans ses MEC. Cependant, je ferai observer que la loi ne s'applique qu'aux organisations qui sont à la fois situées au Québec et dont la masse salariale est supérieure au seuil énoncé dans le règlement. Ce ne

does the appellant provide any evidence that their payroll expenditures meet the threshold triggering the act's application. Furthermore, the appellant does not demonstrate that the act requires subject organizations to invest exclusively in the type of training courses offered by the appellant. If organizations can and do choose to invest in employee-training courses substantially different from those offered by the appellant, then it is not clear that the appellant's CEMs would concern the activities of those organizations.

C. Did the CRTC Err in Its Interpretation and Application of CASL's Implied Consent Requirements regarding Conspicuous Publication?

[246] The CRTC also rejected the appellant's claims that a number of the CEMs in question were exempt from the consent and content requirements of section 6 of CASL because recipients' consent could be implied pursuant to paragraph 10(9)(b) of CASL. That provision reads as follows:

10 ...

Implied consent — section 6

(9) Consent is implied for the purpose of section 6 only if

...

(b) the person to whom the message is sent has conspicuously published, or has caused to be conspicuously published, the electronic address to which the message is sent, the publication is not accompanied by a statement that the person does not wish to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address and the message is relevant to the person's business, role, functions or duties in a business or official capacity.

Paragraph 10(9)(b) thus permits the sending of CEMs where the following three conditions are met:

sont pas tous les destinataires des MEC de l'appelante qui résident au Québec et, pour ceux dont c'est le cas, l'appelante n'a fourni aucun élément de preuve montrant que leur masse salariale était supérieure au seuil entraînant l'application de la loi. En outre, l'appelante ne démontre pas que la loi exige des organisations visées qu'elles investissent exclusivement dans le type de cours qu'elle offre. Si les organisations peuvent choisir et choisissent dans les faits d'investir dans des cours de perfectionnement professionnel qui sont substantiellement différents de ceux offerts par l'appelante, il ne serait pas manifeste que les MEC de l'appelante concerneraient les activités de ces organisations.

C. Le CRTC a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives au consentement tacite lorsqu'il y a publication bien en vue?

[246] Le CRTC a également rejeté l'observation de l'appelante selon laquelle elle n'était pas tenue d'obtenir de consentement pour plusieurs de ses MEC ni d'y inclure le contenu exigé à l'article 6 de la Loi parce que le consentement du destinataire avait été donné tacitement au titre de l'alinéa 10(9)(b) de la Loi. Cette disposition est rédigée ainsi :

10 [...]

Consentement tacite : article 6

(9) Pour l'application de l'article 6, il n'y a consentement tacite que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

[...]

b) la personne à qui le message est envoyé a publié bien en vue, ou a ainsi fait publier, l'adresse électronique à laquelle il a été envoyé, la publication ne comporte aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise.

L'alinéa 10(9)(b) autorise donc l'envoi de MEC lorsqu'il est satisfait aux trois exigences suivantes :

- | | |
|--|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. The recipient has conspicuously published or caused to be conspicuously published their electronic address; 2. The publication is not accompanied by a statement that the recipient does not wish to receive CEMs; and 3. The CEM is relevant to the business, role, functions or duties of the recipient individual or organization. | <ol style="list-style-type: none"> 1. Le destinataire a publié bien en vue ou fait publier bien en vue son adresse électronique; 2. La publication ne comporte aucune mention précisant que le destinataire ne veut recevoir aucun MEC; 3. Le MEC a un lien soit avec l'exercice des attributions du destinataire, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'il exerce au sein d'une telle entreprise. |
|--|--|

[247] The appellant submitted a table setting out the email address of each recipient for which it claims consent can be implied under this provision. This table also contains additional information that the appellant says shows the provision's conspicuous publication and relevance requirements (the first and third conditions set out above) have been met in each case.

[247] L'appelante a produit un tableau énumérant les adresses de courriel de chacun des destinataires dont elle prétend avoir obtenu le consentement tacite au titre de cette disposition. Ce tableau comporte aussi des renseignements supplémentaires qui, selon l'appelante, montrent que les exigences de la publication bien en vue et de la pertinence (la première et la troisième des exigences énumérées ci-dessus) étaient respectées dans chaque cas.

[248] The appellant argues its table shows that the conspicuous publication requirement—the first condition set out above—has been met in each case because the table provides, beside each email address, a link to the site where the address can be found. However, the CRTC determined that some email addresses in the table were taken from third-party directory websites that did not indicate whether the site's content was user-submitted. In other words, for these email addresses, the appellant failed to show that recipients themselves had “conspicuously published or caused to be conspicuously published” their email addresses. The CRTC found that other email addresses had been gathered from sites containing disclaimers to the effect that unsolicited CEMs are not to be sent to the addresses found therein. In these cases, the CRTC determined the second of the three conditions listed above for implying consent under paragraph 10(9)(b) of CASL was not met.

[248] L'appelante soutient que son tableau montre qu'il a été satisfait à l'exigence de la publication bien en vue — la première des exigences énumérées ci-dessus — dans chaque cas parce que le tableau comporte, à côté de chaque adresse de courriel, un lien vers le site Web où l'on peut trouver cette adresse. Cependant, le CRTC a conclu que certaines des adresses de courriel avaient été obtenues d'un répertoire en ligne d'un tiers qui ne précisait pas si le contenu avait été fourni par les utilisateurs. Autrement dit, pour ces adresses de courriel, l'appelante n'a pas démontré que les destinataires avaient eux-mêmes « publié bien en vue, ou ainsi fait publier » leurs adresses de courriel. Le CRTC a conclu que d'autres adresses de courriel avaient été tirées de sites comportant des mentions selon lesquelles il ne fallait pas envoyer de MEC non sollicités aux adresses y figurant. Dans ces cas, le CRTC a conclu qu'il n'avait pas été satisfait à la deuxième des trois exigences prévues à l'alinéa 10(9)b) de la Loi.

[249] The appellant's submissions on appeal do not demonstrate that the CRTC committed any palpable and overriding error in making these findings. Indeed, the appellant makes no reply whatsoever to the CRTC's findings in this regard. I note the appellant complains that the

[249] Les observations de l'appelante en appel ne démontrent pas que le CRTC a commis une erreur manifeste et dominante en tirant ces conclusions. En fait, l'appelante ne répond en aucune façon aux conclusions du CRTC à cet égard. Je remarque que l'appelante se plaint du fait que

phrase “conspicuous publication” is not defined in the legislation and that “at no time did the CRTC clarify the provision or provide any guidance” (appellant’s notice of violation memorandum, at paragraphs 78–79). However, the CRTC’s determinations rely on the explicit wording of paragraph 10(9)(b) of CASL. I fail to see how the text of that provision does not support the CRTC’s findings or how the text could reasonably fail to alert the appellant that the provision would not countenance the mining of email addresses from third-party directory websites or sites containing notices against unsolicited emails. I find no fault with the CRTC’s findings.

[250] With respect to the relevance requirement in paragraph 10(9)(b)—the third condition listed above—the appellant claims this requirement is met by the inclusion in its table of recipients’ job titles, where this information was known to the appellant. The appellant’s argument on this point is that, by providing a recipient’s job title, the appellant also identified “the role of the recipient in the relevant organization, which served as a means of demonstrating that the CEM related to the recipient’s activities in that organization” (appellant’s notice of violation memorandum, at paragraph 77).

[251] On this point, again, the appellant makes on appeal the very same argument it made before the CRTC: rather than pointing to any error in the CRTC’s reasoning, the appellant has simply repeated its argument before this Court.

[252] The CRTC found that the appellant merely speculated, from recipients’ job titles, what their functions might be, and then assumed that CEMs sent to them were relevant to those functions (Notice of Violation Decision, at paragraph 70). The CRTC refers to a recipient whose job title is listed in the table as “professor”, but the site to which the appellant provides a link gives no indication of the professor’s responsibilities. The CRTC also refers to recipient organizations listed in the table for which no job title is provided, perhaps understandably, yet the result is that the table does not include any information whatsoever with respect to the business or functions of these

l’expression « publication bien en vue » ne soit pas définie dans la Loi et [TRADUCTION] « [qu’]en aucun temps le CRTC n’a clarifié cette expression ni fourni d’indications » (mémoire de l’appelante sur le procès-verbal de violation, aux paragraphes 78 et 79). Cependant, la conclusion du CRTC est fondée sur le libellé explicite de l’alinéa 10(9)(b) de la Loi. Je ne vois pas comment le libellé de cette disposition pourrait ne pas étayer les conclusions du CRTC ni comment ce libellé pourrait raisonnablement laisser croire à l’appelante que la disposition autorise le siphonnage d’adresses de courriel de répertoires en ligne de tiers ou de sites comportant des mises en garde contre les courriels non sollicités. Je ne vois aucune erreur dans les conclusions du CRTC.

[250] En ce qui concerne l’exigence de la pertinence prévue à l’alinéa 10(9)(b) — la troisième des exigences énumérées plus haut — l’appelante affirme satisfaire à cette exigence parce que son tableau comprenait le titre du poste du destinataire, lorsqu’elle avait ce renseignement. Par cette observation, l’appelante fait valoir qu’en fournissant le titre du poste du destinataire, elle a établi quel était [TRADUCTION] « le rôle du destinataire au sein de l’organisation pertinente, ce qui est un moyen de démontrer que le MEC concerne les activités du destinataire au sein de cette organisation » (mémoire de l’appelante sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 77).

[251] À ce sujet, encore une fois, l’appelante présente la même thèse qu’elle a présentée devant le CRTC : plutôt que de mettre en évidence une erreur dans le raisonnement du CRTC, elle ne fait que reprendre ses observations devant notre Cour.

[252] Le CRTC a conclu que l’appelante a simplement émis des hypothèses quant aux fonctions des destinataires en se basant sur le titre de leur poste, puis a présumé que les MEC concernaient ces fonctions (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 70). Le CRTC souligne le cas d’un destinataire qui occupait, selon le tableau, la fonction de [TRADUCTION] « professeur », mais dont le site donné en référence par l’appelante ne donnait aucune indication sur les responsabilités du professeur. Le CRTC relève aussi le cas d’organisations destinataires figurant dans le tableau pour lesquelles aucun titre de poste n’était fourni, peut-être pour de bonnes raisons, mais il

organizations. The CRTC thus found itself unable to determine whether the CEMs in question were relevant to the business, roles, functions or duties of many recipient individuals and organizations.

[253] The CRTC noted that, pursuant to section 13 of CASL, the burden was on the appellant to establish that the preconditions for implying consent under paragraph 10(9)(b) were met. With respect to that provision's relevance requirement, the CRTC concluded that the appellant "did not provide supporting explanations or evidence to demonstrate how this requirement was met in these cases" (Notice of Violation Decision, at paragraph 72).

[254] I see no palpable and overriding error in the CRTC's reasoning or conclusions. I would only add that I do not believe the CRTC stated in strong enough terms just how far short of satisfying the relevance requirement the appellant fell in this case by merely providing (some) recipients' job titles. A recipient's job title is plainly not the same as a recipient's official business, role, functions or duties. In simply stating each recipient's job title, the appellant—contrary to the charitable phrasing of the CRTC—did not even condescend to speculate as to the functions and duties of the titleholder. The dubious task of engaging in such speculation was left entirely to the CRTC and to this Court, as was the subsequent task of surmising how exactly the CEMs sent to each recipient related to that recipient's conjectured functions and duties.

[255] I will not definitively say that no job title could ever, in and of itself, sufficiently convey the business, role, functions or duties performed by the titleholder, nor that the subject of a CEM could never clearly, on its face, relate to that business or role, or to those functions or duties. This can only be assessed on a case-by-case basis. However, I am satisfied that these circumstances do not exist in the present case. Even if they did, moreover, it

n'en demeurerait pas moins que le tableau ne comportait pas le moindre renseignement sur les activités ou les fonctions de ces organisations. Le CRTC était donc dans l'incapacité de déterminer si les MEC en question avaient, pour de nombreux destinataires, un lien soit avec l'exercice de leurs attributions, soit avec leur entreprise commerciale ou les fonctions qu'ils exercent au sein d'une telle entreprise.

[253] Le CRTC a fait observer que, conformément à l'article 13 de la Loi, il incombait à l'appelante d'établir qu'il était satisfait aux exigences préalables au consentement tacite prévues à l'alinéa 10(9)b). En ce qui concerne l'exigence de la pertinence de cette disposition, le CRTC a conclu que l'appelante « n'a pas fourni de justifications ni d'éléments de preuve pour démontrer comment cette exigence était respectée dans ces cas » (décision sur le procès-verbal de violation, au paragraphe 72).

[254] Je ne vois aucune erreur manifeste et dominante dans le raisonnement du CRTC ou dans ses conclusions. J'y ajouterais qu'à mon avis, le CRTC ne s'est pas exprimé en termes assez forts pour dire à quel point l'appelante était loin de satisfaire à l'exigence de la pertinence en l'espèce en ne faisant que fournir le titre du poste de (certains) destinataires. De toute évidence, le titre du poste occupé par un destinataire et les attributions officielles de celui-ci ne sont pas la même chose. En se contentant d'énoncer le titre du poste de chaque destinataire, l'appelante — contrairement à ce qu'a charitablement dit le CRTC — n'a même pas pris la peine d'émettre des hypothèses quant aux attributions des titulaires des postes. C'est au CRTC et à notre Cour qu'a incombé la tâche douteuse d'émettre ces hypothèses, ainsi que la tâche subséquente de conjecturer sur la manière dont les MEC envoyés à chaque destinataire pouvaient concerner les attributions hypothétiques du destinataire.

[255] Je n'affirmerai pas catégoriquement qu'il ne sera jamais possible qu'un titre de poste, en soi, suffise à établir en quoi consistent les attributions, l'entreprise commerciale ou les fonctions du titulaire du poste, ni que le sujet d'un MEC ne pourrait jamais, à première vue, concerner ces attributions, entreprise commerciale ou fonctions. Les conclusions de ce type doivent se tirer en fonction des faits propres à chaque affaire. Cependant, je suis convaincu

may still not have been a palpable and overriding error for the CRTC to have expected that the speculative legwork would be performed by the party on whom the burden fell to demonstrate that the preconditions for implying consent had been met. In any event, organizations seeking to rely on paragraph 10(9)(b) of CASL would do well to be prepared to state explicitly the “business, role, functions or duties” of recipient individuals or organizations—I do not believe the terms in quotations require further definition—at least insofar as it relates to the subject matter of the CEM in question. The organization should then be prepared to elucidate, equally explicitly, the relevance of the CEM to the recipient’s business, role, functions or duties thus stated. The express terms of paragraph 10(9)(b) of CASL, in my view, require no less.

D. Did the CRTC Err in Its interpretation and Application of CASL’s Requirements regarding Unsubscribe Mechanisms?

[256] 87 CEMs sent by the appellant were found to contain two unsubscribe links or mechanisms: one that functioned properly and another that produced an error message when accessed. The CRTC determined that these CEMs violated subsection 6(2) of CASL which requires that CEMs set out an unsubscribe mechanism that conforms to the prescribed requirements. Specifically, the CRTC found that CEMs containing a second non-functioning mechanism do not conform to subsections 3(1) and 3(3) of the CRTC Regulations. Respectively, these two provisions require that unsubscribe mechanisms be set out clearly and prominently, and that the mechanism be able to be readily performed.

[257] I am not persuaded that the CRTC’s findings exhibit any reviewable error. While the appellant asserts “[t]here is no indication that the valid unsubscribe mechanism was set out any less clearly or prominently” than the non-functioning mechanism, I note that the converse is also true. Furthermore, even if the appellant had

que les faits de la présente affaire ne le permettent pas. En outre, même s’ils le permettaient, le CRTC n’aurait pas commis d’erreur manifeste et dominante en s’attendant à ce que le travail d’émettre des hypothèses soit fait par la partie à laquelle incombe le fardeau de démontrer qu’il est satisfait aux exigences préalables au consentement tacite. Quoi qu’il en soit, il pourrait être judicieux de la part de l’organisation souhaitant se fonder sur l’alinéa 10(9)b de la Loi qu’elle soit prête à expliquer expressément quelles sont les « attributions » de la personne ou de l’organisation qui reçoit le message ou « son entreprise commerciale ou les fonctions qu’elle exerce » — je ne crois pas qu’il soit nécessaire de définir les termes entre guillemets —, à tout le moins qu’elle explique la mesure dans laquelle ces attributions, entreprise commerciale ou fonctions se rapportent au sujet du MEC en question. L’organisation devrait ensuite être prête à expliquer, tout aussi expressément, quel est le lien du MEC avec ces attributions, entreprise commerciale ou fonctions du destinataire. À mon avis, le libellé explicite de l’alinéa 10(9)b n’exige rien de moins.

D. Le CRTC a-t-il commis une erreur dans son interprétation et son application des exigences de la Loi relatives aux mécanismes d’exclusion?

[256] Il a été constaté que, parmi les MEC envoyés par l’appelante, 87 comportaient deux liens ou mécanismes d’exclusion : l’un qui fonctionnait correctement et l’autre qui produisait un message d’erreur lorsqu’on tentait d’y accéder. Le CRTC a conclu que ces MEC contrevenaient au paragraphe 6(2) de la Loi, qui exige que les MEC contiennent un mécanisme d’exclusion conforme aux exigences réglementaires. Précisément, le CRTC a conclu que les MEC comportant un deuxième mécanisme non fonctionnel n’étaient pas conformes aux paragraphes 3(1) et 3(3) du Règlement du CRTC. Ces deux dispositions exigent respectivement que le mécanisme soit énoncé en termes clairs et facilement lisibles et qu’il puisse s’exécuter facilement.

[257] Je ne suis pas convaincu que les conclusions du CRTC soient entachées d’une erreur justifiant notre intervention. Au sujet de l’observation de l’appelante selon laquelle [TRADUCTION] « rien n’indique que le mécanisme d’exclusion fonctionnel était énoncé en termes moins clairs ou moins facilement lisibles » que le mécanisme

demonstrated—which it has not—that by reason of, for instance, superior font size, the functioning mechanism in each CEM was “prominent” in the sense of being “distinguished above others of the same kind” (*Oxford English Dictionary*), it may yet not have been set out “clearly”. According to the *Oxford English Dictionary*, “clear” means, *inter alia*, “[e]asy to understand, fully intelligible, free from obscurity of sense” and “[d]istinct, unclouded, free from confusion.” The mere presence in a CEM of a second unsubscribe mechanism, regardless of its prominence relative to the first, gives rise to obscurity and creates confusion—why the second link? Which should the recipient choose in order to unsubscribe? In my view, the CRTC was not clearly wrong in determining that CEMs containing a second non-functioning unsubscribe mechanism fail to conform to the requirement in subsection 3(1) of the CRTC Regulations that unsubscribe mechanisms be set out clearly and prominently.

[258] With respect to the requirement in subsection 3(3) of the CRTC Regulations that unsubscribe mechanisms must be able to be readily performed, the appellant argues that there is no indication that the functioning mechanism in each CEM functioned less effectively due to the presence of the faulty mechanism. The respondent, for its part, points to the CRTC’s statement in its “Guidelines on the interpretation of the *Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC)*” (Compliance and Enforcement Information Bulletin CRTC 2012-548) that [at paragraph 11] “for an unsubscribe mechanism to be ‘readily performed,’ it must be accessed without difficulty or delay, and should be simple, quick, and easy for the consumer to use.”

[259] In my view, the undiminished efficacy of the functioning mechanism emphasized by the appellant only means that it could perhaps be said of the functioning mechanism that it can be readily performed after it has been selected from between the two competing links.

non fonctionnel, je ferai observer que l’inverse est également vrai. En outre, même si l’appelante avait démontré — ce qu’elle n’a pas fait — que le mécanisme d’exclusion fonctionnel de chaque MEC, en raison, par exemple, de la taille supérieure de sa police de caractère, était « facilement lisible », au sens qu’il « peut être décelé, vu » (Larousse) facilement, il pourrait ne pas avoir été énoncé en « termes clairs ». Selon le Larousse, « clair » signifie, entre autres choses, « qui est parfaitement intelligible, sans ambiguïté, qui se comprend aisément » et « qui est manifeste, net, évident ». La simple présence dans le MEC d’un second mécanisme d’exclusion, indépendamment du fait qu’il soit plus facile à déceler que le premier, crée de l’ambiguïté et rend le contenu moins net : pourquoi y a-t-il un deuxième mécanisme? Lequel de ces mécanismes le destinataire doit-il choisir afin d’être exclu de la liste d’envoi? À mon avis, le CRTC n’a pas commis d’erreur manifeste en concluant que les MEC comportant un second mécanisme d’exclusion non fonctionnel n’étaient pas conformes à l’exigence du paragraphe 3(1) du Règlement du CRTC selon laquelle les MEC doivent comporter un mécanisme d’exclusion énoncé en termes clairs et facilement lisibles.

[258] En ce qui concerne l’exigence énoncée au paragraphe 3(3) du Règlement du CRTC selon laquelle le mécanisme d’exclusion doit s’exécuter facilement, l’appelante soutient que rien n’indique que le mécanisme d’exclusion fonctionnel de chaque MEC s’exécutait moins facilement parce qu’il y avait aussi un mécanisme non fonctionnel. Pour sa part, l’intimé porte à l’attention de la Cour la déclaration du CRTC dans ses « Lignes directrices sur l’interprétation du *Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)* » (Bulletin d’information de Conformité et Enquêtes CRTC 2012-548) selon laquelle [au paragraphe 11] « un mécanisme d’exclusion “s’exécute facilement” s’il est simple, rapide et facile d’utilisation pour le consommateur et si l’accès se fait sans difficulté ni délai ».

[259] À mon avis, l’efficacité non diminuée du mécanisme fonctionnel que fait valoir l’appelante ne pourrait servir qu’à démontrer que ce mécanisme s’exécute facilement après avoir été sélectionné entre deux liens concurrents. Cependant, le destinataire, avant d’avoir sélectionné

However, prior to selecting the functioning link, recipients are confronted with two alternatives with no clear indication as to which is the correct one to select. This, in itself, can cause delay and compromise the ease with which the mechanism is supposed to be accessible. These issues are compounded if the wrong mechanism is selected on the first attempt and recipients encounter an error message. It is not necessary to speculate whether this could create confusion and frustration among recipients—written statements from consumers seen by the CRTC confirm that it can, and has. Consequently, I see no error in the CRTC’s finding that the CEMs in question failed to conform to the requirement in subsection 3(3) of the CRTC Regulations that unsubscribe mechanisms must be able to be readily performed.

X. Conclusion

[260] For these reasons, I would dismiss the appeals with costs.

WEBB J.A.: I agree.

WOODS J.A.: I agree.

APPENDIX A

An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act, S.C. 2010, c. 23.

Definitions

1(1) The following definitions apply in this Act.

commercial activity means any particular transaction, act or conduct or any regular course of conduct that is of a commercial character, whether or not the person who carries it out does so in the expectation of profit, other than any transaction, act or conduct that is carried out for the

lien fonctionnel, s’était fait présenter deux possibilités, sans élément lui indiquant laquelle était la bonne. Ce fait, en soi, peut causer un délai et compromettre la facilité avec laquelle le mécanisme est censé s’exécuter. Ces difficultés s’aggravent lorsque le destinataire essaie d’abord le mécanisme défectueux et qu’il se retrouve devant un message d’erreur. Nul besoin d’émettre des hypothèses pour savoir si les destinataires en éprouveraient confusion et frustration : les déclarations écrites de consommateurs présentées au CRTC peuvent le confirmer, et l’ont confirmé. Par conséquent, je ne vois aucune erreur dans la conclusion du CRTC selon laquelle les MEC en question ne satisfaisaient pas à l’exigence prévue au paragraphe 3(3) du Règlement du CRTC selon laquelle le mécanisme d’exclusion doit pouvoir s’exécuter facilement.

X. Conclusion

[260] Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais l’appel avec dépens.

LE JUGE WEBB, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE WOODS, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

ANNEXE A

Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la loi sur la concurrence, la loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la loi sur les télécommunications, L.C. 2010, c 23.

Définitions

1(1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

activité commerciale Tout acte isolé ou activité régulière qui revêt un caractère commercial, que la personne qui l’accomplit le fasse ou non dans le but de réaliser un profit, à l’exception de tout acte ou activité accompli à des fins d’observation de la loi, de sécurité publique, de

purposes of law enforcement, public safety, the protection of Canada, the conduct of international affairs or the defence of Canada.

...

electronic message means a message sent by any means of telecommunication, including a text, sound, voice or image message.

...

Meaning of commercial electronic message

(2) For the purposes of this Act, a commercial electronic message is an electronic message that, having regard to the content of the message, the hyperlinks in the message to content on a website or other database, or the contact information contained in the message, it would be reasonable to conclude has as its purpose, or one of its purposes, to encourage participation in a commercial activity, including an electronic message that

(a) offers to purchase, sell, barter or lease a product, goods, a service, land or an interest or right in land;

(b) offers to provide a business, investment or gaming opportunity;

(c) advertises or promotes anything referred to in paragraph (a) or (b); or

(d) promotes a person, including the public image of a person, as being a person who does anything referred to in any of paragraphs (a) to (c), or who intends to do so.

Other commercial electronic message

(3) An electronic message that contains a request for consent to send a message described in subsection (2) is also considered to be a commercial electronic message.

...

Purpose of Act

3 The purpose of this Act is to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating commercial conduct that discourages the use of electronic means to carry out commercial activities, because that conduct

protection du Canada, de conduite des affaires internationales ou de défense du Canada.

[...]

message électronique Message envoyé par tout moyen de télécommunication, notamment un message textuel, sonore, vocal ou visuel.

[...]

Message électronique commercial

(2) Pour l'application de la présente loi, est un message électronique commercial le message électronique dont il est raisonnable de conclure, vu son contenu, le contenu de tout site Web ou autre banque de données auquel il donne accès par hyperlien ou l'information qu'il donne sur la personne à contacter, qu'il a pour but, entre autres, d'encourager la participation à une activité commerciale et, notamment, tout message électronique qui, selon le cas :

a) comporte une offre d'achat, de vente, de troc ou de louage d'un produit, bien, service, terrain ou droit ou intérêt foncier;

b) offre une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu;

c) annonce ou fait la promotion d'une chose ou possibilité mentionnée aux alinéas a) ou b);

d) fait la promotion d'une personne, y compris l'image de celle-ci auprès du public, comme étant une personne qui accomplit — ou a l'intention d'accomplir — un des actes mentionnés aux alinéas a) à c)

Assimilation

(3) Le message électronique comportant une demande de consentement en vue de la transmission d'un message visé au paragraphe (2) est aussi considéré comme un message électronique commercial.

[...]

Objet de la loi

3 La présente loi a pour objet de promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation des pratiques commerciales qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique pour les raisons suivantes :

(a) impairs the availability, reliability, efficiency and optimal use of electronic means to carry out commercial activities;

(b) imposes additional costs on businesses and consumers;

(c) compromises privacy and the security of confidential information; and

(d) undermines the confidence of Canadians in the use of electronic means of communication to carry out their commercial activities in Canada and abroad.

...

Unsolicited electronic messages

6 (1) It is prohibited to send or cause or permit to be sent to an electronic address a commercial electronic message unless

(a) the person to whom the message is sent has consented to receiving it, whether the consent is express or implied; and

(b) the message complies with subsection (2).

...

Exception

(5) This section does not apply to a commercial electronic message

(a) that is sent by or on behalf of an individual to another individual with whom they have a personal or family relationship, as defined in the regulations;

(b) that is sent to a person who is engaged in a commercial activity and consists solely of an inquiry or application related to that activity; or

(c) that is of a class, or is sent in circumstances, specified in the regulations.

Exception

(6) Paragraph (1)(a) does not apply to a commercial electronic message that solely

a) elles nuisent à l'accessibilité, à la fiabilité, à l'efficacité et à l'utilisation optimale des moyens de communication électronique dans le cadre des activités commerciales;

b) elles entraînent des coûts supplémentaires pour les entreprises et les consommateurs;

c) elles compromettent la protection de la vie privée et la sécurité des renseignements confidentiels;

d) elles minent la confiance des Canadiens quant à l'utilisation des moyens de communication électronique pour l'exercice de leurs activités commerciales au Canada et à l'étranger.

[...]

Messages électroniques non sollicités

6 (1) Il est interdit d'envoyer à une adresse électronique un message électronique commercial, de l'y faire envoyer ou de permettre qu'il y soit envoyé, sauf si :

a) la personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à le recevoir;

b) le message est conforme au paragraphe (2).

[...]

Exception

(5) Le présent article ne s'applique pas aux messages électroniques commerciaux suivants :

a) les messages qui sont envoyés par une personne physique ou au nom de celle-ci à une autre, si ces personnes ont entre elles des liens familiaux ou personnels, au sens des règlements;

b) les messages qui sont envoyés à une personne qui exerce des activités commerciales et qui constituent uniquement une demande — notamment une demande de renseignements — portant sur ces activités;

c) les messages qui font partie d'une catégorie réglementaire ou qui sont envoyés dans les circonstances précisées par règlements.

(6) L'alinéa (1)a) ne s'applique pas aux messages électroniques commerciaux qui sont uniquement, selon le cas :

(a) provides a quote or estimate for the supply of a product, goods, a service, land or an interest or right in land, if the quote or estimate was requested by the person to whom the message is sent;

(b) facilitates, completes or confirms a commercial transaction that the person to whom the message is sent previously agreed to enter into with the person who sent the message or the person — if different — on whose behalf it is sent;

(c) provides warranty information, product recall information or safety or security information about a product, goods or a service that the person to whom the message is sent uses, has used or has purchased;

(d) provides notification of factual information about

(i) the ongoing use or ongoing purchase by the person to whom the message is sent of a product, goods or a service offered under a subscription, membership, account, loan or similar relationship by the person who sent the message or the person — if different — on whose behalf it is sent, or

(ii) the ongoing subscription, membership, account, loan or similar relationship of the person to whom the message is sent;

(e) provides information directly related to an employment relationship or related benefit plan in which the person to whom the message is sent is currently involved, is currently participating or is currently enrolled;

(f) delivers a product, goods or a service, including product updates or upgrades, that the person to whom the message is sent is entitled to receive under the terms of a transaction that they have previously entered into with the person who sent the message or the person — if different — on whose behalf it is sent; or

(g) communicates for a purpose specified in the regulations.

...

Express consent — sections 6 to 8

10(1) A person who seeks express consent for the doing of an act described in any of sections 6 to 8 must, when

a) des messages qui donnent, à la demande des personnes qui les reçoivent, un prix ou une estimation pour la fourniture de biens, produits, services, terrains ou droits ou intérêts fonciers;

b) des messages qui facilitent, complètent ou confirment la réalisation d'une opération commerciale que les personnes qui les reçoivent ont au préalable accepté de conclure avec les personnes qui les ont envoyés ou, le cas échéant, celles au nom de qui ils ont été envoyés;

c) des messages qui donnent des renseignements en matière de garantie, de rappel ou de sécurité à l'égard de biens ou produits utilisés ou achetés par les personnes qui reçoivent ces messages ou de services obtenus par celles-ci;

d) des messages qui donnent des éléments d'information factuels aux personnes qui les reçoivent à l'égard :

(i) soit de l'utilisation ou de l'achat par ces personnes, pendant une certaine période, de biens, produits ou services offerts par les personnes qui ont envoyé ces messages ou, le cas échéant, celles au nom de qui ils ont été envoyés au titre d'un abonnement, d'une adhésion, d'un compte, d'un prêt ou de toute autre relation semblable,

(ii) soit de cet abonnement, cette adhésion, ce compte, ce prêt ou cette autre relation;

e) des messages qui fournissent des renseignements directement liés au statut d'employé des personnes qui les reçoivent ou à tout régime de prestations auquel elles participent ou dont elles tirent des avantages;

f) des messages au moyen desquels sont livrés des biens, produits ou services, y compris des mises à jour ou des améliorations à l'égard de ceux-ci, auxquels les personnes qui reçoivent ces messages ont droit au titre d'une opération déjà conclue avec les personnes qui les ont envoyés ou, le cas échéant, celles au nom de qui ils ont été envoyés;

g) des messages envoyés à l'une des fins prévues par les règlements.

[...]

Consentement exprès : articles 6 à 8

10 (1) Quiconque entend obtenir le consentement exprès d'une personne pour accomplir un acte visé à l'un des

requesting consent, set out clearly and simply the following information:

- (a) the purpose or purposes for which the consent is being sought;
- (b) prescribed information that identifies the person seeking consent and, if the person is seeking consent on behalf of another person, prescribed information that identifies that other person; and
- (c) any other prescribed information.

...

Implied consent — section 6

(9) Consent is implied for the purpose of section 6 only if

- (a) the person who sends the message, the person who causes it to be sent or the person who permits it to be sent has an existing business relationship or an existing non-business relationship with the person to whom it is sent;
- (b) the person to whom the message is sent has conspicuously published, or has caused to be conspicuously published, the electronic address to which the message is sent, the publication is not accompanied by a statement that the person does not wish to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address and the message is relevant to the person's business, role, functions or duties in a business or official capacity;
- (c) the person to whom the message is sent has disclosed, to the person who sends the message, the person who causes it to be sent or the person who permits it to be sent, the electronic address to which the message is sent without indicating a wish not to receive unsolicited commercial electronic messages at the electronic address, and the message is relevant to the person's business, role, functions or duties in a business or official capacity; or
- (d) the message is sent in the circumstances set out in the regulations.

Definition of *existing business relationship*

(10) In subsection (9), *existing business relationship* means a business relationship between the person to whom the message is sent and any of the other persons referred to

articles 6 à 8 doit, lorsqu'il demande le consentement, énoncer en termes simples et clairs, les renseignements suivants :

- a) les fins auxquelles le consentement est sollicité;
- b) les renseignements réglementaires permettant d'identifier la personne qui sollicite le consentement et, s'il est sollicité au nom d'une autre personne, les renseignements réglementaires permettant d'identifier celle-ci;
- c) tout autre renseignement précisé par règlement.

[...]

Consentement tacite : article 6

(9) Pour l'application de l'article 6, il n'y a consentement tacite que dans l'un ou l'autre des cas suivants :

- a) la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi a, avec la personne qui le reçoit, des relations d'affaires en cours ou des relations privées en cours;
- b) la personne à qui le message est envoyé a publié bien en vue, ou a ainsi fait publier, l'adresse électronique à laquelle il a été envoyé, la publication ne comporte aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise;
- c) la personne à qui le message est envoyé a communiqué l'adresse électronique à laquelle il est envoyé à la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi, sans aucune mention précisant qu'elle ne veut recevoir aucun message électronique commercial non sollicité à cette adresse et le message a un lien soit avec l'exercice des attributions de la personne, soit avec son entreprise commerciale ou les fonctions qu'elle exerce au sein d'une telle entreprise;
- d) le message est envoyé dans les autres circonstances prévues par règlement.

Définition de *relations d'affaires en cours*

(10) Pour l'application du paragraphe (9), relations d'affaires en cours s'entend des relations d'affaires entre la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en

in that subsection — that is, any person who sent or caused or permitted to be sent the message — arising from

(a) the purchase or lease of a product, goods, a service, land or an interest or right in land, within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, by the person to whom the message is sent from any of those other persons;

(b) the acceptance by the person to whom the message is sent, within the period referred to in paragraph (a), of a business, investment or gaming opportunity offered by any of those other persons;

(c) the bartering of anything mentioned in paragraph (a) between the person to whom the message is sent and any of those other persons within the period referred to in that paragraph;

(d) a written contract entered into between the person to whom the message is sent and any of those other persons in respect of a matter not referred to in any of paragraphs (a) to (c), if the contract is currently in existence or expired within the period referred to in paragraph (a); or

(e) an inquiry or application, within the six-month period immediately before the day on which the message was sent, made by the person to whom the message is sent to any of those other persons, in respect of anything mentioned in any of paragraphs (a) to (c).

...

Definition of *existing non-business relationship*

(13) In subsection (9), *existing non-business relationship* means a non-business relationship between the person to whom the message is sent and any of the other persons referred to in that subsection — that is, any person who sent or caused or permitted to be sent the message — arising from

(a) a donation or gift made by the person to whom the message is sent to any of those other persons within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, where that other person is a registered charity as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, a political party or organization, or a person who is a candidate — as defined in an Act of Parliament or of the legislature of a province — for publicly elected office;

permet l'envoi et la personne qui le reçoit, découlant, selon le cas :

a) de l'achat ou du louage par la seconde personne, au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, d'un bien, produit, service, terrain ou droit ou intérêt foncier de la première personne;

b) de l'acceptation par la seconde personne, au cours de cette période, d'une possibilité d'affaires, d'investissement ou de jeu offerte par la première personne;

c) du troc d'une chose mentionnée à l'alinéa a) intervenu entre elles au cours de cette période;

d) de tout contrat — toujours en vigueur ou venu à échéance au cours de cette période — conclu par écrit entre elles au sujet d'une chose non mentionnée aux alinéas a) à c);

e) d'une demande — notamment une demande de renseignements — présentée par la seconde personne à la première, au cours des six mois précédant la date d'envoi du message, relativement à une chose ou à une possibilité mentionnée aux alinéas a) ou c).

[...]

Définition de *relations privées en cours*

(13) Pour l'application du paragraphe (9), *relations privées en cours* s'entend des relations entre la personne qui envoie le message, le fait envoyer ou en permet l'envoi et la personne qui le reçoit, qui ne sont pas des relations d'affaires et qui découlent, selon le cas :

a) d'un don ou d'un cadeau offert par la seconde personne à la première au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, dans le cas où cette première personne est un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une organisation ou un parti politiques ou un candidat — au sens de toute loi fédérale ou provinciale — à une charge publique élective;

(b) volunteer work performed by the person to whom the message is sent for any of those other persons, or attendance at a meeting organized by that other person, within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, where that other person is a registered charity as defined in subsection 248(1) of the *Income Tax Act*, a political party or organization or a person who is a candidate — as defined in an Act of Parliament or of the legislature of a province — for publicly elected office; or

(c) membership, as defined in the regulations, by the person to whom the message is sent, in any of those other persons, within the two-year period immediately before the day on which the message was sent, where that other person is a club, association or voluntary organization, as defined in the regulations.

...

Contravention of section 6

12 (1) A person contravenes section 6 only if a computer system located in Canada is used to send or access the electronic message.

Contravention of section 7

(2) A person contravenes section 7 only if a computer system located in Canada is used to send, route or access the electronic message.

...

Notice for production

17 (1) A person who is designated for the purpose of this section may cause a notice to be served on a person requiring them to produce a copy of a document that is in their possession or control, or to prepare a document based on data, information or documents that are in their possession or control and to produce that document.

Purpose of notice

(2) The designated person may issue the notice only for the purpose of one or more of the following:

- (a) verifying compliance with this Act;
- (b) determining whether any of sections 6 to 9 has been contravened; and

b) du travail effectué à titre de bénévole par la seconde personne pour la première au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, dans le cas où cette première personne est un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, une organisation ou un parti politiques ou un candidat — au sens de toute loi fédérale ou provinciale — à une charge publique électorale;

c) d'une adhésion, au sens des règlements, de la seconde personne auprès de la première au cours des deux ans précédant la date d'envoi du message, dans le cas où cette première personne est un club, une association ou un organisme bénévole, au sens des règlements.

[...]

Contravention à l'article 6

12 (1) Il n'y a contravention à l'article 6 que si un ordinateur situé au Canada est utilisé pour envoyer ou récupérer le message électronique.

Contravention à l'article 7

(2) Il n'y a contravention à l'article 7 que si un ordinateur situé au Canada est utilisé pour envoyer, acheminer ou récupérer le message électronique.

[...]

Avis de communication

17 (1) La personne désignée pour l'application du présent article peut faire signifier à toute personne un avis pour l'obliger à communiquer la copie de tout document qui est en sa possession ou sous sa responsabilité ou à établir tout document à partir de données, renseignements ou documents qui sont en sa possession ou sous sa responsabilité et à le communiquer.

But de l'avis

(2) Elle ne peut établir l'avis qu'à l'une ou l'autre des fins suivantes :

- a) vérifier le respect de la présente loi;
- b) décider si une contravention à l'un des articles 6 à 9 a été commise;

(c) assisting an investigation or proceeding in respect of a contravention of the laws of a foreign state that address conduct that is substantially similar to conduct prohibited under any of sections 6 to 9.

Particulars of notice

(3) The notice must require the document to be produced to a person named in the notice within the time, at the place and in the form specified in the notice.

Conditions

(4) The designated person may impose conditions in the notice to prevent the disclosure of some or all of its contents or its existence if they have reasonable grounds to believe that the disclosure would jeopardize the conduct of

(a) an investigation under this Act; or

(b) an investigation or proceeding in respect of a contravention of the laws of a foreign state that address conduct that is substantially similar to conduct prohibited under any of sections 6 to 9.

Expiry and revocation of conditions

(5) A condition imposed to prevent disclosure expires six months after the day on which the notice is served on the person unless, before its expiry, a notice extending the condition for an additional period of six months is served on them. A condition may not be extended more than once and a notice revoking the condition may be served on the person at any time.

Return of documents not required

(6) Documents and copies of documents that are produced under this section need not be returned to the person who produced them.

...

Violations

20 (1) Every person who contravenes any of sections 6 to 9 commits a violation for which they are liable to an administrative monetary penalty.

Purpose of penalty

(2) The purpose of a penalty is to promote compliance with this Act and not to punish.

c) faciliter une enquête, instance ou poursuite relative à une contravention à une loi d'un État étranger visant des comportements essentiellement semblables à ceux interdits par l'un des articles 6 à 9.

Contenu de l'avis

(3) L'avis précise le lieu et la forme de la communication, le délai dans lequel elle doit être faite ainsi que le nom de la personne à qui elle doit l'être.

Conditions

(4) La personne désignée peut assortir l'avis de conditions visant à empêcher la divulgation de tout ou partie de son contenu, ou de son existence si elle a des motifs raisonnables de croire que cette divulgation compromettrait le déroulement :

(a) soit d'une enquête menée au titre de la présente loi;

(b) soit d'une enquête, instance ou poursuite relative à une contravention à une loi d'un État étranger visant des comportements essentiellement semblables à ceux interdits par l'un des articles 6 à 9.

Expiration et annulation des conditions

(5) Les conditions visant à empêcher la divulgation expirent six mois après la signification de l'avis, à moins qu'avant l'expiration de celles-ci un avis les renouvelant — pour une période additionnelle de six mois — n'ait été signifié à la personne en question. L'avis renouvelant les conditions ne peut être signifié qu'une seule fois et un avis les annulant peut l'être à tout moment.

Aucune restitution

(6) Il n'est pas nécessaire de retourner à la personne les documents ou copies de documents qu'elle a communiqués en application du présent article.

[...]

Violations

20 (1) Toute contravention à l'un des articles 6 à 9 constitue une violation exposant son auteur à une sanction administrative pécuniaire.

But de la sanction

(2) L'imposition de la sanction vise non pas à punir, mais plutôt à favoriser le respect de la présente loi.

Factors for penalty

(3) The following factors must be taken into account when determining the amount of a penalty:

- (a) the purpose of the penalty;
- (b) the nature and scope of the violation;
- (c) the person's history with respect to any previous violation under this Act, any previous conduct that is reviewable under section 74.011 of the *Competition Act* and any previous contravention of section 5 of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act* that relates to a collection or use described in subsection 7.1(2) or (3) of that Act;
- (d) the person's history with respect to any previous undertaking entered into under subsection 21(1) and any previous consent agreement signed under subsection 74.12(1) of the *Competition Act* that relates to acts or omissions that constitute conduct that is reviewable under section 74.011 of that Act;
- (e) any financial benefit that the person obtained from the commission of the violation;
- (f) the person's ability to pay the penalty;
- (g) whether the person has voluntarily paid compensation to a person affected by the violation;
- (h) the factors established by the regulations; and
- (i) any other relevant factor.

Maximum penalties

(4) The maximum penalty for a violation is \$1,000,000 in the case of an individual, and \$10,000,000 in the case of any other person.

Regulations

(5) The Governor in Council may make regulations

...

Détermination du montant de la sanction

(3) Pour la détermination du montant de la sanction, il est tenu compte des éléments suivants :

- a) le but de la sanction;
- b) la nature et la portée de la violation;
- c) les antécédents de l'auteur de la violation, à savoir violation à la présente loi, comportement susceptible d'examen visé à l'article 74.011 de la *Loi sur la concurrence* et contravention à l'article 5 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* qui met en cause une collecte ou une utilisation visée aux paragraphes 7.1(2) ou (3) de cette loi;
- d) ses antécédents au regard des engagements contractés en vertu du paragraphe 21(1) et des consentements signés en vertu du paragraphe 74.12(1) de la *Loi sur la concurrence* concernant des actes ou omissions qui constituent des comportements susceptibles d'examen visés à l'article 74.011 de cette loi;
- e) tout avantage financier qu'il a retiré de la commission de la violation;
- f) sa capacité de payer le montant de la sanction;
- g) tout versement d'une somme qu'il a fait volontairement, à titre de dédommagement, à toute personne touchée par la violation;
- h) tout critère prévu par règlement;
- i) tout autre élément pertinent.

Plafond de la sanction

(4) Le montant maximal de la sanction pour une violation est de 1 000 000 \$, dans le cas où l'auteur est une personne physique, et de 10 000 000 \$ dans le cas de toute autre personne.

Pouvoir réglementaire

(5) Le gouverneur en conseil peut, par règlement :

- a) désigner les dispositions dont la contravention constitue une violation distincte pour chacun des jours au cours desquels la contravention se continue;
- b) prévoir les critères pour l'application de l'alinéa (3)h).

[...]

Notice of violation

22 (1) A person who is designated for the purpose of this section may issue a notice of violation and cause it to be served on a person if they believe on reasonable grounds that the person has committed a violation.

...

22

Contents of notice

(2) The notice of violation must

(a) name the person believed to have committed the violation;

(b) identify every act or omission for which the notice is served and every provision at issue;

(c) set out the administrative monetary penalty that the person is liable to pay and the time and manner of payment;

(d) inform the person that they may make representations to the Commission within 30 days after the day on which the notice is served or any longer period set out in the notice, and set out the manner for making the representations;

(e) inform the person that, if they do not pay the penalty or make representations in accordance with the notice, they will be deemed to have committed the violation and that the penalty set out in the notice will be imposed; and

(f) inform the person that if they are found or are deemed to have committed a violation they may be made the subject of an order requiring them to do what this Act requires them to do, or forbidding them to do what this Act prohibits them from doing, and that the order can be enforced as an order of a court of competent jurisdiction.

...

Representations

25 (1) If a person makes representations in accordance with the notice, the Commission must decide, on a balance of probabilities, whether the person committed the violation and, if so, may impose the penalty set out in the notice of violation, may reduce or waive the penalty, or may

Procès-verbal de violation

22 (1) Si elle a des motifs raisonnables de croire qu'une violation a été commise, la personne désignée pour l'application du présent article peut dresser un procès-verbal qu'elle fait signifier à l'auteur présumé de la violation.

Contenu du procès-verbal

(2) Le procès-verbal mentionne :

a) le nom de l'auteur présumé de la violation;

b) les actes ou omissions pour lesquels le procès-verbal est signifié et les dispositions en cause;

c) le montant de la sanction à payer, ainsi que le délai et les modalités de paiement;

d) la faculté de présenter des observations au Conseil dans les trente jours suivant la signification du procès-verbal ou dans le délai plus long précisé dans celui-ci, et les modalités à respecter pour ce faire;

e) le fait que le défaut de paiement du montant de la sanction ou l'omission de présenter des observations conformément au procès-verbal vaut déclaration de responsabilité et entraîne l'imposition de la sanction prévue dans celui-ci;

f) le fait que, en cas de déclaration de responsabilité, il peut être rendu à l'endroit de la personne en cause une ordonnance lui enjoignant d'accomplir tout acte ou de s'en abstenir pour se conformer à la présente loi, et que l'ordonnance est exécutoire comme si elle avait été rendue par un tribunal compétent.

[...]

Observations

25 (1) Si la personne présente des observations selon les modalités qui sont prévues dans le procès-verbal, le Conseil décide, selon la prépondérance des probabilités, de sa responsabilité à l'égard de la violation et, le cas échéant, il peut imposer la sanction prévue dans le procès-verbal, en

suspend payment of the penalty subject to any conditions that the Commission considers necessary to ensure compliance with this Act.

Notice of decision

(2) The Commission must cause a copy of its decision to be served on the person together with a notice of their right to appeal.

...

For greater certainty

30 For greater certainty, a violation is not an offence and, accordingly, section 126 of the *Criminal Code* does not apply.

Directors, officers, etc., of corporations

31 An officer, director, agent or mandatary of a corporation that commits a violation is liable for the violation if they directed, authorized, assented to, acquiesced in or participated in the commission of the violation, whether or not the corporation is proceeded against.

Various liability

32 A person is liable for a violation that is committed by their employee acting within the scope of their employment or their agent or mandatary acting within the scope of their authority, whether or not the employee, agent or mandatary is identified or proceeded against.

Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC), SOR/2012-36

Definition

1 In these Regulations, *Act* means *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act.*

Information to Be Included in Commercial Electronic Messages

2 (1) For the purposes of subsection 6(2) of the Act, the following information must be set out in any commercial electronic message:

réduire le montant, y renoncer ou encore en suspendre le paiement aux conditions qu'il estime nécessaires pour l'observation de la présente loi.

Signification de la décision

(2) Le Conseil fait signifier à la personne en question copie de sa décision et l'avise par la même occasion de son droit d'interjeter appel.

[...]

Précision

30 Il est entendu que les violations ne sont pas des infractions; en conséquence, nul ne peut être poursuivi à ce titre sur le fondement de l'article 126 du *Code criminel*.

Administrateurs, dirigeants, etc.

31 En cas de commission par une personne morale d'une violation, ceux de ses dirigeants, administrateurs ou mandataires qui l'ont ordonnée ou autorisée, ou qui y ont consenti ou participé, sont responsables de la violation, que la personne morale fasse ou non l'objet de procédures en violation.

Responsabilité indirecte

32 L'employeur ou le mandant est responsable de la violation commise par son employé ou son mandataire dans le cadre de son emploi ou du mandat, que celui-ci soit ou non connu ou fasse ou non l'objet de procédures en violation.

Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC), DORS/2012-36

Définition

1 Dans le présent règlement, *Loi* s'entend de la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications.*

Renseignements à inclure dans les messages électroniques commerciaux

2 (1) Pour l'application du paragraphe 6(2) de la Loi, le message électronique commercial comporte les renseignements suivants :

(a) the name by which the person sending the message carries on business, if different from their name, if not, the name of the person;

(b) if the message is sent on behalf of another person, the name by which the person on whose behalf the message is sent carries on business, if different from their name, if not, the name of the person on whose behalf the message is sent;

(c) if the message is sent on behalf of another person, a statement indicating which person is sending the message and which person on whose behalf the message is sent; and

(d) the mailing address, and either a telephone number providing access to an agent or a voice messaging system, an email address or a web address of the person sending the message or, if different, the person on whose behalf the message is sent.

(2) If it is not practicable to include the information referred to in subsection (1) and the unsubscribe mechanism referred to in paragraph 6(2)(c) of the Act in a commercial electronic message, that information may be posted on a page on the World Wide Web that is readily accessible by the person to whom the message is sent at no cost to them by means of a link that is clearly and prominently set out in the message.

Form of Commercial Electronic Messages

3 (1) The information referred to in section 2 and the unsubscribe mechanism referred to in paragraph 6(2)(c) of the Act must be set out clearly and prominently.

(2) The unsubscribe mechanism referred to in paragraph 6(2)(c) of the Act must be able to be readily performed.

Information to Be Included in a Request for Consent

4 For the purposes of subsections 10(1) and (3) of the Act, a request for consent may be obtained orally or in writing and must be sought separately for each act described in sections 6 to 8 of the Act and must include

(a) the name by which the person seeking consent carries on business, if different from their name, if not, the name of the person seeking consent;

a) le nom sous lequel la personne qui envoie le message exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

b) si le message est envoyé au nom d'une autre personne, le nom sous lequel celle-ci exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

c) si le message est envoyé au nom d'une autre personne, une mention indiquant le nom de la personne qui envoie le message et celui au nom de qui il est envoyé;

d) l'adresse postale et soit le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale, soit l'adresse de courriel ou du site Web de la personne qui envoie le message ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est envoyé.

(2) S'il est pratiquement impossible d'inclure les renseignements mentionnés au paragraphe (1) et le mécanisme d'exclusion visé à l'alinéa 6(2)c) de la Loi dans le message électronique commercial, ils peuvent être affichés sur une page Web facilement accessible sans frais par le destinataire au moyen d'un lien indiqué dans le message en termes clairs et facilement lisibles.

Forme des messages électroniques commerciaux

3 (1) Les renseignements visés à l'article 2 et le mécanisme d'exclusion visé à l'alinéa 6(2)c) de la Loi doivent être énoncés en termes clairs et facilement lisibles.

(2) Le mécanisme d'exclusion visé à l'alinéa 6(2)c) de la Loi doit pouvoir s'exécuter facilement.

Renseignements à inclure dans les demandes de consentement

4 Pour l'application des paragraphes 10(1) et (3) de la Loi, la demande de consentement est faite oralement ou par écrit et séparément pour chacun des actes visés aux articles 6 à 8 de la Loi et comporte les renseignements suivants :

a) le nom sous lequel la personne qui sollicite le consentement exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

(b) if the consent is sought on behalf of another person, the name by which the person on whose behalf consent is sought carries on business, if different from their name, if not, the name of the person on whose behalf consent is sought;

(c) if consent is sought on behalf of another person, a statement indicating which person is seeking consent and which person on whose behalf consent is sought; and

(d) the mailing address, and either a telephone number providing access to an agent or a voice messaging system, an email address or a web address of the person seeking consent or, if different, the person on whose behalf consent is sought; and

(e) a statement indicating that the person whose consent is sought can withdraw their consent.

Specified Functions of Computer Programs

5 A computer program's material elements that perform one or more of the functions listed in subsection 10(5) of the Act must be brought to the attention of the person from whom consent is being sought separately from any other information provided in a request for consent and the person seeking consent must obtain an acknowledgement in writing from the person from whom consent is being sought that they understand and agree that the program performs the specified functions.

Coming into Force

6 (1) These Regulations, except section 5, come into force on the day on which sections 6, 7 and 9 to 11 and subsection 64(2) of *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act*, chapter 23 of the Statutes of Canada, 2010, come into force, but if they are registered after that day, they come into force on the day on which they are registered.

(2) Section 5 comes into force on the day on which section 8 of the Act, referred to in subsection (1), comes into force.

Electronic Commerce Protection Regulations, SOR/2013-221

b) si le consentement est sollicité au nom d'une autre personne, le nom sous lequel celle-ci exerce ses activités commerciales, s'il diffère du sien, ou, à défaut, son nom;

c) si le consentement est sollicité au nom d'une autre personne, une mention indiquant le nom de la personne qui sollicite le consentement et celui au nom de qui il est sollicité;

d) l'adresse postale et soit le numéro de téléphone donnant accès à un agent de service ou à un service de messagerie vocale, soit l'adresse de courriel ou du site Web de la personne qui sollicite le consentement ou, le cas échéant, de celle au nom de qui il est sollicité;

e) un énoncé portant que la personne auprès de qui le consentement est sollicité peut retirer son consentement.

Programme d'ordinateur effectuant des fonctions spécifiques

5 Les éléments d'un programme d'ordinateur qui effectuent l'une ou l'autre des fonctions mentionnées au paragraphe 10(5) de la Loi sont portés à l'attention de la personne auprès de qui le consentement est sollicité séparément des autres renseignements fournis dans la demande de consentement et la personne qui sollicite le consentement doit obtenir de cette personne une confirmation écrite attestant qu'elle comprend et accepte que le programme effectue les fonctions mentionnées.

Entrée en vigueur

6 (1) Le présent règlement, à l'exception de l'article 5, entre en vigueur à la date d'entrée en vigueur des articles 6, 7 et 9 à 11 et du paragraphe 64(2) de *la Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radio-diffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, chapitre 23 des Lois du Canada (2010) ou, si elle est postérieure, à la date de son enregistrement.

(2) L'article 5 entre en vigueur à la date d'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi visée au paragraphe (1).

Règlement sur la protection du commerce électronique, DORS/2013-221

Definition**Definition of Act**

1 In these Regulations, *Act* means *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act.*

Family Relationship and Personal Relationship**Family and personal relationships**

2 For the purposes of paragraph 6(5)(a) of the Act,

(a) *family relationship* means the relationship between an individual who sends a message and the individual to whom the message is sent if those individuals are related to one another through a marriage, common-law partnership or any legal parent-child relationship and those individuals have had direct, voluntary, two-way communication; and

(b) *personal relationship* means the relationship between an individual who sends a message and the individual to whom the message is sent, if those individuals have had direct, voluntary, two-way communications and it would be reasonable to conclude that they have a personal relationship, taking into consideration any relevant factors such as the sharing of interests, experiences, opinions and information evidenced in the communications, the frequency of communication, the length of time since the parties communicated or whether the parties have met in person.

Excluded Commercial Electronic Messages**Excluded messages — Section 6 of Act**

3 Section 6 of the Act does not apply to a commercial electronic message

(a) that is sent by an employee, representative, consultant or franchisee of an organization

(i) to another employee, representative, consultant or franchisee of the organization and the message concerns the activities of the organization, or

Définition**Définition de Loi**

1 Dans le présent règlement, *Loi* s'entend de la *Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications.*

Liens familiaux et liens personnels**Liens familiaux et personnels**

2 Pour l'application de l'alinéa 6(5)a) de la Loi :

a) des personnes physiques sont unies par des liens familiaux si la personne qui envoie le message et la personne à qui le message est envoyé sont unies par les liens de mariage ou d'union de fait ou de filiation et ont eu entre elles des communications volontaires, directes et bidirectionnelles;

b) des personnes physiques sont unies par des liens personnels si la personne qui envoie le message et la personne à qui le message est envoyé ont eu entre elles des communications volontaires, directes et bidirectionnelles permettant raisonnablement de conclure à l'existence de tels liens, compte tenu des facteurs pertinents, notamment, le partage d'intérêts, d'expériences, d'opinions et d'informations, comme en témoignent leurs communications et la fréquence de celles-ci, le temps écoulé depuis la dernière communication et le fait que les parties se sont rencontrées ou non en personne.

Messages électroniques commerciaux exemptés**Article 6 de la Loi – messages exemptés**

3 L'article 6 de la Loi ne s'applique pas au message électronique commercial :

a) envoyé par l'employé, le représentant, le consultant ou le franchisé d'une organisation, selon le cas :

(i) à un autre employé, un représentant, un consultant ou un franchisé au sein de la même organisation, si le message concerne les activités de l'organisation,

- (ii) to an employee, representative, consultant or franchisee of another organization if the organizations have a relationship and the message concerns the activities of the organization to which the message is sent;
- (b) that is sent in response to a request, inquiry or complaint or is otherwise solicited by the person to whom the message is sent;
- (c) that is sent to a person
- (i) to satisfy a legal or juridical obligation,
- (ii) to provide notice of an existing or pending right, legal or juridical obligation, court order, judgment or tariff,
- (iii) to enforce a right, legal or juridical obligation, court order, judgment or tariff, or
- (iv) to enforce a right arising under a law of Canada, of a province or municipality of Canada or of a foreign state;
- (d) that is sent and received on an electronic messaging service if the information and unsubscribe mechanism that are required under subsection 6(2) of the Act are conspicuously published and readily available on the user interface through which the message is accessed, and the person to whom the message is sent consents to receive it either expressly or by implication;
- (e) that is sent to a limited-access secure and confidential account to which messages can only be sent by the person who provides the account to the person who receives the message;
- (f) if the person who sends the message or causes or permits it to be sent reasonably believes the message will be accessed in a foreign state that is listed in the schedule and the message conforms to the law of the foreign state that addresses conduct that is substantially similar to conduct prohibited under section 6 of the Act;
- (g) that is sent by or on behalf of a registered charity as defined in subsection 248(1) of the Income Tax Act and the message has as its primary purpose raising funds for the charity; or
- (ii) à l'employé, au représentant, au consultant ou au franchisé d'une autre organisation si leurs organisations respectives entretiennent des rapports et que le message concerne les activités de l'organisation à qui le message est envoyé;
- b) envoyé en réponse à une demande — notamment une demande de renseignements — ou par suite d'une plainte, ou sollicité de quelque façon que ce soit par la personne à qui le message est envoyé;
- c) envoyé :
- (i) pour satisfaire à une obligation juridique,
- (ii) pour donner avis d'un droit, d'une obligation juridique, d'une ordonnance d'un tribunal, d'un jugement ou d'un tarif existants ou à venir,
- (iii) pour faire valoir un droit ou exécuter une obligation juridique, une ordonnance judiciaire, un jugement ou un tarif,
- (iv) pour faire valoir un droit découlant d'une règle de droit fédérale, provinciale, municipale ou étrangère;
- d) envoyé et reçu par l'entremise d'un service de messagerie électronique, si les renseignements et le mécanisme d'exclusion requis en application du paragraphe 6(2) de la Loi sont publiés de façon à être visibles et facilement accessibles sur l'interface utilisateur au moyen de laquelle le message sera récupéré et que la personne à qui le message est envoyé a consenti expressément ou tacitement à le recevoir;
- e) envoyé à un compte sécuritaire et confidentiel à accès restreint, auquel les messages ne peuvent être envoyés que par la personne qui a fourni le compte à la personne qui reçoit le message;
- f) si la personne qui l'envoie, le fait envoyer ou en permet l'envoi a des motifs raisonnables de croire qu'il sera récupéré dans un État étranger mentionné à l'annexe et qu'il sera conforme à une loi de cet État régissant les comportements essentiellement similaires à ceux interdits par l'article 6 de la Loi;
- g) envoyé par un organisme de bienfaisance enregistré au sens du paragraphe 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou en son nom si le principal objet du message est de lever des fonds pour les activités de bienfaisance de l'organisme en cause;

(h) that is sent by or on behalf of a political party or organization, or a person who is a candidate – as defined in an Act of Parliament or the legislature of a province – for publicly elected office and the message has as its primary purpose soliciting a contribution as defined in subsection 2(1) of the *Canada Elections Act*.

Excluded messages — Paragraph 6(1)(a) of Act

4 (1) Paragraph 6(1)(a) of the Act does not apply to the first commercial electronic message that is sent by a person for the purpose of contacting the individual to whom the message is sent following a referral by any individual who has an existing business relationship, an existing non-business relationship, a family relationship or a personal relationship with the person who sends the message as well as any of those relationships with the individual to whom the message is sent and that discloses the full name of the individual or individuals who made the referral and states that the message is sent as a result of the referral.

Existing business or non-business relationship

(2) An existing business relationship or an existing non-business relationship has the same meaning as in subsection 10(10) or (13) of the Act, respectively.

Conditions for Use of Consent

Person whose identity is unknown

5 (1) For the purposes of paragraph 10(2)(b) of the Act, a person who obtained express consent on behalf of a person whose identity was unknown may authorize any person to use the consent on the condition that the person who obtained it ensures that, in any commercial electronic message sent to the person from whom consent was obtained,

(a) the person who obtained consent is identified; and

(b) the authorized person provides an unsubscribe mechanism that, in addition to meeting the requirements set out in section 11 of the Act, allows the person from whom consent was obtained to withdraw their consent from the person who obtained consent or any other person who is authorized to use it.

Person who obtained consent

(2) The person who obtained consent must ensure that, on receipt of an indication of withdrawal of consent by

h) envoyé par une organisation ou un parti politiques ou un candidat — au sens de toute loi fédérale ou provinciale — à une charge publique élective ou pour le compte de ceux-ci si le principal objet du message est de demander des contributions au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi électorale du Canada*.

Alinéa 6(1)a — messages exemptés

4 (1) L'alinéa 6(1)a de la Loi ne s'applique pas au premier message électronique commercial qui, d'une part, est envoyé par une personne à une personne physique en vue d'entrer en contact avec elle par suite d'une recommandation d'une ou de plusieurs personnes physiques ayant, avec l'expéditeur du message et avec son destinataire des relations d'affaires en cours, des relations privées en cours ou des liens familiaux ou personnels et si, d'autre part, ce message révèle le nom au complet de la ou des personnes physiques ayant fait la recommandation et comporte la mention qu'il est envoyé par suite d'une telle recommandation.

Relations d'affaires en cours ou relations privées en cours

(2) Des relations d'affaires en cours ou des relations privées en cours s'entendent au sens des paragraphes 10(10) et (13) de la Loi, respectivement.

Conditions d'utilisation du consentement

Obligations — personne dont l'identité est inconnue

5 (1) Pour l'application de l'alinéa 10(2)(b) de la Loi, la personne qui a obtenu le consentement exprès au nom d'une autre personne dont l'identité était inconnue peut autoriser toute personne à utiliser le consentement à condition de veiller à ce que, dans tout message électronique commercial envoyé à la personne qui a donné le consentement :

a) son identité soit établie à titre de personne ayant obtenu le consentement;

b) la personne autorisée fournisse un mécanisme d'exclusion qui, en plus d'être conforme aux exigences de l'article 11 de la Loi, permet à la personne ayant donné le consentement de le retirer à la personne qui l'a obtenu ou à toute autre personne autorisée à l'utiliser.

Personne qui a obtenu le consentement

(2) La personne qui a obtenu le consentement veille à ce que la personne autorisée qui a envoyé le message l'avise

the authorized person who sent the commercial electronic message, the authorized person notifies the person who obtained consent that consent has been withdrawn from, as the case may be,

- (a) the person who obtained consent;
- (b) the authorized person who sent the commercial electronic message; or
- (c) any other person who is authorized to use the consent.

Notification of other authorized person

(3) The person who obtained consent must without delay inform a person referred to in paragraph (2)(c) of the withdrawal of consent on receipt of a notification of withdrawal of consent from the person referred to in that paragraph.

Give effect to withdrawal of consent

(4) The person who obtained consent must give effect to a withdrawal of consent in accordance with subsection 11(3) of the Act, and, if applicable, ensure that a person referred to in paragraph (2)(c) also gives effect to the withdrawal in accordance with that subsection.

Specified Computer Programs

Specified programs

6 The following programs are specified for the purposes of subparagraph 10(8)(a)(vi) of the Act:

- (a) a program that is installed by or on behalf of a telecommunications service provider solely to protect the security of all or part of its network from a current and identifiable threat to the availability, reliability, efficiency or optimal use of its network;
- (b) a program that is installed, for the purpose of updating or upgrading the network, by or on behalf of the telecommunications service provider who owns or operates the network on the computer systems that constitute all or part of the network; and
- (c) a program that is necessary to correct a failure in the operation of the computer system or a program installed on it and is installed solely for that purpose.

dès qu'elle est informée que le consentement a été retiré à l'une des personnes suivantes :

- a) la personne qui a obtenu le consentement;
- b) la personne autorisée qui a envoyé le message;
- c) toute autre personne autorisée à utiliser le consentement.

Avis de retrait aux autres personnes autorisées

(3) Sur réception d'un avis de retrait du consentement concernant la personne visée à l'alinéa (2)c), la personne qui a obtenu le consentement avise sans délai l'intéressé.

Donner suite au retrait de consentement

(4) La personne qui a obtenu le consentement donne suite au retrait du consentement conformément au paragraphe 11(3) de la Loi et veille à ce que la personne visée à l'alinéa (2)c) fasse de même, le cas échéant.

Programmes d'ordinateur

Programmes précisés

6 Les programmes visés pour l'application du sous-alinéa 10(8)a)(vi) de la Loi sont les suivants :

- a) le programme qui est installé par le télécommunicateur ou en son nom uniquement pour protéger la sécurité de la totalité ou d'une partie de son réseau d'une menace actuelle et identifiable à l'accessibilité, à la fiabilité, à l'efficacité ou à l'utilisation optimale du réseau;
- b) le programme qui est installé par le télécommunicateur qui possède ou exploite le réseau, ou en son nom, sur tous les ordinateurs faisant partie du réseau pour la mise à jour ou a niveau de ce réseau;
- c) le programme qui est nécessaire à la correction d'une défaillance dans le fonctionnement de l'ordinateur ou d'un de ses programmes et qui est installé uniquement à cette fin.

Membership, Club, Association and Voluntary Organization

Membership

7(1) For the purposes of paragraph 10(13)(c) of the Act, membership is the status of having been accepted as a member of a club, association or voluntary organization in accordance with its membership requirements.

Club, association or voluntary organization

(2) For the purposes of paragraph 10(13)(c) of the Act, a club, association or voluntary organization is a non-profit organization that is organized and operated exclusively for social welfare, civic improvement, pleasure or recreation or for any purpose other than personal profit, if no part of its income is payable to, or otherwise available for the personal benefit of, any proprietor, member or shareholder of that organization unless the proprietor, member or shareholder is an organization whose primary purpose is the promotion of amateur athletics in Canada.

Coming into Force

S.C. 2010, c. 23

***8 (1)** These Regulations, except section 6, come into force on the day on which sections 6, 7, 9 to 11 and subsection 64(1) of *An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act* (“the Act”), chapter 23 of the Statutes of Canada, come into force, but if they are registered after that day, they come into force on the day on which they are registered.

Section 6

(2) Section 6 comes into force on the day on which section 8 of the Act, referred to in subsection (1), comes into force.

Adhésion, club, association et organisme bénévole

Adhésion

7 (1) Pour l’application de l’alinéa 10(13)c) de la Loi, l’adhésion est le fait d’être accepté comme membre d’un club, d’une association ou d’un organisme bénévole conformément aux exigences d’appartenance de l’un ou l’autre.

Club, association ou organisme bénévole

(2) Pour l’application de l’alinéa 10(13)c) de la Loi, un club, une association ou un organisme bénévole est une organisation sans but lucratif constituée et administrée uniquement pour l’exercice d’activités non lucratives, notamment des activités liées au bien-être social, aux améliorations locales et aux loisirs ou divertissements, et dont aucun revenu n’est versé à un propriétaire, membre ou actionnaire — ou ne peut par ailleurs servir à son profit personnel — sauf si le propriétaire, membre ou actionnaire est une organisation dont le but premier est de promouvoir le sport amateur au Canada.

Entrée en vigueur

L.C. 2010, ch. 23

***8 (1)** Le présent règlement, à l’exception de l’article 6, entre en vigueur à la date d’entrée en vigueur des articles 6, 7 et 9 à 11 et du paragraphe 64(1) de la *Loi visant à promouvoir l’efficacité et la capacité d’adaptation de l’économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l’exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications*, chapitre 23 des Loi du Canada (2010), ou, si elle est postérieure, à la date de son enregistrement.

Article 6

(2) L’article 6 entre en vigueur à la date d’entrée en vigueur de l’article 8 de la loi visée au paragraphe (1).

A-356-19
2020 FCA 210

A-356-19
2020 CAF 210

Groupe III International Ltd., Holiday Group Inc. and Wenger S.A. (Appellants)

Groupe III International Ltd., Holiday Group Inc. et Wenger S.A. (appelantes)

v.

c.

Travelway Group International Ltd. (Respondent)

Travelway Group International Ltd. (intimée)

INDEXED AS: GROUP III INTERNATIONAL LTD. v. TRAVELWAY GROUP INTERNATIONAL LTD.

RÉPERTORIÉ : GROUP III INTERNATIONAL LTD. c. TRAVELWAY GROUP INTERNATIONAL LTD.

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny and Rivoalen JJ.A.—By videoconference, November 2; Ottawa, December 9, 2020.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny et Rivoalen, J.C.A.—Par vidéoconférence, 2 novembre; Ottawa, 9 décembre 2020.

Trademarks — Expungement — Appeal from Federal Court decision ordering expungement of respondent's registered trademarks, dismissing appellants' claim for damages — Federal Court determining that appellants precluded from obtaining damages for pre-expungement use of infringing trademarks — Not finding respondent's registered trademarks invalid ab initio — Appellants arguing, inter alia, finding of invalidity under Trademarks Act, s. 18(1)(a) or (d) is invalidity ab initio — Whether appellants entitled to financial compensation; whether invalidity under s. 18(1) invalidity ab initio — Appellants erring in their interpretation of s. 18(1), invalidity ab initio — Invalidity of registered trademark assessed at different points in time — Liability for damages engaged only after Federal Court striking out trademark in expungement proceedings — Owner of registered trademark not liable for damages prior to expungement — Here, respondent protected by registrations until trademarks expunged from Register — In previous decision involving parties (2017 decision), Federal Court of Appeal making separate finding that respondent was liable for passing off, contrary to Act, s. 7(b) — Not distinguishing between damages arising for infringement from damages arising for passing off — Infringement, passing off separate, distinct causes of action — Cause of action for passing off under Act, s. 7(b) protecting interests in unregistered trademarks — Registration complete defence to action in passing off — Portions of Court's 2017 decision finding passing off not to be followed as authority in future cases — Appeal allowed.

Marques de commerce — Radiation — Appel d'une décision de la Cour fédérale ordonnant la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée et rejetant la demande de dommages-intérêts des appelantes — La Cour fédérale a conclu que les appelantes ne pouvaient pas obtenir de dommages-intérêts pour l'emploi des marques de commerce contrefaites avant leur radiation — Elle n'a pas conclu à l'invalidité ab initio des marques de commerce enregistrées de l'intimée — Les appelantes ont soutenu notamment qu'une conclusion d'invalidité aux termes de l'art. 18(1)a) ou d) de la Loi sur les marques de commerce était une invalidité ab initio — Il s'agissait de savoir si les appelantes avaient droit à une indemnisation pécuniaire et si l'invalidité aux termes de l'art. 18(1) était une invalidité ab initio — Les appelantes ont commis une erreur concernant l'interprétation de l'art. 18(1) et l'invalidité ab initio — La détermination de l'invalidité de la marque de commerce enregistrée est évaluée à différents moments — Dans les procédures de radiation, la responsabilité en dommages-intérêts n'est engagée qu'après que la Cour fédérale a radié la marque de commerce du registre — Le propriétaire de la marque de commerce déposée n'est pas responsable des dommages-intérêts accumulés avant la radiation — En l'espèce, l'intimée pouvait invoquer que ses enregistrements étaient protégés jusqu'au moment où ses marques de commerce ont été radiées du registre — Dans une décision antérieure mettant en présence les parties (décision de 2017), la Cour d'appel fédérale a tiré une conclusion distincte selon laquelle l'intimée était responsable de la commercialisation trompeuse, en contravention de l'art. 7b) de la Loi — Elle n'a pas fait la distinction entre les dommages-intérêts découlant de la contrefaçon et les dommages-intérêts découlant de la commercialisation trompeuse — La contrefaçon et la commercialisation trompeuse sont des causes d'action distinctes — La cause d'action en commercialisation trompeuse relevant de l'art. 7b) de la Loi protège les intérêts dans les marques de commerce non

déposées — Les dépôts des marques de commerce constituent un moyen de défense complet à l'encontre de l'action en commercialisation trompeuse — Les parties du jugement rendu par la Cour en 2017 ayant conclu à la commercialisation trompeuse ne devaient pas faire autorité dans de futurs cas — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Federal Court ordering the expungement of the respondent's registered trademarks and dismissing the appellants' claim for damages. This was the second appeal involving the appellants' application for relief under the *Trademarks Act*. In the first appeal in 2017, the respondent was declared to have infringed the appellants' registered trademarks. In addition to this relief, two remedial issues were referred to the Federal Court for further adjudication. The issues were whether it is appropriate for the Federal Court to order the striking out of the respondent's trademarks from the Register pursuant to subsection 57(1) of the Act and whether damages are recoverable under subsection 53.2(1) of the Act.

The Federal Court granted a judgment for the expungement of the respondent's registered trademarks but dismissed the appellants' claim for damages. It determined that the appellants were precluded from obtaining damages for pre-expungement use of the infringing trademarks. The Federal Court found that because the respondent had registered trademarks, it was entitled to the benefit and rights conferred under section 19 of the Act until the Federal Court of Appeal found the registered trademarks to be invalid in 2017. The Federal Court also held that there was no basis to find the respondent's registered trademarks invalid *ab initio*.

The appellants submitted that the Federal Court erred and should have found that the infringing marks have always been invalid and never registrable, therefore disentitling the respondent from relying on section 19 and entitling the appellants to financial compensation from the moment the respondent started using the infringing trademarks. The appellants also argued, *inter alia*, that a finding of invalidity under paragraphs 18(1)(a) or (d) of the Act is invalidity *ab initio*. In other words, they argued that the registration was invalid from the very moment it was registered.

The main issues were whether the appellants were entitled to financial compensation and whether invalidity under paragraphs 18(1)(a) or (d) of the Act is invalidity *ab initio*.

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale ordonnant la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée et rejetant la demande de dommages-intérêts des appelantes. Il s'agissait ici du second appel des appelantes visant à obtenir réparation en application de la *Loi sur les marques de commerce*. En 2017, dans le premier appel, un jugement déclaratoire selon lequel l'intimée avait contrefait les marques de commerce enregistrées des appelantes a été rendu. En plus de ces réparations, deux questions relatives à la réparation ont été renvoyées devant la Cour fédérale aux fins de nouvelle adjudication. Il s'agissait de savoir s'il était approprié que la Cour fédérale ordonne la radiation des marques de commerce de l'intimée du registre conformément au paragraphe 57(1) de la Loi, et si des dommages-intérêts pouvaient être recouverts au titre du paragraphe 53.2(1) de la Loi.

La Cour fédérale a rendu un jugement dans lequel elle a ordonné la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée, mais a rejeté la demande de dommages-intérêts des appelantes. Elle a conclu que les appelantes ne pouvaient pas obtenir de dommages-intérêts pour l'emploi des marques de commerce contrefaites avant leur radiation. La Cour fédérale a conclu que, parce que l'intimée avait enregistré les marques de commerce déposées, elle avait droit aux avantages et aux droits conférés par l'article 19 de la Loi, jusqu'à ce que la Cour d'appel fédérale conclue à l'invalidité des marques de commerce déposées en 2017. La Cour fédérale a également conclu à l'absence de circonstances qui permettraient de déclarer les marques de commerce déposées de la défenderesse invalides *ab initio*.

Les appelantes ont soutenu que la Cour fédérale avait commis une erreur et qu'elle aurait dû conclure que les marques contrefaites ont toujours été invalides et qu'elles n'ont jamais été enregistrables, privant ainsi l'intimée du droit d'invoquer l'article 19 et leur donnant droit à une indemnisation à compter du moment où l'intimée a commencé à employer les marques de commerce contrefaites. Les appelantes ont soutenu notamment qu'une conclusion d'invalidité aux termes de l'alinéa 18(1)a) ou d) de la Loi était une invalidité *ab initio*. Autrement dit, elles ont affirmé que l'enregistrement était invalide à partir du moment même où les marques ont été enregistrées.

Il s'agissait principalement de savoir si les appelantes avaient droit à une indemnisation pécuniaire et si l'invalidité aux termes de l'alinéa 18(1)a) ou d) de la Loi est une invalidité *ab initio*.

Held, the appeal should be allowed.

The appellants erred regarding their interpretation of subsection 18(1) of the Act and invalidity *ab initio*. When considering the grounds of invalidity under subsection 18(1) of the Act, each paragraph points to a time at which the determination of invalidity of the registered trademark is to be assessed. This is distinct from the determination of when a party may become liable for damages. In expungement proceedings under subsection 57(1) of the Act, liability for damages is engaged only after the Federal Court has struck out the trademark from the Register. Absent a finding of fraud, wilful misrepresentation or bad faith in the application for registration, the owner of the registered trademark is not liable for any damages accruing prior to the expungement of its trademark. In the present case, the respondent could rely on its registrations as protection until such time as the Federal Court expunged its trademarks from the Register.

In 2017, the Federal Court of Appeal made a separate finding that the respondent was liable for passing off, contrary to paragraph 7(b) of the Act. It did not distinguish between damages arising for infringement from damages arising for passing off. Infringement (section 20 of the Act) and passing off (paragraph 7(b) of the Act) are separate, distinct causes of action. The cause of action of passing off arising under paragraph 7(b) of the Act is a codification of the common law tort of passing off. It allows a party who owns an unregistered trademark to bring an action for relief under the Act. The Supreme Court held in *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* that the action for passing off in paragraph 7(b) of the Act protects interests in unregistered trademarks. *Kirkbi* suggests, but does not decide, that the owner of a registered trademark cannot have recourse to paragraph 7(b) to protect its trademark. Its recourse is proceedings for infringement or expungement. This point was made even more clearly in *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée*. In the present case, to the extent the passing off complained of by the appellants took place while the respondent's registrations were in force, the case law, such as *Oland*, indicates that the registrations of the trademarks are a complete defence to the action of passing off. For this reason, the portions of the Court's 2017 decision finding passing off should not be followed as authority in future cases.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Les appelantes ont commis une erreur concernant l'interprétation du paragraphe 18(1) de la Loi et l'invalidité *ab initio*. Lorsqu'on examine les motifs d'invalidité énoncés au paragraphe 18(1) de la Loi, chacun des alinéas indique le moment auquel la détermination de l'invalidité de la marque de commerce doit être évaluée. Cette détermination est distincte de la détermination du moment auquel une partie peut devenir responsable des dommages-intérêts. Dans les procédures de radiation fondées sur le paragraphe 57(1) de la Loi, la responsabilité en dommages-intérêts n'est engagée qu'après que la Cour fédérale a radié la marque de commerce du registre. En l'absence d'une conclusion de fraude, de fausse déclaration intentionnelle ou de mauvaise foi dans sa demande d'enregistrement, le propriétaire de la marque de commerce déposée n'est pas responsable des dommages-intérêts accumulés avant la radiation de sa marque de commerce. En l'espèce, l'intimée pouvait invoquer que ses enregistrements étaient protégés jusqu'au moment où la Cour fédérale a radié ses marques de commerce du registre.

En 2017, la Cour d'appel fédérale a tiré une conclusion distincte selon laquelle l'intimée était responsable de la commercialisation trompeuse, en contravention de l'alinéa 7b) de la Loi. Elle n'a pas fait la distinction entre les dommages-intérêts découlant de la contrefaçon et les dommages-intérêts découlant de la commercialisation trompeuse. La contrefaçon (article 20 de la Loi) et la commercialisation trompeuse (alinéa 7b) de la Loi) sont des causes d'action distinctes. La cause d'action en commercialisation trompeuse relevant de l'alinéa 7b) de la Loi est une codification du délit de commercialisation trompeuse en common law. Elle permet à une partie propriétaire d'une marque de commerce non enregistrée d'intenter une action en réparation en vertu de la Loi. Dans l'arrêt *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, la Cour suprême a conclu que l'action en commercialisation trompeuse relevant de l'alinéa 7b) de la Loi protège les intérêts dans les marques de commerce non déposées. L'arrêt *Kirkbi* indique, sans trancher la question, que le propriétaire d'une marque de commerce déposée ne peut pas se prévaloir de l'alinéa 7b) de la Loi pour protéger sa marque de commerce. Il peut recourir aux procédures en contrefaçon ou aux procédures en radiation. Ce point a été établi encore plus clairement dans l'arrêt *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée*. En l'espèce, si la commercialisation trompeuse dont se sont plaintes les appelantes a eu lieu au moment où les dépôts de l'intimée étaient en vigueur, la jurisprudence, comme l'affaire *Oland*, indique que les dépôts des marques de commerce constituent un moyen de défense complet à l'encontre de l'action en commercialisation trompeuse. Pour ce motif, les parties du jugement rendu par la Cour en 2017 ayant conclu à la commercialisation trompeuse ne devraient pas faire autorité dans de futurs cas.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 153.
Trademarks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 7(b), 18(1), 19, 20, 21, 32, 53.2(1), 57(1), 67.

CASES CITED

NOT FOLLOWED:

Wenger S.A. v. Travel Way International Inc., 2017 FCA 215, 151 C.P.R. (4th) 295 (as to passing off).

APPLIED:

Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée (2002), 59 O.R. (3d) 607, 214 D.L.R. (4th) 473 (C.A.).

CONSIDERED:

Wenger S.A. v. Travel Way International Inc., 2017 FCA 215, 151 C.P.R. (4th) 295; *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824; *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*, 2007 FCA 258, [2008] 2 F.C.R. 132; *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302.

REFERRED TO:

Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc., 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 FCA 263, 308 N.R. 152; *Concierge Connection Inc. v. Venngo Inc.*, 2015 FCA 215, 140 C.P.R. (4th) 325.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 1104, 168 C.P.R. (4th) 1, revg 2016 FC 347, 142 C.P.R. (4th) 120) ordering the expungement of the respondent's registered trademarks and dismissing the appellants' claim for damages. Appeal allowed.

APPEARANCES

Brendan van Niejenhuis and Andrea Gonsalves for appellants.
Bob H. Sotiriadis and Barry Gamache for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Stockwoods LLP, Toronto, for appellants Groupe III International Ltd. and Holiday Group Inc.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 7b), 18(1), 19, 20, 21, 32, 53.2(1), 57(1), 67.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 153.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION NON SUIVIE :

Wenger S.A. c. Travel Way International Inc., 2017 CAF 215 (en ce qui concerne la commercialisation trompeuse).

DÉCISION APPLIQUÉE :

Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée (2002), 59 O.R. (3d) 607, 214 D.L.R. (4th) 473 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Wenger S.A. c. Travel Way International Inc., 2017 CAF 215; *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824; *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.*, 2007 CAF 258, [2008] 2 R.C.F. 132; *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302.

DÉCISIONS CITÉES :

Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc., 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 CAF 263; *Concierge Connection Inc. c. Venngo Inc.*, 2015 CAF 215.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1104, infirmant 2016 CF 347) ordonnant la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée et rejetant la demande de dommages-intérêts des appelantes. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Brendan van Niejenhuis et Andrea Gonsalves pour les appelantes.
Bob H. Sotiriadis et Barry Gamache pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Stockwoods LLP, Toronto, pour les appelantes Groupe III International Ltd. et Holiday Group Inc.

Currier+Kao LLP, Toronto, for appellant
Wenger S.A.
ROBIC LLP, Montréal, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

RIVOALEN J.A.:

I. Introduction

[1] The appellants appeal the judgment of the Federal Court (*per* St. Louis, J.) rendered on August 29, 2019 (2019 FC 1104, 168 C.P.R. (4th) 1) ordering the expungement of the respondent's registered trademarks and dismissing the appellants' claim for damages.

[2] This is the second appeal involving the appellants' application for relief under the *Trademarks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (the Act).

[3] In 2013, the appellants brought an application before the Federal Court against the respondent for infringement of the appellants' registered trademarks and passing off. In 2016, the Federal Court dismissed the application (2016 FC 347, 142 C.P.R. (4th) 120). The appellants appealed that decision.

[4] In 2017, this Court allowed the appeal and granted the following relief: (i) a declaration that the respondent infringed the appellants' registered trademarks; (ii) a permanent injunction against the respondent; and, (iii) an order that the respondent destroy or deliver up to the appellants all wares, packages, labels and advertising materials marked with the trademarks in its possession, power or control (2017 FCA 215, 151 C.P.R. (4th) 295). In addition to this relief, this Court referred two remedial issues to the Federal Court for further adjudication. The issues were whether it is appropriate for the Federal Court to order the striking out of the respondent's trademarks from the Register pursuant to subsection 57(1) of the Act and whether damages are recoverable under subsection 53.2(1) of the Act. If recoverable, the Federal Court was to consider the amount of damages and the appropriate procedure for determining them.

Currier+Kao LLP, Toronto, pour l'appelante
Wenger S.A.
ROBIC LLP, Montréal, pour l'intimée.

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

LA JUGE RIVOALEN, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Les appelantes interjettent appel d'une décision de la Cour fédérale (la juge St-Louis) rendue le 29 août 2019 (2019 CF 1104) ordonnant la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée et rejetant la demande de dommages-intérêts des appelantes.

[2] Il s'agit ici du second appel des appelantes visant à obtenir réparation en application de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi).

[3] En 2013, les appelantes ont présenté une demande à la Cour fédérale à l'encontre de l'intimée pour contrefaçon de ses marques de commerce enregistrées et pour commercialisation trompeuse. En 2016, la Cour fédérale a rejeté la demande (2016 CF 347). Les appelantes ont interjeté appel à l'égard de cette décision.

[4] En 2017, notre Cour a accueilli l'appel et a accordé les mesures de réparation suivantes : (i) un jugement déclaratoire voulant que l'intimée avait contrefait les marques de commerce enregistrées des appelantes; (ii) une injonction permanente interdisant à l'intimée de contrefaire les marques; et (iii) une ordonnance exigeant que l'intimée détruise ou remette aux appelantes toutes les marchandises, tous les emballages, toutes les étiquettes ainsi que tout le matériel publicitaire portant les marques qui sont en sa possession ou sous son contrôle (2017 CAF 215). En plus de ces mesures de réparation, notre Cour a renvoyé devant la Cour fédérale, aux fins de nouvelle adjudication, deux questions relatives à la réparation. Il s'agissait de savoir s'il était approprié que la Cour fédérale ordonne la radiation des marques de commerce de l'intimée du registre conformément au paragraphe 57(1) de la Loi, et si des dommages-intérêts pouvaient être recouverts au titre du paragraphe 53.2(1) de la Loi. Si des dommages-intérêts

[5] In 2019, the Federal Court heard the two remedial issues and granted a judgment for the expungement of the respondent's registered trademarks but dismissed the appellants' claim for damages. The respondent has not appealed the judgment striking out its registered trademarks. The appeal before this Court focuses solely on the Federal Court's judgment and reasons dismissing the appellants' claim for monetary compensation (the Federal Court reasons).

[6] Relying on section 19 of the Act, the Federal Court determined that the appellants were precluded from obtaining damages for pre-expungement use of the infringing trademarks. The Federal Court found that because the respondent had registered trademarks, it was entitled to the benefit and rights conferred under section 19 of the Act until this Court found the registered trademarks to be invalid in 2017.

[7] The Federal Court confirmed, at paragraph 37 of its reasons, that "no decision following a trademark expungement has ever awarded damages for the past". It relied on Justice Binnie's *obiter dicta* expressed in *Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824 (*Veuve Clicquot*), at paragraph 16, to support this position, as well as this Court's decision in *Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.*, 2007 FCA 258, [2008] 2 F.C.R. 132 (*Remo*). In *Remo*, this Court rejected the submission that the appellant's registration was void *ab initio*, as the registration was not obtained by misrepresentation or in bad faith (*Remo*, at paragraph 110).

[8] The Federal Court also held, at paragraph 43 of its reasons, that there was no basis to find the respondent's registered trademarks invalid *ab initio*, that is, as if they had never been properly registered or existed at all. In *obiter*, the Federal Court indicated that in the event it was

pouvaient être recouverts, la Cour fédérale devait se prononcer sur le montant des dommages et sur la procédure appropriée pour les fixer.

[5] En 2019, la Cour fédérale a entendu les deux questions relatives à la réparation et a rendu un jugement dans lequel elle a ordonné la radiation des marques de commerce enregistrées de l'intimée, mais a rejeté la demande de dommages-intérêts des appelantes. L'intimée n'a pas interjeté appel à l'égard du jugement ayant radié ses marques de commerce enregistrées. L'appel dont la Cour est saisie ne vise que les jugement et motifs de la Cour fédérale rejetant la demande d'indemnisation pécuniaire présentée par les appelantes (motifs de la Cour fédérale).

[6] Se fondant sur l'article 19 de la Loi, la Cour fédérale a conclu que les appelantes ne pouvaient pas obtenir de dommages-intérêts pour l'emploi des marques de commerce contrefaites avant leur radiation. La Cour fédérale a conclu que, parce que l'intimée avait enregistré les marques de commerce déposées, elle avait droit aux avantages et aux droits conférés par l'article 19 de la Loi, jusqu'à ce que notre Cour conclue à l'invalidité des marques de commerce déposées en 2017.

[7] Au paragraphe 37 de ses motifs, la Cour fédérale a confirmé que « jamais des dommages n'ont été accordés pour le passé dans une décision emportant la radiation d'une marque de commerce ». La Cour s'est fondée sur l'opinion incidente du juge Binnie, exprimée dans l'arrêt *Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Cliquot Ltée*, 2006 CSC 23, [2006] 1 RCS 824 (*Veuve Clicquot*), au paragraphe 16 pour appuyer cette thèse, de même que sur l'arrêt de notre Cour intitulé *Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars limited*, 2007 CAF 258, [2008] 2 R.C.F. 132 (*Remo*). Dans l'arrêt *Remo*, notre Cour n'a pas retenu l'observation selon laquelle l'enregistrement de l'appelante était nul *ab initio*, puisque l'appelante n'avait fait aucune fausse déclaration et n'avait pas agi de mauvaise foi au moment de l'enregistrement (*Remo*, au paragraphe 110).

[8] La Cour fédérale a également conclu, au paragraphe 43 de ses motifs, à l'absence de circonstances qui permettraient de déclarer les marques de commerce déposées de la défenderesse invalides *ab initio*, comme si elles n'avaient jamais été dûment enregistrées ou n'avaient

wrong, it would award the appellants an accounting of profits to be quantified by way of reference under rule 153 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules).

[9] In this appeal, the appellants submit that the Federal Court erred and should have found that the infringing marks have always been invalid and never registrable, therefore disentitling the respondent from relying on section 19 and entitling the appellants to financial compensation from the moment the respondent started using the infringing trademarks.

II. Standard of Review

[10] This appeal raises a question of law. The standard of review is correctness (see *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at paragraph 102 and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235).

III. The Legislative Framework

[11] Although in Canada trademarks do not need to be registered to be protected under the Act, one of the central features of the Act is its scheme of registration. Parliament chose to protect trademarks through a robust registration process. The Registrar of Trademark's core duties include the receipt of applications to register trademarks and the processing of those applications. Applications for trademarks are advertised in the manner prescribed in the regulations to allow potentially interested parties notice of the pending application. Indeed, the bulk of the Act deals with the administrative structure for registration, requirements for registration, and remedies for the infringement of registered trademarks. In the case before this Court, the respondent's trademarks were registered in accordance with the scheme of registration specified in the Act.

jamais existé. Dans une remarque incidente, la Cour fédérale a indiqué qu'au cas où elle aurait tort, elle accorderait aux appelantes la restitution des bénéfices, dont la quantification se ferait par ordonnance de renvoi, conformément à la règle 153 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles).

[9] Dans le présent appel, les appelantes soutiennent que la Cour fédérale a commis une erreur et qu'elle aurait dû conclure que les marques contrefaites ont toujours été invalides et qu'elles n'ont jamais été enregistrables, privant ainsi l'intimée du droit d'invoquer l'article 19 et leur donnant droit à une indemnisation à compter du moment où l'intimée a commencé à employer les marques de commerce contrefaites.

II. Norme de contrôle

[10] Le présent appel soulève une question de droit. La norme de contrôle qui s'applique est celle de la décision correcte (voir *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, au paragraphe 102 et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235).

III. Cadre législatif

[11] Bien qu'au Canada, il ne soit pas nécessaire que les marques de commerce soient enregistrées pour être protégées par la Loi, l'une des caractéristiques principales de la Loi est son régime d'enregistrement. Le législateur a choisi de protéger les marques de commerce au moyen d'un processus d'enregistrement rigoureux. Les fonctions essentielles du registraire des marques de commerce comprennent la réception des demandes d'enregistrement des marques de commerce et le traitement de ces demandes. Les demandes d'enregistrement de marques de commerce sont annoncées de la manière prescrite par règlement afin de permettre aux éventuelles parties intéressées d'être avisées de la demande en cours. En fait, une grande partie de la Loi porte sur la structure administrative de l'enregistrement, les exigences relatives à l'enregistrement et les recours en contrefaçon de marques de commerce déposées. En l'espèce, les marques de commerce de l'intimée ont été enregistrées en conformité avec le régime d'enregistrement prévu par la Loi.

[12] Once registered, a trademark is presumed to be valid pursuant to section 19 of the Act. The section confers on the owner of the registered trademark the exclusive right to use the mark. It reads as follows:

Rights conferred by registration

19 Subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trademark in respect of any goods or services, unless shown to be invalid, gives to the owner of the trademark the exclusive right to the use throughout Canada of the trademark in respect of those goods or services.

[13] In the case before us, after the trademarks were registered, this Court found the respondent's trademarks were confusing with each of the appellants' trademarks. The Federal Court thereafter considered subsection 18(1) of the Act to determine the grounds upon which the registration of the trademarks could be invalidated. The subsection reads as follows:

When registration invalid

18 (1) The registration of a trademark is invalid if

- (a) the trademark was not registrable at the date of registration;
- (b) the trademark is not distinctive at the time proceedings bringing the validity of the registration into question are commenced;
- (c) the trademark has been abandoned;
- (d) subject to section 17, the applicant for registration was not the person entitled to secure the registration; or
- (e) the application for registration was filed in bad faith.

[14] Subsection 53.2(1) of the Act sets out the powers of the Court seized of an application for trademark infringement to grant relief. It confers upon the Court a wide discretion with respect to making orders that it considers appropriate in the circumstances, including remedies to an interested person who has successfully proven a contravention of the Act. Subsection 53.2(1) reads as follows:

[12] Une fois enregistrée, une marque de commerce est réputée valide aux termes de l'article 19 de la Loi. Cet article confère au propriétaire de la marque de commerce déposée le droit exclusif à l'emploi de la marque. Il est rédigé comme suit :

Droits conférés par l'enregistrement

19 Sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce à l'égard de produits ou services, sauf si son invalidité est démontrée, donne au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne ces produits ou services.

[13] En l'espèce, après l'enregistrement des marques de commerce, notre Cour a conclu que les marques de commerce de l'intimée créaient de la confusion avec chacune des marques de commerce des appelantes. La Cour fédérale a alors examiné le paragraphe 18(1) de la Loi pour décider des motifs pour lesquels l'enregistrement des marques de commerce pouvait être invalidé. Le paragraphe est rédigé comme suit :

Quand l'enregistrement est invalide

18 (1) L'enregistrement d'une marque de commerce est invalide dans les cas suivants :

- a) la marque de commerce n'était pas enregistrable à la date de l'enregistrement;
- b) la marque de commerce n'est pas distinctive à l'époque où sont entamées les procédures contestant la validité de l'enregistrement;
- c) la marque de commerce a été abandonnée;
- d) sous réserve de l'article 17, l'auteur de la demande n'était pas la personne ayant droit d'obtenir l'enregistrement;
- e) la demande d'enregistrement a été produite de mauvaise foi.

[14] Le paragraphe 53.2(1) de la Loi établit les pouvoirs de la Cour saisie d'une action en contrefaçon d'une marque de commerce d'accorder une réparation. Il confère à la Cour un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'elle rend des ordonnances qu'elle juge appropriées dans les circonstances, y compris le pouvoir d'accorder des réparations aux personnes intéressées qui sont parvenues à démontrer

Power of court to grant relief

53.2 (1) If a court is satisfied, on application of any interested person, that any act has been done contrary to this Act, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances, including an order providing for relief by way of injunction and the recovery of damages or profits, for punitive damages and for the destruction or other disposition of any offending goods, packaging, labels and advertising material and of any equipment used to produce the goods, packaging, labels or advertising material.

IV. The Appellants' Submissions

A. *Subsection 53.2(1) of the Act*

[15] The appellants emphasize that this Court made findings of trademark infringement and passing off. Consequently, they rely on the principles set out in *Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 FCA 263, 308 N.R. 152, at paragraph 14, and argue that there must be a compelling, just and principled reason for the Federal Court to depart from an applicant's ordinary expectation of compensation for infringement and passing off.

[16] The appellants submit that the law of trademarks and passing off serves dual purposes. It protects public confidence in channels of trade and the source of goods: when consumers purchase a product bearing a particular mark, they ought to have confidence they are getting the product they want. Trademark law also protects the private commercial interests of trademark owners: an owner who invests in resources in developing a mark and building goodwill can be confident its investment is protected from misappropriation. The appellants reason that because of the blended public and private interest purposes described above, the remedies available under subsection 53.2(1) of the Act are discretionary. This allows the Court to ensure that it does not grant a remedy that, while serving an applicant's private interests, may be contrary to the public interest.

une contravention à la Loi. Le paragraphe 53.2(1) est rédigé comme suit :

Pouvoir du tribunal d'accorder une réparation

53.2 (1) Lorsqu'il est convaincu, sur demande de toute personne intéressée, qu'un acte a été accompli contrairement à la présente loi, le tribunal peut rendre les ordonnances qu'il juge indiquées, notamment pour réparation par voie d'injonction ou par recouvrement de dommages-intérêts ou de profits, pour l'imposition de dommages punitifs, ou encore pour la disposition par destruction ou autrement des produits, emballages, étiquettes et matériel publicitaire contrevenant à la présente loi et de tout équipement employé pour produire ceux-ci.

IV. Les observations des appelantes

A. *Paragraphe 53.2(1) de la Loi*

[15] Les appelantes soulignent le fait que la Cour a conclu à une contrefaçon des marques de commerce et à une commercialisation trompeuse. Elles se fondent sur les principes énoncés dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.*, 2003 CAF 263, au paragraphe 14, et soutiennent que la Cour fédérale doit avoir des raisons impérieuses, justes et fondées sur des principes pour s'écarter des attentes légitimes qu'un demandeur peut avoir en matière d'indemnisation pour contrefaçon et commercialisation trompeuse.

[16] Les appelantes soutiennent que le droit en matière de marques de commerce et de commercialisation trompeuse sert deux objectifs. Il préserve la confiance du public dans les voies de commercialisation et la source des biens : lorsque le consommateur achète un produit arborant une marque particulière, il doit être convaincu qu'il reçoit le produit qu'il veut avoir. Le droit en matière de marques de commerce protège également les intérêts commerciaux privés des propriétaires de marques de commerce : un propriétaire qui investit dans des ressources en vue de développer une marque et de faire connaître son produit doit être assuré que son investissement est protégé contre une appropriation illicite. Les appelantes soutiennent qu'en raison des objectifs d'intérêt public et privé susmentionnés, les mesures de réparation prévues au paragraphe 53.2(1) de la Loi sont de nature discrétionnaire. Cela permet à la Cour de s'assurer de ne pas accorder une

[17] The appellants recognize that subsection 53.2(1) of the Act provides discretion to the Court to craft a remedy that is appropriate in the circumstances of the case before it, and that accordingly, monetary compensation does not *automatically* flow from any contravention of the Act. However, they submit that an owner of a trademark whose commercial interests have been harmed, or at whose expense a wrongful benefit has been obtained, ordinarily should be entitled to a monetary remedy.

B. *Section 19 of the Act*

[18] Turning to section 19 of the Act, the Federal Court, at paragraph 43 of its reasons, found that circumstances that would allow for an expungement *ab initio* are not in play in this case and therefore section 19 of the Act protects the respondent from paying monetary compensation for damages arising prior to the expungement of the registered trademark.

[19] The appellants argue that in 2017, this Court found the respondent liable for infringement and passing off. The finding of passing off, contrary to paragraph 7(b) of the Act, necessarily implies that the respondent's trademarks were invalid. The appellants also point to paragraph 23 of the Federal Court reasons confirming this conclusion.

[20] The appellants submit therefore that the respondent's trademarks being invalid, it was not entitled to the benefits conferred under section 19 of the Act. They submit that a review of the text and explicit wording of section 19 of the Act make clear that it cannot confer rights where a registration is invalid. They emphasize that the words "unless shown to be invalid" give the trademark owner the exclusive right to use the mark in Canada unless a Court finds that mark to be invalid. The provision does not use the words "until shown to be invalid" or "despite its invalidity" or "until expunged from the register", and accordingly, the appellants submit that it cannot be

réparation qui servirait les intérêts privés d'un demandeur, mais qui pourrait être contraire à l'intérêt public.

[17] Les appelantes reconnaissent que le paragraphe 53.2(1) de la Loi confère à la Cour le pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation appropriée dans les circonstances de l'affaire dont elle est saisie et que, par conséquent, une contravention à la Loi n'entraîne pas automatiquement une indemnisation. Elles affirment cependant que le propriétaire d'une marque de commerce dont les intérêts commerciaux ont été lésés ou aux dépens de qui un avantage injustifié a été obtenu devrait habituellement avoir droit à une réparation pécuniaire.

B. *Article 19 de la Loi*

[18] En ce qui concerne l'article 19 de la Loi, la Cour fédérale a conclu, au paragraphe 43 de ses motifs, que les circonstances qui permettraient de déclarer les enregistrements nuls *ab initio* n'existent pas en l'espèce, et que par conséquent, selon l'article 19 de la Loi, l'intimée n'est pas tenue de verser d'indemnisation au titre de dommages qui ont pris naissance avant la radiation de la marque de commerce déposée.

[19] Les appelantes soutiennent qu'en 2017, notre Cour a conclu que l'intimée était responsable de la contrefaçon et de la commercialisation trompeuse. La conclusion de commercialisation trompeuse, commise en contravention de l'alinéa 7b) de la Loi, suppose nécessairement que les marques de commerce de l'intimée étaient invalides. Les appelantes invoquent également le paragraphe 23 des motifs de la Cour fédérale qui confirme cette conclusion.

[20] Les appelantes font donc valoir que les marques de commerce de l'intimée sont invalides et qu'elle n'avait pas droit aux avantages conférés par l'article 19 de la Loi. Elles soutiennent qu'il ressort clairement de l'examen du texte et du libellé explicite de l'article 19 de la Loi qu'un droit ne peut être conféré lorsque l'enregistrement est invalide. Elles insistent sur le fait que l'expression « sauf si son invalidité est démontrée » confère au propriétaire de la marque de commerce le droit exclusif à l'emploi de la marque au Canada sauf si la Cour conclut que la marque est invalide. Les expressions « jusqu'à ce son invalidité soit démontrée » ou « malgré son invalidité » ou encore

properly interpreted as granting rights where a registration was not proper in the first place.

[21] Finally, the appellants argue that section 19 confers the rights of registration on a trademark only if the registration is valid. They admit that avoiding unfairness to a respondent in some factual circumstances may well permit reliance on an invalid registration and on section 19 to inform the court's exercise of its discretion to fashion an appropriate remedy. However, they submit that a rational construction of section 19's words cannot support an absolute bar on damages for pre-expungement use of an infringing trademark.

C. Invalidity and Subsection 18(1) of the Act

[22] The appellants rely on subsection 18(1) of the Act to declare that the respondent's trademarks are invalid. They do not rely on any common law grounds of invalidity.

[23] Before the Federal Court, the respondent conceded that its trademarks were invalid under paragraphs 18(1)(b) and (d). The Federal Court declined to consider whether or not the registrations of the respondent's trademarks were invalid under paragraph 18(1)(a).

[24] The appellants urge this Court to do a purposive analysis of subsection 18(1) of the Act. The appellants say that this Court's findings of infringement and passing off in 2017 clearly establish that the registrations of the respondent's trademarks are invalid under each of paragraphs 18(1)(a), (b) and (d).

[25] The appellants argue that a finding of invalidity under paragraphs 18(1)(a) or (d) is invalidity *ab initio*. In other words, they say that the registration was invalid from the very moment it was registered. Because the law "is

« jusqu'à ce qu'elle soit radiée du registre » ne figurent pas dans la disposition et, par conséquent, les appelantes soutiennent qu'on ne peut interpréter cette disposition de façon à accorder des droits alors que l'enregistrement n'était pas conforme au départ.

[21] Enfin, selon les appelantes, l'article 19 confère des droits d'enregistrement à l'égard d'une marque de commerce seulement si l'enregistrement est valide. Elles reconnaissent que, pour qu'un intimé ne subisse pas une injustice dans certaines circonstances factuelles, il est permis de se fonder sur un enregistrement invalide et d'invoquer l'article 19 pour guider la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation appropriée. Elles soutiennent cependant qu'une interprétation rationnelle du libellé de l'article 19 ne peut étayer une interdiction absolue d'obtenir des dommages-intérêts pour l'emploi des marques de commerce contrefaites avant leur radiation.

C. Invalidité et paragraphe 18(1) de la Loi

[22] Les appelantes invoquent le paragraphe 18(1) de la Loi pour faire déclarer que les marques de commerce de l'intimée sont invalides. Elles ne se fondent pas sur les motifs d'invalidité en common law.

[23] Devant la Cour fédérale, l'intimée a reconnu que ses marques de commerce étaient invalides aux termes des alinéas 18(1)b) et d). La Cour fédérale a refusé d'examiner la question de savoir si les enregistrements des marques de commerce de l'intimée étaient invalides selon l'alinéa 18(1)a).

[24] Les appelantes demandent à la Cour d'effectuer une analyse téléologique du paragraphe 18(1) de la Loi. Elles mentionnent que les conclusions tirées par notre Cour sur la contrefaçon et la commercialisation trompeuse en 2017 établissent clairement que les enregistrements des marques de commerce de l'intimée étaient invalides aux termes de chacun des alinéas 18(1)a), b) et d).

[25] Elles soutiennent qu'une conclusion d'invalidité aux termes de l'alinéa 18(1)a) ou d) est une invalidité *ab initio*. Autrement dit, elles affirment que l'enregistrement était invalide à partir du moment même où les marques

always speaking”, they say that a finding of invalidity under paragraphs 18(1)(a) or (d) means that the registrations of the respondent’s trademarks have never been valid.

[26] They submit that not all grounds under subsection 18(1) lead to invalidity *ab initio*. The different grounds relate to different dates of invalidity and each must be applied on its own terms. A registration that is invalid under paragraphs 18(1)(a) (unregistrability) or (d) (non-entitlement) is invalid from the moment it is granted. In contrast, they say that the relevant date for invalidity under paragraph 18(1)(b) (distinctiveness) is the time proceedings are commenced. Similarly, a validly registered trademark may become invalid at a later date under paragraph 18(1)(c) if it has been abandoned. In those circumstances, the appellants argue that a respondent that has used its trademark will have done nothing unlawful up until a certain point in time.

[27] The appellants submit that the foregoing analysis is supported by the accepted principles of statutory interpretation, and reflects the Act’s text, context and purpose.

D. Remo and Veuve Clicquot

[28] Finally, the appellants argue that *Remo* is a complicated case involving a highly unusual factual and legal situation. The decision is properly understood as an exercise of the Court’s remedial discretion to achieve a just result in the odd circumstances of that case, which are distinguishable from the facts in the present case. In the *Remo* case, this Court raised serious doubts about the trial judge’s finding that the plaintiff was liable for passing off, however, that order had not been appealed. Furthermore, in *Remo*, this Court was satisfied that Remo had been unaware of the defendant’s existence, and questioned how it could be said that Remo had “engaged in a willful or negligent misrepresentation creating confusion in the public” (*Remo*, at paragraph 92).

ont été enregistrées. Parce que la [TRADUCTION] « règle de droit a vocation permanente », elles indiquent qu’une conclusion d’invalidité aux termes de l’alinéa 18(1)a ou d) signifie que les enregistrements des marques de commerce de l’intimée n’ont jamais été valides.

[26] Selon les appelantes, tous les motifs énoncés au paragraphe 18(1) n’entraînent pas une invalidité *ab initio*. Les différents motifs concernent des dates d’invalidité différentes, et chacun d’eux doit être appliqué dans son propre contexte. Un enregistrement qui est invalide selon l’alinéa 18(1)a) (non enregistrable) ou d) (l’auteur de la demande n’était pas la personne ayant droit d’obtenir l’enregistrement) est invalide à partir du moment où il est accordé. En revanche, les appelantes mentionnent que la date d’invalidité à retenir selon l’alinéa 18(1)b) (caractère distinct) est celle où l’instance a été introduite. De même, une marque de commerce valablement enregistrée, mais abandonnée, est susceptible de devenir invalide à une date ultérieure aux termes de l’alinéa 18(1)c). Dans ces circonstances, les appelantes soutiennent qu’un intimé qui a employé sa marque de commerce n’aurait rien fait d’illégal jusqu’à un certain moment.

[27] Selon les appelantes, l’analyse qui précède est étayée par les principes admis d’interprétation législative et tient compte du libellé, du contexte et de l’objet de la Loi.

D. Remo et Veuve Clicquot

[28] Enfin, les appelantes soutiennent que l’arrêt *Remo* est une affaire complexe ayant trait à une situation factuelle et juridique très inhabituelle. L’arrêt est considéré à juste titre comme un exercice du pouvoir discrétionnaire de réparation de la Cour en vue d’en arriver à un résultat juste dans les circonstances singulières de cette affaire, qui sont distinctes des faits de l’espèce. Dans l’arrêt *Remo*, la Cour a soulevé des doutes sérieux sur la conclusion tirée par le juge de première instance voulant que l’appelante soit responsable d’une commercialisation trompeuse. Cette ordonnance n’avait cependant pas été portée en appel. De plus, dans l’arrêt *Remo*, notre Cour a conclu que Remo ne connaissait pas l’existence de la défenderesse, et s’est demandé comment il était possible de dire que Remo « a[vait] fait de fausses déclarations délibérément ou par négligence, créant ainsi de la confusion dans l’esprit du public » (*Remo*, au paragraphe 92).

[29] The appellants argue that the *obiter dicta* from Justice Binnie in *Veuve Clicquot* simply points to a possible argument that a defendant could advance when a plaintiff puts the validity of the defendant's registrations in issue and seeks expungement. Were the plaintiff to be successful in obtaining expungement, Justice Binnie noted that "no doubt the respondents could argue that they ought not to be liable to pay compensation attributable to the period during which their own registrations were in effect" (*Veuve Clicquot*, at paragraph 16).

V. Analysis

A. *Infringement*

[30] In 2017, the appellants were successful in their appeal with respect to their application for infringement under paragraph 20(1)(a) of the Act. Accordingly, this Court granted a declaration of infringement, exercised its discretion under subsection 53.2(1) of the Act, granted a permanent injunction and ordered the destruction of the respondent's offending goods.

[31] Subsequently, the Federal Court found the respondent's registered trademarks invalid under paragraphs 18(1)(b) and (d) of the Act and ordered that the registrations be expunged. It did not order damages.

B. *Section 19*

[32] Under section 19 of the Act, and subject to sections 21, 32 and 67, the registration of a trademark, unless shown to be invalid, gives the owner the exclusive right to the use throughout Canada of the trademark in respect of the wares or services mentioned in the registration.

[33] The administrative scheme established under the Act highlights the specialized and comprehensive nature of the trademark registration process. I am of the view that the integrity of the administrative scheme is critical and underscores the importance of section 19 of the Act. Once the owner obtains the certificate of registration, the

[29] Les appelantes soutiennent que la remarque incidente du juge Binnie dans l'arrêt *Veuve Clicquot* souligne simplement la possibilité d'un argument sur lequel un défendeur pourrait s'appuyer lorsqu'un demandeur met en cause la validité des enregistrements du défendeur et cherche à les faire radier. Si le demandeur avait gain de cause et obtenait la radiation des inscriptions, le juge Binnie a fait remarquer que « les intimées pourraient assurément plaider qu'elles ne devraient pas être tenues de verser une indemnité pour la période pendant laquelle leurs propres inscriptions étaient en vigueur » (*Veuve Clicquot*, au paragraphe 16).

V. Analyse

A. *Contrefaçon*

[30] En 2017, les appelantes ont eu gain de cause dans leur appel concernant leur action en contrefaçon au titre de l'alinéa 20(1)a) de la Loi. Par conséquent, notre Cour a accordé une déclaration de contrefaçon, a exercé son pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 53.2(1) de la Loi, a accordé une injonction permanente et a ordonné la destruction du matériel de l'intimée contrevenant à la Loi.

[31] Par la suite, la Cour fédérale a conclu que les marques de commerce déposées de l'intimée étaient invalides aux termes des alinéas 18(1)b) et d) de la Loi et a ordonné que les enregistrements soient radiés. Elle n'a pas ordonné le versement de dommages-intérêts.

B. *Article 19*

[32] Aux termes de l'article 19 de la Loi et sous réserve des articles 21, 32 et 67, l'enregistrement d'une marque de commerce, sauf si son invalidité est démontrée, confère au propriétaire le droit exclusif à l'emploi de celle-ci, dans tout le Canada, en ce qui concerne les produits ou services mentionnés dans l'enregistrement.

[33] Le régime administratif établi par la Loi met en lumière la nature spécialisée et exhaustive du processus d'enregistrement des marques de commerce. Je suis d'avis que l'intégrité du régime administratif est essentielle et souligne l'importance de l'article 19 de la Loi. Une fois que le propriétaire obtient un certificat d'enregistrement,

protection afforded to the registered trademark under section 19 of the Act is essential for the proper functioning of the trademark system and trademark law overall. There are policy reasons for this protection. It serves to protect the public as well as the owners of trademarks by affording transparency, stability and certainty of the trademark system in Canada.

[34] The equivalent protection of section 19 is not available in other statutes governing intellectual property law in Canada. In that regard, trademark law is distinct from patent law and copyright law. Therefore, I conclude that there are sound reasons why the use of a registered trademark does not give rise to liability in damages or profits for the period arising prior to it being struck from the Register because of the protection afforded to it under section 19 of the Act.

C. Subsection 18(1)

[35] I cannot accept the arguments advanced by the appellants regarding their interpretation of subsection 18(1) of the Act and invalidity *ab initio*.

[36] When considering the grounds of invalidity under subsection 18(1) of the Act, each paragraph points to a time at which the determination of invalidity of the registered trademark is to be assessed. This determination of the point in time at which the invalidity of a registered trademark ought to be assessed is distinct from the determination of when a party may become liable for damages. In expungement proceedings under subsection 57(1) of the Act, liability for damages is engaged only after the Federal Court has struck out the trademark from the Register. Absent a finding of fraud, wilful misrepresentation or bad faith in the application for registration, the owner of the registered trademark is not liable for any damages accruing prior to the expungement of its trademark.

[37] If there is a finding of fraud, wilful misrepresentation or bad faith in the application for registration, the Court may very well find that the impugned trademark

la protection accordée à la marque de commerce déposée suivant l'article 19 de la Loi est essentielle au bon fonctionnement du système des marques de commerce et du droit des marques dans son ensemble. Des raisons de principe expliquent cette protection. Elle sert à protéger le public ainsi que les propriétaires de marques de commerce au moyen d'un système canadien de marques de commerce transparent, stable et fiable.

[34] D'autres lois régissant la propriété intellectuelle au Canada ne comportent pas de protection équivalente à celle prévue à l'article 19. À cet égard, le droit des marques est distinct du droit des brevets et du droit d'auteur. Je conclus donc que des raisons valables justifient que l'emploi d'une marque de commerce déposée n'entraîne pas de responsabilité en dommages-intérêts ou pour perte de profits pour la période précédant la radiation du registre de cette marque de commerce en raison de la protection conférée à cette marque par l'article 19 de la Loi.

C. Paragraphe 18(1)

[35] Je ne peux pas retenir les arguments invoqués par les appelantes concernant l'interprétation du paragraphe 18(1) de la Loi et l'invalidité *ab initio*.

[36] Lorsqu'on examine les motifs d'invalidité énoncés au paragraphe 18(1) de la Loi, chacun des alinéas indique le moment auquel la détermination de l'invalidité de la marque de commerce doit être évaluée. Cette détermination du moment auquel l'invalidité d'une marque de commerce doit être évaluée est distincte de la détermination du moment auquel une partie peut devenir responsable des dommages-intérêts. Dans les procédures de radiation fondées sur le paragraphe 57(1) de la Loi, la responsabilité en dommages-intérêts n'est engagée qu'après que la Cour fédérale a radié la marque de commerce du registre. En l'absence d'une conclusion de fraude, de fausse déclaration intentionnelle ou de mauvaise foi dans sa demande d'enregistrement, le propriétaire de la marque de commerce déposée n'est pas responsable des dommages-intérêts accumulés avant la radiation de sa marque de commerce.

[37] En cas d'une conclusion de fraude, de fausse déclaration intentionnelle ou de mauvaise foi dans la demande d'enregistrement, la Cour peut très bien conclure

was never validly registered. This Court has found that in order to obtain an *ab initio* invalidation of a registered trademark, it is necessary to show that the owner of the impugned trademark obtained the registration of the mark either by making a misrepresentation to the trademark office or misleading it in a material way (see *Concierge Connection Inc. v. Venngo Inc.*, 2015 FCA 215, 140 C.P.R. (4th) 325).

[38] In the present case, neither this Court nor the Federal Court made any such findings. The respondent could rely on its registrations as protection until such time as the Federal Court expunged its trademarks from the Register.

[39] In summary, as this Court found in *Remo* and as was implied in *Veuve Clicquot*, I am of the view that absent fraud, wilful misrepresentation or bad faith, the declaration of infringement does not render the respondent liable to pay damages or a loss of profits to compensate the appellants for the period during which the registrations were in effect.

D. *Passing off*

[40] In 2017, this Court made a separate finding that the respondent was liable for passing off, contrary to paragraph 7(b) of the Act. This Court did not distinguish between damages arising for infringement from damages arising for passing off.

[41] Infringement (section 20 of the Act) and passing off (paragraph 7(b) of the Act) are separate, distinct causes of action. Each may give rise to an order of damages. The remedies available for each depends on whether the impugned mark which gives rise to the proceeding is registered or not. In the case of infringement, damages are generally not available if the impugned mark is registered because of the effect of section 19, unless there is proof of fraud, wilful misrepresentation or bad faith in obtaining registration of the mark.

que la marque de commerce contestée n'a jamais été valablement enregistrée. Notre Cour a conclu que, pour obtenir l'invalidation *ab initio* d'une marque de commerce déposée, il est nécessaire de démontrer que le propriétaire de la marque de commerce contestée a obtenu l'enregistrement de la marque parce qu'il a fait, au bureau des marques de commerce, de fausses déclarations ou des déclarations frauduleuses portant sur des faits essentiels (*Concierge Connection Inc. c. Venngo Inc.*, 2015 CAF 215).

[38] En l'espèce, ni notre Cour ni la Cour fédérale n'ont tiré de telles conclusions. L'intimée pouvait invoquer que ses enregistrements étaient protégés jusqu'au moment où la Cour fédérale a radié ses marques de commerce du registre.

[39] En résumé, comme notre Cour l'a conclu dans l'arrêt *Remo* et tel qu'il ressortait implicitement de l'arrêt *Veuve Clicquot*, je suis d'avis qu'en l'absence de fraude, d'une fausse déclaration intentionnelle ou de mauvaise foi, aux termes de la déclaration de contrefaçon, l'intimée n'est pas tenue de verser des dommages-intérêts ou d'indemniser les appelantes pour la perte de profits pendant les périodes où les enregistrements étaient en vigueur.

D. *Commercialisation trompeuse*

[40] En 2017, notre Cour a tiré une conclusion distincte selon laquelle l'intimée était responsable de la commercialisation trompeuse, en contravention de l'alinéa 7b) de la Loi. Notre Cour n'a pas fait la distinction entre les dommages-intérêts découlant de la contrefaçon et les dommages-intérêts découlant de la commercialisation trompeuse.

[41] La contrefaçon (article 20 de la Loi) et la commercialisation trompeuse (alinéa 7b) de la Loi) sont des causes d'action distinctes. Chacune d'elles peut donner lieu à une ordonnance de dommages-intérêts. Les réparations prévues pour chacune de ces causes d'action dépendent de la question de savoir si la marque contestée à l'origine de l'instance est enregistrée ou non. La contrefaçon n'ouvre généralement pas droit à des dommages-intérêts si la marque contestée est enregistrée, en raison de l'effet de l'article 19, à moins d'une preuve de fraude, de fausse déclaration intentionnelle ou de mauvaise foi dans l'obtention de l'enregistrement de la marque.

[42] The cause of action for infringement exists to allow a party who owns a registered trademark to sue the owner of another trademark, whether registered or not, because the impugned trademark is confusing. The cause of action of passing off arising under paragraph 7(b) of the Act is a codification of the common law tort of passing off. It allows a party who owns an unregistered trademark to bring an action for relief under the Act.

[43] In *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.*, 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302 (*Kirkbi*), at paragraphs 25–26, the Supreme Court held that the action for passing off in paragraph 7(b) of the Act protects interests in unregistered trademarks:

... First, s. 7(b) is remedial; its purpose is to enforce the substantive aspects of the *Trade-marks Act* relating to unregistered trade-marks:

The tort of passing off is in many respects the equivalent cause of action for unregistered trade-marks as infringement [s. 20 of the Act] is to registered trade-marks. The overall legislative scheme of the *Trade-marks Act* is the protection, identification, and registration of trade-marks, whether registered or unregistered.

...

Second, the passing-off action protects unregistered trade-marks and goodwill enjoyed by the trade-marks. ... [My emphasis.]

[44] Thus, *Kirkbi* suggests, but does not decide, that the owner of a registered trademark cannot have recourse to paragraph 7(b) of the Act to protect its trademark. Its recourse is proceedings for infringement or expungement.

[42] La cause d'action en contrefaçon de marques de commerce existe pour permettre à une partie propriétaire d'une marque de commerce déposée d'intenter une action contre le propriétaire d'une autre marque de commerce, que cette marque soit déposée ou non, en raison de la confusion créée par la marque de commerce contestée. La cause d'action en commercialisation trompeuse relevant de l'alinéa 7b) de la Loi est une codification du délit de commercialisation trompeuse en common law. Elle permet à une partie propriétaire d'une marque de commerce non enregistrée d'intenter une action en réparation en vertu de la Loi.

[43] Dans l'arrêt *Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.*, 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302 (*Kirkbi*), aux paragraphes 25 et 26, la Cour suprême a conclu que l'action en commercialisation trompeuse relevant de l'alinéa 7b) de la Loi protège les intérêts dans les marques de commerce non déposées :

[...] Premièrement, l'al. 7b) est une disposition réparatrice qui a pour objet de mettre à exécution les aspects fondamentaux de la *Loi sur les marques de commerce* touchant les marques de commerce non déposées :

[TRADUCTION] À maints égards, le délit de commercialisation trompeuse représente, pour les marques de commerce non déposées, un droit d'action équivalent à celui que la violation [art. 20 de la Loi] représente pour les marques déposées. Le régime global de la Loi sur les marques de commerce consiste à protéger, à identifier et à enregistrer les marques de commerce, déposées ou non déposées.

[...]

Deuxièmement, l'action pour commercialisation trompeuse protège les marques de commerce non déposées ainsi que l'achalandage qui s'y rattache [...] [Non souligné dans l'original.]

[44] Ainsi, dans l'arrêt *Kirkbi*, la Cour indique, sans trancher la question, que le propriétaire d'une marque de commerce déposée ne peut pas se prévaloir de l'alinéa 7b) de la Loi pour protéger sa marque de commerce. Il peut recourir aux procédures en contrefaçon ou aux procédures en radiation.

[45] This point was made even more clearly in *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée* (2002), 59 O.R. (3d) 607, 214 D.L.R. (4th) 473 (C.A.) (*Oland*) which was cited in support of the conclusion on this issue in *Remo* and where both parties had registered trademarks, the Ontario Court of Appeal wrote [at paragraph 2]:

.... The appellant puts forward a series of arguments as to errors made by the trial judge in his analysis of the facts and law, some of which may have merit. However, it is unnecessary to analyze them because, in my view, the respondent holds the trump card. The respondent argues that, whatever the merits of the appellant's grounds of appeal, the trial judge made an initial and fundamental error by failing to conclude that the respondent's trade-mark registration was a complete answer to the plaintiff's claim [for passing off]. I agree.

[46] The Ontario Court of Appeal held that the respondent's trademark registration protected it from an action in passing off under paragraph 7(b) because of the effect of section 19 of the Act. As such, *Oland* is authority for the principle that registration by the respondent is a complete defence to an action in passing off.

[47] Therefore, in the present case, I am left to conclude that to the extent the passing off complained of by the appellants took place while the respondent's registrations were in force, the jurisprudence indicates that the registrations of the trademarks are a complete defence to the action of passing off. For this reason, I am of the view that the portions of this Court's 2017 decision finding passing off should not be followed as authority in future cases. However, as between the present parties, the respondent did not appeal the finding of passing off. Consequently, those findings have been fully determined and cannot be relitigated. Monetary compensation should be awarded based on this Court's 2017 decision on passing off.

[45] Ce point a été établi encore plus clairement dans l'arrêt *Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée* (2002), 59 O.R. (3d) 607, 214 D.L.R. (4th) 473 (C.A.) (*Oland*) qui a été cité dans l'arrêt *Remo* pour appuyer la conclusion tirée sur cette question et où les deux parties avaient des marques de commerce déposées. La Cour d'appel de l'Ontario a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] L'appelante avance une série d'arguments quant aux erreurs commises par le juge de première instance dans son analyse des faits et du droit, dont certaines erreurs peuvent avoir un certain fondement. Il n'est cependant pas nécessaire de les analyser, car je suis d'avis que l'intimée possède un atout majeur. L'intimée affirme que, sans égard au fondement des motifs d'appel de l'appelante, le juge de première instance a commis une erreur initiale et fondamentale en omettant de conclure que l'enregistrement de la marque de commerce de l'intimée répondait entièrement à l'action [en commercialisation trompeuse] de la demanderesse. Je suis du même avis.

[46] La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le dépôt de la marque de commerce de l'intimée protégeait cette marque d'une action pour commercialisation trompeuse commise en contravention de l'alinéa 7b) en raison de l'effet de l'article 19 de la Loi. Dans l'arrêt *Oland*, la Cour a donc établi le principe selon lequel le dépôt par l'intimée constitue un moyen de défense complet à l'encontre d'une action en commercialisation trompeuse.

[47] Par conséquent, en l'espèce, je dois conclure que, si la commercialisation trompeuse dont se plaignent les appelantes a eu lieu au moment où les dépôts de l'intimée étaient en vigueur, la jurisprudence indique que les dépôts des marques de commerce constituent un moyen de défense complet à l'encontre de l'action en commercialisation trompeuse. Pour ce motif, je suis d'avis que les parties du jugement rendu par notre Cour en 2017 ayant conclu à la commercialisation trompeuse ne devraient pas faire autorité dans de futurs cas. Toutefois, en ce qui concerne les parties aux présentes, l'intimée n'a pas interjeté appel de la conclusion de commercialisation trompeuse. Par conséquent, ces conclusions ont été entièrement établies et ne peuvent pas être débattues de nouveau. Une indemnisation doit être versée, selon la décision rendue par notre Cour en 2017, sur la commercialisation trompeuse.

[48] The Federal Court, at paragraph 52 of its reasons, found that if the appellants are entitled to recover profits, the quantum should be determined by way of reference, as further evidence would be needed on the issue of quantification. I agree. Having concluded that the finding of passing off was not appealed and that the doctrine of *res judicata* applies as between these parties on this point, I would allow the appeal and award the appellants an accounting of profits to be quantified by way of reference under rule 153 of the Rules.

VI. Conclusion

[49] For these reasons, I would allow the appeal with costs and award the appellants an accounting of profits to be quantified by way of reference under rule 153 of the Rules.

PELLETIER J.A.: I agree.

DE MONTIGNY J.A.: I agree

[48] Au paragraphe 52 de ses motifs, la Cour fédérale a conclu que « si les [appelantes] ont le droit de recouvrer les profits [...], le montant doit être fixé par renvoi, étant donné qu'il faudra des éléments de preuve supplémentaires pour l'évaluer ». Je suis du même avis. Ayant jugé que la conclusion de commercialisation trompeuse n'a pas été portée en appel et que le principe de la chose jugée s'applique entre ces parties sur ce point, j'accueillerais l'appel et j'accorderais aux appelantes la restitution des profits, dont la quantification se fera par renvoi suivant la règle 153 des Règles.

VI. Conclusion

[49] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens et j'accorderais aux appelantes la restitution des profits, dont la quantification se fera par renvoi suivant la règle 153 des Règles.

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

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

IMM-3925-19
2020 FC 1145

IMM-3925-19
2020 CF 1145

Ammar Ahmed Abugibba Mohamed (*Applicant*)

Ammar Ahmed Abugibba Mohamed (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

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

RÉPERTORIÉ : MOHAMED C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)

Federal Court, McHaffie J.—Toronto, February 20; Ottawa, December 11, 2020.

Cour fédérale, juge McHaffie—Toronto, 20 février; Ottawa, 11 décembre 2020.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision rejecting applicant's claim for refugee protection on grounds of credibility — Refugee Protection Division (RPD) finding applicant not credible for several reasons — RAD also refusing applicant's request to file additional documents on appeal, rejecting applicant's argument that his former counsel had given inadequate advice about evidence he should present to RPD — Applicant had claimed refugee protection before RPD because of alleged persecution in Sudan — Applicant arguing unfair for RAD to refuse his request to file new documents on credibility grounds without oral hearing; also arguing that both refusal of new documents, dismissal of his appeal on merits unreasonable — Whether RAD erring in refusing to admit evidence applicant put forward on appeal pursuant to Immigration and Refugee Protection Act, s. 110(4), in particular, whether unfair for RAD not to conduct oral hearing before making determinations regarding applicant's allegations against former counsel, whether RAD's rejection of evidence unreasonable — Whether RAD erring in upholding RPD's adverse credibility findings, in particular, whether RAD erring in its review of RPD's credibility determinations arising from applicant's testimony, whether RAD erring in its treatment of documentary evidence — While RAD may accept documentary evidence, Act, s. 110(4) limiting circumstances in which claimant may present evidence — On appeal to RAD, applicant sought to file new pieces of documentary evidence but RAD concluding applicant not meeting burden for admitting new evidence — RAD not obliged to conduct oral hearing before making credibility determination; not erring by not evaluating elements of Act, s. 110(6) regarding holding of oral hearings before making its determination — Therefore, RAD not breaching obligations under Act, s. 110 or duty of procedural fairness in not conducting oral hearing before making determination that evidence tendered by applicant not meeting

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur pour des motifs de crédibilité — La Section de la protection des réfugiés avait conclu que le demandeur n'était pas crédible pour plusieurs raisons — La SAR a également refusé la demande du demandeur relative au dépôt de documents supplémentaires en appel en rejetant l'argument selon lequel son ancien conseil l'avait mal conseillé au sujet de la preuve qu'il devait présenter à la SPR — Le demandeur avait demandé l'asile devant la SPR sur le fondement d'une persécution alléguée au Soudan — Le demandeur a fait valoir qu'il était inéquitable de la part de la SAR de refuser sa demande de dépôt de nouveaux documents pour des motifs de crédibilité sans la tenue d'une audience; il a également fait valoir que tant le refus des nouveaux documents que le rejet de son appel sur le fond étaient déraisonnables — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en refusant d'admettre les éléments de preuve que le demandeur avait présentés dans le cadre de l'appel, au titre de l'art. 110(4) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, et en particulier, s'il était inéquitable de la part de la SAR de ne pas tenir d'audience avant de se prononcer sur les allégations du demandeur contre son ancien conseil, et si le rejet, par la SAR, des éléments de preuve était déraisonnable — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en confirmant les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, et en particulier, si elle a commis une erreur dans son examen des conclusions de la SPR relatives à la crédibilité découlant du témoignage du demandeur et si elle a commis une erreur dans sa manière de considérer la preuve documentaire — Bien que la SAR puisse accepter une preuve documentaire, l'art. 110(4) de la Loi restreint les circonstances dans lesquelles un demandeur d'asile peut présenter un élément de preuve — Dans le cadre de son appel à la SAR, le demandeur a demandé à déposer un certain

requirements of Act, s. 110(4) — Although RAD's determination under Act, s. 110(4) not procedurally unfair; determination was unreasonable — While RAD not required to address every argument, piece of evidence parties submitting, given importance of proposed new evidence to applicant's refugee claim, adverse impact of adverse credibility determination, RAD's reasons not providing requisite degree of justification, transparency, intelligibility to demonstrate that it had meaningfully accounted for central issues, concerns raised — With respect to RPD's adverse credibility findings, RAD unreasonably assessing those findings, misstated, misapplied applicable standard of review thereto — Therefore, RAD's reasons on this issue not meeting requirements of justification, transparency, intelligibility required for reasonable decision — Given centrality of adverse credibility finding, error necessarily affecting reasonableness of decision as whole — Regarding treatment of documentary evidence, RAD's analysis of RPD's assessment of documentary evidence, own assessment of that evidence, unreasonable — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Appeal Division (RAD) of the Immigration and Refugee Board upholding the Refugee Protection Division's (RPD) decision rejecting the applicant's claim for refugee protection on grounds of credibility. Noting the absence of corroborative documents, the RPD had found the applicant not credible because he could not name the officer who had beaten him, lacked knowledge on Sudanese military service obligations, and had failed to seek refugee protection in the United States. The RAD also refused the applicant's request to file additional documents on appeal, rejecting the applicant's argument that his former counsel had given inadequate advice about the evidence he should present to the RPD. The applicant claimed he was detained and beaten by the National Intelligence and Security Service in Sudan because he was identifiable as someone who had grown up outside Sudan. He says he was not released until his cousin's husband intervened, and until he undertook to remain in Sudan and complete his national military service when he turned 18. On judicial review of

nombre de nouveaux éléments de preuve documentaire, mais la SAR a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait pour l'admission des nouveaux éléments de preuve — La SAR n'était pas obligée de tenir une audience avant de se prononcer sur la crédibilité ni n'a-t-elle commis une erreur en n'appréciant pas les éléments de l'art. 110(6) de la Loi en ce qui concerne la tenue d'une audience avant de rendre sa décision — Donc, la SAR n'a pas manqué à ses obligations au titre de l'art. 110 de la Loi ou à son devoir d'équité procédurale en ne tenant pas d'audience avant de décider que les éléments de preuve présentés par le demandeur ne satisfaisaient pas aux exigences de l'art. 110(4) de la Loi — Bien que la décision de la SAR au titre de l'art. 110(4) de la Loi n'ait pas été inéquitable sur le plan de la procédure, elle était déraisonnable — La SAR n'est pas tenue de traiter tous les arguments ou éléments de preuve avancés par les parties, mais vu l'importance des nouveaux éléments de preuve proposés pour la demande d'asile du demandeur et l'incidence de la conclusion défavorable quant à la crédibilité, les motifs de la SAR ne satisfaisaient pas aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité pour démontrer que la SAR avait tenu valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées — En ce qui concerne les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, la SAR a apprécié de manière déraisonnable ces conclusions et a mal énoncé et mal appliqué la norme de contrôle applicable — Par conséquent, les motifs de la SAR sur cette question n'ont pas satisfait aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité requises pour une décision raisonnable — Vu l'importance de cette conclusion défavorable quant à la crédibilité, cette erreur a forcément influé sur le caractère raisonnable de la décision dans son ensemble — En ce qui concerne le traitement des éléments de preuve documentaire, l'analyse que la SAR a faite de l'appréciation par la SPR de la preuve documentaire et sa propre appréciation de cette preuve étaient déraisonnables — Demande accueillie.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel des réfugiés (SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de rejeter la demande d'asile du demandeur pour des motifs de crédibilité. Notant l'absence de documents corroborants, la SPR avait conclu que le demandeur n'était pas crédible, car il ne pouvait pas nommer l'agent qui l'avait battu, ne connaissait pas les obligations du service militaire soudanais et n'avait pas demandé l'asile aux États-Unis. La SAR a également refusé la demande du demandeur relative au dépôt de documents supplémentaires en appel en rejetant l'argument selon lequel son ancien conseil l'avait mal conseillé au sujet de la preuve qu'il devait présenter à la SPR. Le demandeur a prétendu avoir été détenu et battu par le Service national de renseignement et de sécurité au Soudan, parce qu'il était identifiable comme une personne ayant grandi à l'extérieur du Soudan. Il a dit qu'il n'a été libéré que lorsque l'époux de sa cousine est intervenu et qu'après qu'il s'est engagé à rester au Soudan et à accomplir son service militaire national

the RAD's decision, the applicant argued it was unfair for the RAD to refuse his request to file new documents on credibility grounds without an oral hearing. He also argued that both the refusal of the new documents and the dismissal of his appeal on the merits were unreasonable.

The issues were (1) whether the RAD erred in refusing to admit the evidence the applicant put forward on the appeal pursuant to subsection 110(4) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and, in particular, whether it was unfair for the RAD not to conduct an oral hearing before making determinations regarding the applicant's allegations against his former counsel and whether the RAD's rejection of the evidence was unreasonable; (2) whether the RAD erred in upholding the RPD's adverse credibility findings and, in particular, whether it erred in its review of the RPD's credibility determinations arising from the applicant's testimony and whether it erred in its treatment of the documentary evidence.

Held, the application should be allowed.

The first issue was a question of procedural fairness. While the RAD may accept documentary evidence, subsection 110(4) of the Act limits the circumstances in which a claimant may present evidence. On his appeal to the RAD, the applicant sought to file a number of new pieces of documentary evidence, including a statement from his aunt's son-in-law, Mr. S. The sworn statement from Mr. S. was of particular significance since it provided direct first-hand evidence relating to the applicant's disappearance, the efforts made to secure his release, and the applicant's condition upon release. All of this evidence arose prior to, or pertained to events prior to the rejection of the applicant's claim. The RAD concluded that the applicant had not met his burden for admitting the new evidence. Part of that determination was that the RAD did not accept the applicant's argument that his counsel failed to provide adequate advice about the evidence he should obtain in advance of the hearing. This was a finding going to the applicant's credibility. Nevertheless, the RAD was not obliged to conduct an oral hearing before making the credibility determination on this point nor did it err by not evaluating the elements of subsection 110(6) of the Act regarding the holding of oral hearings in specific cases before making its determination. The RAD was not assessing evidence going to the merits of the applicant's refugee claim but rather evidence going to the applicant's explanation as to why the new documents could not be provided before; thus, whether they met the exception in subsection 110(4) of the Act. Subsection 110(6) had no application to this assessment. Therefore, the RAD did not breach its obligations under section 110 of the Act or the duty of procedural fairness in not conducting an oral hearing before making a

à l'âge de 18 ans. Dans sa demande de contrôle judiciaire de la décision de la SAR, le demandeur a fait valoir qu'il était inéquitable de la part de la SAR de refuser sa demande de dépôt de nouveaux documents pour des motifs de crédibilité sans la tenue d'une audience. Il a également fait valoir que tant le refus des nouveaux documents que le rejet de son appel sur le fond étaient déraisonnables.

Il s'agissait de savoir 1) si la SAR a commis une erreur en refusant d'admettre les éléments de preuve que le demandeur avait présentés dans le cadre de l'appel, au titre du paragraphe 110(4) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, et en particulier, s'il était inéquitable de la part de la SAR de ne pas tenir d'audience avant de se prononcer sur les allégations du demandeur contre son ancien conseil, et si le rejet, par la SAR, des éléments de preuve était déraisonnable; 2) si la SAR a commis une erreur en confirmant les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, et en particulier, si elle a commis une erreur dans son examen des conclusions de la SPR relatives à la crédibilité découlant du témoignage du demandeur et si elle a commis une erreur dans sa manière de considérer la preuve documentaire.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La première question tenait à l'équité procédurale. Bien que la SAR puisse accepter une preuve documentaire, le paragraphe 110(4) de la Loi restreint les circonstances dans lesquelles un demandeur d'asile peut présenter un élément de preuve. Dans le cadre de son appel à la SAR, le demandeur a demandé à déposer un certain nombre de nouveaux éléments de preuve documentaire, lesquels comprenaient une déclaration du genre de sa tante, M. S. La déclaration sous serment de M. S. revêtait une importance particulière, car elle fournissait une preuve originale directe en lien avec la disparition du demandeur, les efforts déployés pour obtenir sa libération et son état après sa libération. Tous ces éléments de preuve sont survenus avant le rejet de la demande du demandeur ou se rapportaient à des faits antérieurs au rejet. La SAR a conclu que le demandeur ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait pour l'admission des nouveaux éléments de preuve. Cette conclusion reposait en partie sur le fait que la SAR n'avait pas accepté l'argument du demandeur selon lequel son conseil n'avait pas donné des conseils adéquats au sujet des éléments de preuve qu'il devait obtenir avant l'audience. Cette conclusion touchait la crédibilité du demandeur. Néanmoins, la SAR n'était pas obligée de tenir une audience avant de se prononcer sur la crédibilité à cet égard ni n'a-t-elle commis une erreur en n'appréciant pas les éléments du paragraphe 110(6) de la Loi en ce qui concerne la tenue d'une audience dans certains cas précis avant de rendre sa décision. La SAR n'appréciait pas les éléments de preuve portant sur le bien-fondé de la demande d'asile du demandeur, mais elle appréciait les éléments de preuve se rapportant à l'explication du demandeur quant à la raison pour laquelle les nouveaux documents ne pouvaient pas être

determination that the evidence tendered by the applicant did not meet the requirements of subsection 110(4).

Although the RAD's determination under subsection 110(4) of the Act was not procedurally unfair, it was unreasonable. The RAD did not reasonably address the evidence presented by each party with respect to the issue of representation and placed undue reliance on the experience of counsel. Assessing this issue required consideration of the evidence filed respecting the allegations against former counsel, the RAD's determination with respect to those allegations, and its conclusions about other elements of the test for new evidence. While the RAD is not required to address every argument or piece of evidence raised by the parties, given the importance of the proposed new evidence to the applicant's refugee claim and the impact of the adverse credibility determination, the RAD's reasons did not provide the requisite degree of justification, transparency, and intelligibility to demonstrate that it had meaningfully accounted for the central issues and concerns raised. As for the RAD's conclusions on newness and weight of documents at issue, the RAD's further reasons on this point were unreasonable. In particular, the fact that the RAD's analysis did not refer to the significant statement from Mr. S that purported to corroborate the central element of the applicant's claim raised concern that the RAD did not take the evidentiary record into account in its determination despite its statements to the contrary. Thus, the RAD's further reasons on these points did not render moot the unreasonableness of the RAD's assessment of the applicant's argument regarding inadequate representation.

With respect to the RPD's adverse credibility findings, the RAD unreasonably assessed those findings and misstated and misapplied the applicable standard of review. The RAD adopted statements of the Federal Court regarding the role of the Federal Court in reviewing factual findings of the RPD. These references were out of place since the RAD's role in reviewing the RPD's findings—including in respect of credibility—is different from that of the Federal Court on judicial review. This suggested that the RAD misapprehended its role in reviewing the RPD's decision as it stated in its reasons that the RAD considered a "significant deference" standard was warranted and considered its role "a very limited one." This misstatement may not have affected the decision as a whole had the RAD's actual analysis of the RPD's findings showed that this misstatement was immaterial or had the RAD actually

fournis avant; partant, il s'agissait de savoir s'ils satisfaisaient à l'exception prévue au paragraphe 110(4) de la Loi. Le paragraphe 110(6) ne s'appliquait pas à cette appréciation. Donc, la SAR n'a pas manqué à ses obligations au titre de l'article 110 de la Loi ou à son devoir d'équité procédurale en ne tenant pas d'audience avant de décider que les éléments de preuve présentés par le demandeur ne satisfaisaient pas aux exigences du paragraphe 110(4).

Bien que la décision de la SAR au titre du paragraphe 110(4) de la Loi n'ait pas été inéquitable sur le plan de la procédure, elle était déraisonnable. La SAR n'a pas raisonnablement examiné la preuve présentée par chaque partie en ce qui concerne la question de la représentation et s'est indûment appuyée sur l'expérience du conseil. Pour examiner cette question, il fallait prendre en considération les éléments de preuve déposés afférents aux allégations contre l'ancien conseil, la décision de la SAR concernant ces allégations et ses conclusions sur d'autres éléments du critère relatif aux nouveaux éléments de preuve. La SAR n'est pas tenue de traiter tous les arguments ou éléments de preuve avancés par les parties. Cependant, vu l'importance des nouveaux éléments de preuve proposés pour la demande d'asile du demandeur et l'incidence de la conclusion défavorable quant à la crédibilité, les motifs de la SAR ne satisfaisaient pas aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité pour démontrer que la SAR avait tenu valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées. En ce qui concerne les conclusions de la SAR sur la nouveauté et le poids des documents en cause, les autres motifs de la SAR étaient déraisonnables. Plus particulièrement, le fait que l'analyse de la SAR n'a pas mentionné la déclaration importante de M. S, qui prétendait corroborer l'élément au cœur de la demande d'asile du demandeur, a soulevé des inquiétudes quant au fait que la SAR n'a pas pris en compte la preuve versée au dossier dans sa décision, malgré ses déclarations contraires. Donc, les autres motifs de la SAR sur ces questions ne rendaient pas théorique le caractère déraisonnable de l'appréciation par la SAR de l'argument du demandeur relativement à une représentation inadéquate.

En ce qui concerne les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, la SAR a apprécié de manière déraisonnable ces conclusions et a mal énoncé et mal appliqué la norme de contrôle applicable. La SAR a adopté des déclarations de la Cour fédérale concernant le rôle de celle-ci dans l'examen des conclusions de fait de la SPR. Ces références étaient déplacées, car le rôle de la SAR dans l'examen des conclusions de la SPR, y compris en ce qui concerne la crédibilité, se distingue de celui de la Cour fédérale dans le contexte du contrôle judiciaire. Cela laissait croire que la SAR avait mal compris son rôle dans l'examen de la décision de la SPR, car elle a indiqué dans ses motifs qu'elle considérait que la norme de « la plus grande retenue » était justifiée et qu'elle considérait son rôle comme étant « très limité ». Cet énoncé erroné n'aurait peut-être pas influé sur la décision dans son ensemble si l'analyse réelle par la SAR des

applied the proper standard, but it did not. The RAD did not set out with clarity the standard it was applying to the particular credibility findings at issue. Its reasons suggested it adopted an overly deferential approach to the RPD's findings based on the applicant's testimony. Moreover, the RAD's substantive assessment of the credibility finding was unreasonable. The RAD erred in characterizing the RPD's finding as being one based on "vague testimony." The RPD did not rely on the vagueness of the applicant's testimony but on the applicant's inability to name the individual who had beaten him in particular. Although the RAD's characterization of the finding was not itself a significant concern, it led the RAD to also mischaracterize the applicant's arguments and provide responding reasons that did not address those arguments. Therefore, the RAD's reasons on this issue did not meet the requirements of justification, transparency, and intelligibility required for a reasonable decision. Given the centrality of this adverse credibility finding, this error necessarily affected the reasonableness of the decision as a whole.

As to the treatment of the documentary evidence, the RAD found that the RPD had clearly not ignored the documents given its references to the documents and its highlighting of concerns such as first-hand knowledge of the incidents. In the present case, there was no identified issue with respect to the genuineness of any of the documents presented. The RAD conducted its own independent review of the applicant's documents. It did so by noting that these documents were very brief, that no originals were provided, that the letters were not sworn or witnessed, that no contact information was provided, nor were the authors offered as potential witnesses to be cross-examined. On these grounds, it found them to be insufficient to offset its credibility concerns. These were unreasonable grounds on which to discount the documents. It was improper for the RAD to rely on issues regarding the genuineness of the documents when this was not raised by the RPD and the applicant had no basis to respond. It was also unreasonable to rely on the fact that the letters were not sworn or that the authors were not put forward as witnesses. In conclusion, the RAD's analysis of the RPD's assessment of the documentary evidence, and its own assessment of that evidence, were unreasonable.

conclusions de la SPR montrait que cet énoncé erroné était sans importance ou qu'elle appliquait en fait la norme appropriée, mais ce n'était pas le cas. La SAR n'a pas énoncé avec clarté la norme qu'elle appliquait aux conclusions particulières en litige quant à la crédibilité. Ses motifs donnaient à entendre qu'elle a fait preuve d'une trop grande retenue à l'égard des conclusions de la SPR en se fondant sur le témoignage du demandeur. En outre, l'appréciation de fond par la SAR de la conclusion relative à la crédibilité était déraisonnable. La SAR a commis une erreur en qualifiant la conclusion de la SPR de fondée sur un « témoignage vague ». La SPR s'est appuyée non pas sur l'imprécision du témoignage du demandeur, mais sur son incapacité de nommer la personne qui l'avait battu. La qualification de la conclusion par la SAR n'était pas en soi une préoccupation importante, mais cela a conduit la SAR à déformer également les arguments du demandeur et à fournir des motifs de réponse qui n'abordaient pas ces arguments. Par conséquent, les motifs de la SAR sur cette question n'ont pas satisfait aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité requises pour une décision raisonnable. Vu l'importance de cette conclusion défavorable quant à la crédibilité, cette erreur a forcément influé sur le caractère raisonnable de la décision dans son ensemble.

En ce qui concerne le traitement des éléments de preuve documentaire, la SAR a conclu que la SPR n'avait manifestement pas fait fi des documents, compte tenu de ses références aux documents et de sa mise en évidence de préoccupations comme la connaissance directe des incidents. En l'espèce, aucune question n'a été soulevée en ce qui concerne l'authenticité de l'un ou l'autre des documents présentés. La SAR a procédé à son propre examen indépendant des documents du demandeur. Elle l'a fait en soulignant que ces documents étaient très brefs, qu'aucun original n'avait été fourni, que les lettres n'avaient pas été produites sous serment ni attestées, qu'aucune coordonnée n'avait été fournie et que les auteurs n'avaient pas été proposés comme témoins potentiels en vue d'un contre-interrogatoire. Pour ces motifs, la SAR les a jugés insuffisants pour l'emporter sur ses préoccupations quant à la crédibilité. Il s'agissait de motifs déraisonnables pour écarter les documents. Il était inapproprié pour la SAR de se fonder sur des questions afférentes à l'authenticité des documents, alors que cet aspect n'avait pas été soulevé par la SPR et que le demandeur n'avait aucun fondement pour répondre. Il était également déraisonnable de s'appuyer sur le fait que les lettres n'avaient pas été produites sous serment ou que les auteurs n'avaient pas été présentés comme témoins. En conclusion, l'analyse que la SAR a faite de l'appréciation par la SPR de la preuve documentaire et sa propre appréciation de cette preuve étaient déraisonnables.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 74(d), 97, 110.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 74d), 97, 110.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157; *Oria-Arebun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1457; *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 311; *Yu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1138.

CONSIDERED:

Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration), 2012 FC 319; *Rozas del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1145, 64 Imm. L.R. (4th) 201; *X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (I.R.B.); *Gebetis v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1241; *Hamid v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1293 (QL) (T.D.); *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.); *Canada (Citizenship and Immigration) v. Sellan*, 2008 FCA 381, 76 Imm. L.R. (3d) 6, revg 2008 FC 44, 68 Imm. L.R. (3d) 115; *Fajardo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 113, [1993] F.C.J. No. 915 (QL) (C.A.).

REFERRED TO:

Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh, 2016 FCA 96, [2016] 4 F.C.R. 230; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121; *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2004] 1 S.C.R. 502; *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 68 Admin. L.R. (4th) 225; *Zhuo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 911, 37 Imm. L.R. (4th) 275; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Hadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 590; *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 299, [1991] F.C.J. No. 228 (QL) (C.A.); *Zaytoun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 939; *Laag v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 890; *Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1064; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157; *Oria-Arebun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1457; *Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 311; *Yu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1138.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2012 CF 319; *Rozas del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1145; *X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (C.I.S.R.); *Gebetis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1241; *Hamid c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1293 (QL) (1^{re} inst.); *Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Sellan*, 2008 CAF 381, infirmant 2008 CF 44; *Fajardo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 915 (QL) (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh, 2016 CAF 96, [2016] 4 R.C.F. 230; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121; *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2004] 1 R.C.S. 502; *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385; *Zhuo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 911; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Hadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 590; *Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.); *Zaytoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 939; *Laag c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 890; *Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1064; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229.

AUTHORS CITED

Immigration and Refugee Board. *Practice Notice—Allegations Against Former Counsel*, 2018.

APPLICATION for judicial review of a decision (*X (Re)*, 2019 CanLII 128148) of the Refugee Appeal Division of the Immigration and Refugee Board upholding the Refugee Protection Division’s decision rejecting the applicant’s claim for refugee protection on grounds of credibility. Application allowed.

APPEARANCES

Richard Wazana for applicant.
Asha Gafar for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

M. Shannon Black, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

McHAFFIE J.:

I. Overview

[1] Ammar Mohamed claims he was detained and beaten by the National Intelligence and Security Service (NISS) in Sudan because he was identifiable as someone who had grown up outside Sudan. He says he was not released until his cousin’s husband intervened, and until he undertook to remain in Sudan and to complete his national military service when he turned 18.

[2] Mr. Mohamed’s claim for refugee protection in Canada was rejected on grounds of credibility. Noting the absence of corroborative documents, the Refugee Protection Division (RPD) found Mr. Mohamed not credible, because he could not name the officer who had beaten him, lacked knowledge on Sudanese military service obligations, and had failed to seek refugee protection in the United States. The Refugee Appeal Division (RAD) [*X (Re)*, 2019 CanLII 128148 (I.R.B.)] refused Mr. Mohamed’s request to file

DOCTRINE CITÉE

Commission de l’immigration et du statut de réfugié. *Avis de pratique – Allégations à l’égard d’un ancien conseil*, 2018.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision (*X (Re)*, 2019 CanLII 128148) de la Section d’appel des réfugiés de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié, qui a maintenu la décision de la Section de la protection des réfugiés rejetant la demande d’asile du demandeur pour des motifs de crédibilité. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Richard Wazana pour le demandeur.
Asha Gafar pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

M. Shannon Black, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE McHAFFIE :

I. Aperçu

[1] Ammar Mohamed prétend avoir été détenu et battu par le Service national de renseignement et de sécurité (le SNRS) au Soudan, parce qu’il était identifiable comme une personne ayant grandi à l’extérieur du Soudan. Il dit qu’il n’a été libéré que lorsque l’époux de sa cousine est intervenu et qu’après qu’il s’est engagé à rester au Soudan et à accomplir son service militaire national à l’âge de 18 ans.

[2] La demande d’asile de M. Mohamed au Canada a été rejetée pour des motifs de crédibilité. Notant l’absence de documents corroborants, la Section de la protection des réfugiés (la SPR) a conclu que M. Mohamed n’était pas crédible, car il ne pouvait pas nommer l’agent qui l’avait battu, ne connaissait pas les obligations du service militaire soudanais et n’avait pas demandé l’asile aux États-Unis. La Section d’appel des réfugiés (la SAR) [*X (Re)*, 2019 CanLII 128148 (C.I.S.R.)] a refusé la demande de

additional documents on appeal, rejecting his argument that his former counsel had given inadequate advice about the evidence he should present to the RPD. It also upheld the RPD's credibility findings.

[3] Mr. Mohamed seeks judicial review of the RAD's decision. He argues it was unfair for the RAD to refuse his request to file new documents on credibility grounds without an oral hearing. He also argues that both the refusal of the new documents and the dismissal of his appeal on the merits were unreasonable.

[4] I conclude the RAD was not required to hold an oral hearing before refusing Mr. Mohamed's request to file new documents on appeal. However, I find the RAD's refusal to admit the new documents was unreasonable, as it failed to show that the RAD took the evidentiary record and Mr. Mohamed's submissions meaningfully into account, and unduly focused on the experience of Mr. Mohamed's former counsel. I also conclude the RAD's dismissal of the appeal on the merits was unreasonable, given its error in the identification and application of the relevant standard of review, and its wholesale dismissal of corroborative evidence on the basis of an adverse credibility finding.

[5] The application for judicial review is therefore allowed and the matter remitted to the RAD for redetermination.

II. Issues and Standards of Review

[6] Mr. Mohamed raises a number of challenges to the RAD's decision. I do not need to address some of these, including his argument that the RAD failed to adequately assess section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA). Rather, I will focus on the following determinative issues:

A. Did the RAD err in refusing to admit the evidence Mr. Mohamed put forward on the appeal pursuant to subsection 110(4) of the IRPA, and in particular:

M. Mohamed relative au dépôt de documents supplémentaires en appel en rejetant l'argument selon lequel son ancien conseil l'avait mal conseillé au sujet de la preuve qu'il devait présenter à la SPR. La SAR a également confirmé les conclusions de la SPR quant à la crédibilité.

[3] M. Mohamed demande le contrôle judiciaire de la décision de la SAR. Il fait valoir qu'il était inéquitable de la part de la SAR de refuser sa demande de dépôt de nouveaux documents pour des motifs de crédibilité sans la tenue d'une audience. Il fait également valoir que tant le refus des nouveaux documents que le rejet de son appel sur le fond étaient déraisonnables.

[4] Je conclus que la SAR n'était pas obligée de tenir une audience avant de refuser la demande de M. Mohamed relative au dépôt de nouveaux documents en appel. Cependant, je juge que le refus de la SAR d'admettre les nouveaux documents était déraisonnable, puisqu'elle n'a pas démontré qu'elle avait sérieusement pris en considération le dossier de la preuve et les observations de M. Mohamed, et elle s'est indûment concentrée sur l'expérience de l'ancien conseil de M. Mohamed. Je conclus également que le rejet par la SAR de l'appel sur le fond était déraisonnable, étant donné son erreur dans la désignation et l'application de la norme de contrôle applicable, ainsi que le rejet en bloc de la preuve corroborante, au motif d'une conclusion défavorable quant à la crédibilité.

[5] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie, et l'affaire renvoyée à la SAR pour nouvelle décision.

II. Les questions en litige et les normes de contrôle

[6] M. Mohamed soulève un certain nombre de moyens pour contester la décision de la SAR. Je n'ai pas besoin de répondre à certains d'entre eux, y compris son argument selon lequel la SAR n'a pas interprété comme il se doit l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR). Je me concentrerai plutôt sur les questions déterminantes suivantes :

A. La SAR a-t-elle commis une erreur en refusant d'admettre les éléments de preuve que M. Mohamed avait présentés dans le cadre de l'appel, au titre du paragraphe 110(4) de la LIPR, et en particulier :

- | | |
|---|---|
| <p>(1) Was it unfair for the RAD not to conduct an oral hearing before making determinations regarding Mr. Mohamed’s allegations against his former counsel?</p> <p>(2) Was the RAD’s rejection of the evidence unreasonable?</p> <p>B. Did the RAD err in upholding the RPD’s adverse credibility findings, and in particular:</p> <p>(1) Did the RAD err in its review of the RPD’s credibility determinations arising from Mr. Mohamed’s testimony?</p> <p>(2) Did the RAD err in its treatment of the documentary evidence?</p> | <p>1) Était-il inéquitable de la part de la SAR de ne pas tenir d’audience avant de se prononcer sur les allégations de M. Mohamed contre son ancien conseil?</p> <p>2) Le rejet, par la SAR, des éléments de preuve était-il déraisonnable?</p> <p>B. La SAR a-t-elle commis une erreur en confirmant les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité, et en particulier :</p> <p>1) La SAR a-t-elle commis une erreur dans son examen des conclusions de la SPR relatives à la crédibilité découlant du témoignage de M. Mohamed?</p> <p>2) La SAR a-t-elle commis une erreur dans sa manière de considérer la preuve documentaire?</p> |
|---|---|

[7] With the exception of issue A(1), pertaining to the holding of an oral hearing, each of these issues goes to the merits of the RAD’s determinations. The parties agree that these issues are reviewable on the reasonableness standard: *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 [*Vavilov*], at paragraphs 16–17, 23–25; *Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 96, [2016] 4 F.C.R. 230 (*Singh (2016)*), at paragraphs 29, 74; *Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157, at paragraph 35.

[8] Reasonableness review starts with the principle of judicial restraint and respect for the distinct role of administrative decision makers: *Vavilov*, at paragraph 13. When conducting reasonableness review, the Court does not conduct a *de novo* analysis or attempt to decide the issue itself: *Vavilov*, at paragraph 83. Rather, it starts with the reasons of the administrative decision maker and assesses whether the decision is reasonable in outcome and process, considered in relation to the factual and legal constraints that bear on the decision: *Vavilov*, at paragraphs 81, 83, 87, 99. A reasonable decision is one that is justified, transparent, and intelligible to the individuals subject to it, reflecting “an internally coherent and rational chain of analysis” when read as a whole and taking into account the administrative setting, the record before

[7] À l’exception de la question A1), relative à la tenue d’une audience, chacune de ces questions porte sur le bien-fondé des conclusions de la SAR. Les parties conviennent que ces questions sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65 (*Vavilov*), aux paragraphes 16–17 et 23–25; *Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 96, [2016] 4 R.C.F. 230 (*Singh (2016)*), aux paragraphes 29 et 74; *Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157, au paragraphe 35.

[8] Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable tire son origine du principe de la retenue judiciaire et témoigne d’un respect envers le rôle distinct des décideurs administratifs : *Vavilov*, au paragraphe 13. Lorsqu’elle effectue un contrôle en fonction de la norme de la décision raisonnable, la Cour ne se livre pas à une analyse *de novo* ou ne cherche pas à trancher elle-même la question en litige : *Vavilov*, au paragraphe 83. Elle commence plutôt par les motifs du décideur administratif et apprécie le caractère raisonnable de la décision rendue pour ce qui est du raisonnement suivi et du résultat obtenu, examiné au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur la décision : *Vavilov*, aux paragraphes 81, 83, 87 et 99. Une décision raisonnable est justifiée, transparente, intelligible pour la personne visée,

the decision maker, and the submissions of the parties: *Vavilov*, at paragraphs 81, 85, 91, 94–96, 99, 127–128.

[9] Issue A(1) is a question of procedural fairness. On such issues, the Court assesses whether the procedure was fair having regard to all the circumstances: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 [*Canadian Pacific*], at paragraph 54. The issue arises in the context of section 110 of the IRPA, and in particular subsections 110(4) and 110(6). The RAD’s interpretation and application of those provisions is generally subject to review on the reasonableness standard: *Singh (2016)*, at paragraphs 29, 74. However, the particular issue raised in this matter is whether the process followed by the RAD in making its determination under subsection 110(4) was procedurally fair. Although this engages review of the relevant provisions, it remains a question of procedural fairness: see, e.g., *Canadian Pacific*, at paragraphs 34–36, 81–92 (interpretation of a statutory duty to make a decision within a fixed time period is a matter of procedural fairness); and *Mission Institution v. Khela*, 2014 SCC 24, [2004] 1 S.C.R. 502, at paragraphs 79–85 (interpretation and application of a statutory procedural right to disclosure is a matter of procedural fairness).

III. Analysis

A. *The RAD erred in rejecting Mr. Mohamed’s additional evidence*

- (1) It was not unfair to make a determination under subsection 110(4) without conducting an oral hearing

[10] Section 110 of the IRPA governs appeals of RPD decisions to the RAD. Subsection 110(3) sets out a general rule that the RAD “must proceed without a hearing, on

et atteste « une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle » lorsqu’elle est lue dans son ensemble et compte tenu du contexte administratif, du dossier dont le décideur était saisi et des observations des parties : *Vavilov*, aux paragraphes 81, 85, 91, 94–96, 99 et 127–128.

[9] La question A1) tient à l’équité procédurale. À l’égard de telles questions, la Cour examine la question de savoir si la procédure était équitable eu égard à l’ensemble des circonstances : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 [*Canadien Pacifique*], au paragraphe 54. La question se pose dans le contexte de l’article 110 de la LIPR, et en particulier des paragraphes 110(4) et (6). L’interprétation et l’application par la SAR de ces dispositions sont généralement assujetties à la norme de la décision raisonnable : *Singh (2016)*, aux paragraphes 29 et 74. Cependant, la question particulière soulevée dans la présente affaire est de savoir si le processus suivi par la SAR pour rendre sa décision au titre du paragraphe 110(4) était équitable sur le plan de la procédure. Bien que cela suppose un examen des dispositions applicables, il n’en demeure pas moins qu’il s’agit d’une question d’équité procédurale : voir, p. ex., *Canadien Pacifique*, aux paragraphes 34–36 et 81–92 (l’interprétation d’une obligation imposée par la loi de rendre une décision dans un délai déterminé est une question d’équité procédurale); *Établissement de Mission c. Khela*, 2014 CSC 24, [2004] 1 R.C.S. 502, aux paragraphes 79–85 (l’interprétation et l’application d’un droit procédural de communication prévu par la loi sont des questions d’équité procédurale).

III. Analyse

A. *La SAR a commis une erreur en rejetant les éléments de preuve supplémentaires de M. Mohamed*

- 1) Il n’était pas inéquitable de rendre une décision au titre du paragraphe 110(4) sans la tenue d’une audience

[10] L’article 110 de la LIPR régit les appels des décisions de la SPR entendus par la SAR. Le paragraphe 110(3) énonce une règle générale selon laquelle la SAR « procède

the basis of the record of the proceedings of the [RPD].” While the RAD may accept documentary evidence, subsection 110(4) limits the circumstances in which a claimant may present evidence:

110 ...

Evidence that may be presented

(4) On appeal, the person who is the subject of the appeal may present only evidence that arose after the rejection of their claim or that was not reasonably available, or that the person could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented, at the time of the rejection. [Emphasis added.]

[11] For new evidence to be admitted before the RAD, it must meet both the express statutory requirements of subsection 110(4) and the “*Raza* factors” of credibility, relevance, and materiality: *Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 FCA 385, 68 Admin. L.R. (4th) 225, at paragraphs 13–15; *Singh (2016)*, at paragraphs 38–49.

[12] The general rule that the RAD must proceed without a hearing is subject to subsection 110(6), which provides for an oral hearing if there is central and determinative documentary evidence filed that raises a serious issue with respect to the credibility of the claimant:

110 ...

Hearing

(6) The Refugee Appeal Division may hold a hearing if, in its opinion, there is documentary evidence referred to in subsection (3)

(a) that raises a serious issue with respect to the credibility of the person who is the subject of the appeal;

(b) that is central to the decision with respect to the refugee protection claim;

and

(c) that, if accepted, would justify allowing or rejecting the refugee protection claim. [Emphasis added.]

sans tenir d’audience en se fondant sur le dossier de la [SPR] ». Bien que la SAR puisse accepter une preuve documentaire, le paragraphe 110(4) restreint les circonstances dans lesquelles un demandeur d’asile peut présenter un élément de preuve :

110 [...]

Éléments de preuve admissibles

(4) Dans le cadre de l’appel, la personne en cause ne peut présenter que des éléments de preuve survenus depuis le rejet de sa demande ou qui n’étaient alors pas normalement accessibles ou, s’ils l’étaient, qu’elle n’aurait pas normalement présentés, dans les circonstances, au moment du rejet. [Non souligné dans l’original.]

[11] Pour que la SAR admette de nouveaux éléments de preuve, ceux-ci doivent satisfaire à la fois aux exigences légales explicites du paragraphe 110(4) et aux facteurs énoncés dans l’arrêt *Raza* que sont la crédibilité, la pertinence et le caractère substantiel : *Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CAF 385, aux paragraphes 13–15; *Singh (2016)*, aux paragraphes 38–49.

[12] La règle générale selon laquelle la SAR procède sans tenir d’audience est assujettie au paragraphe 110(6), qui prévoit une audience en cas de dépôt d’éléments de preuve documentaire essentiels et déterminants qui soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité du demandeur d’asile :

110 [...]

Audience

(6) La section peut tenir une audience si elle estime qu’il existe des éléments de preuve documentaire visés au paragraphe (3) qui, à la fois :

a) soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité de la personne en cause;

b) sont essentiels pour la prise de la décision relative à la demande d’asile;

c) à supposer qu’ils soient admis, justifieraient que la demande d’asile soit accordée ou refusée, selon le cas. [Non souligné dans l’original.]

[13] While the RAD retains some discretion, a hearing must generally be held where these statutory requirements are met: *Zhuo v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 911, 37 Imm. L.R. (4th) 275, at paragraphs 9–11.

[14] On his appeal to the RAD, Mr. Mohamed sought to file a number of new pieces of documentary evidence. This included statements from his mother and from his aunt's son-in-law (the husband of his cousin, who I will refer to as Mr. S), and a new translation of a previously filed letter from his father. It also included dental records from Saudi Arabia, a psychological evaluation, and a variety of country condition evidence. As Mr. Mohamed's counsel points out, the sworn statement from Mr. S was of particular significance as it provided direct first-hand evidence related to Mr. Mohamed's disappearance, the efforts made to secure his release, and his condition upon release.

[15] All of this evidence arose prior, or pertained to events prior, to the rejection of Mr. Mohamed's claim. Mr. Mohamed argued that the evidence was not "reasonably available," or that he "could not reasonably have been expected in the circumstances to have presented" the evidence because the lawyer who represented him before the RPD did not provide adequate advice about the evidence he should obtain in advance of the hearing. Mr. Mohamed swore an affidavit stating that his former counsel told him to get letters from his father and his aunt, but did not give him instructions as to what aspects of his Basis of Claim (BOC) narrative those letters should address or in what degree of detail. He also stated that former counsel did not speak to him about the content of the letters once they were prepared, and did not ask if anyone else could corroborate details of the detention that was central to the claim, such as Mr. S.

[16] In accordance with the *Practice Notice—Allegations Against Former Counsel* issued by the Immigration and Refugee Board (I.R.B.), Mr. Mohamed's new counsel before the RAD (who was not the counsel that argued this

[13] Bien que la SAR conserve un certain pouvoir discrétionnaire, une audience doit généralement être tenue lorsque ces critères prescrits par la loi sont remplis : *Zhuo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 911, aux paragraphes 9–11.

[14] Dans le cadre de son appel à la SAR, M. Mohamed a demandé à déposer un certain nombre de nouveaux éléments de preuve documentaire, lesquels comprenaient des déclarations de sa mère et du gendre de sa tante (l'époux de sa cousine, que j'appellerai M. S), ainsi qu'une nouvelle traduction d'une lettre de son père, déposée précédemment. Ils comprenaient également des dossiers dentaires d'Arabie saoudite, une évaluation psychologique et divers éléments de preuve sur les conditions dans le pays. Comme le souligne l'avocat de M. Mohamed, la déclaration sous serment de M. S revêtait une importance particulière, car elle fournissait une preuve originale directe en lien avec la disparition de M. Mohamed, les efforts déployés pour obtenir sa libération et son état après sa libération.

[15] Tous ces éléments de preuve sont survenus avant le rejet de la demande de M. Mohamed ou se rapportaient à des faits antérieurs au rejet. M. Mohamed a fait valoir que les éléments de preuve n'étaient pas « normalement accessibles » ou qu'il ne les aurait « pas normalement présentés, dans les circonstances, » parce que l'avocat qui le représentait devant la SPR n'avait pas fourni de conseils adéquats au sujet des éléments de preuve qu'il devait obtenir avant l'audience. M. Mohamed a souscrit un affidavit dans lequel il a déclaré que son ancien conseil lui avait dit d'obtenir des lettres de son père et de sa tante, mais ne lui avait pas donné de directives sur les aspects de son exposé circonstancié contenu dans le formulaire Fondement de la demande d'asile qui devaient être abordés dans ces lettres ou sur l'ampleur des détails à fournir. Il a également déclaré que l'ancien conseil ne lui avait pas parlé du contenu des lettres une fois qu'elles avaient été rédigées et qu'il n'avait pas demandé si quelqu'un d'autre pouvait corroborer des détails de la détention qui étaient au cœur de la demande d'asile, notamment M. S.

[16] Conformément à l'*Avis de pratique – Allégations à l'égard d'un ancien conseil* émis par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la C.I.S.R.), la nouvelle conseil de M. Mohamed devant la SAR (qui n'était

application), gave notice to his former counsel of the allegations of inadequate advice. This notice resulted in a back-and-forth of allegations between Mr. Mohamed and his former counsel in which they each put forward different versions and characterizations of events. Further details regarding this exchange are set out below.

[17] The RAD concluded that Mr. Mohamed had not met his burden for admitting the new evidence. Part of that determination was that the RAD did not accept Mr. Mohamed's argument that his counsel failed to provide adequate advice. The RAD's reasons for that conclusion read as follows [at paragraph 24]:

The RAD does not find persuasive the appellant's argument that his counsel (before the RPD and RAD) failed to provide him clear instructions on the need to provide documentary evidence. In this regard, [former counsel] has provided detailed notes and dates, as well as a copy of written instructions, to the RAD outlining his direct interactions with the appellant. The RAD furthermore notes counsel is very experienced regularly appearing before the Board. The RAD gives greater weight to counsel's detailed notes as compared to the appellant's inconsistent and evolving allegations against counsel.

[18] Mr. Mohamed argues that this finding amounts to an adverse credibility finding with respect to his explanation for not obtaining the evidence, and that the RAD ought to have afforded him an oral hearing before making such a finding. I agree that the RAD's finding is one going to Mr. Mohamed's credibility. While the Minister argued that the RAD was simply assessing whether Mr. Mohamed had met his burden, I cannot accept that the conclusion to effectively accept counsel's version of events over that of Mr. Mohamed is simply one of meeting an onus. This is particularly so in the context of the evidence, which offered incompatible versions of events, and in light of counsel's allegations, which included numerous statements that Mr. Mohamed was "not telling the truth."

pas l'avocat qui a plaidé la présente demande), avait avisé son ancien conseil des allégations de conseils inadéquats. Cet avis avait donné lieu à un échange d'allégations entre M. Mohamed et son ancien conseil, dans lesquelles chacun avait présenté différentes versions et caractérisations des faits. De plus amples détails concernant cet échange sont exposés ci-dessous.

[17] La SAR a conclu que M. Mohamed ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait pour l'admission des nouveaux éléments de preuve. Cette conclusion reposait en partie sur le fait que la SAR n'avait pas accepté l'argument de M. Mohamed selon lequel son conseil n'avait pas donné des conseils adéquats. Les motifs de cette conclusion de la SAR sont ainsi rédigés [au paragraphe 24] :

La SAR ne juge pas convaincant l'argument de l'appellant selon lequel son conseil (devant la SPR et la SAR) a omis de lui fournir des directives claires quant à la nécessité de fournir des éléments de preuve documentaire. À cet égard, [l'ancien conseil] a fourni à la SAR des notes détaillées et des dates, ainsi qu'une copie de directives écrites, concernant ses interactions directes avec l'appellant. La SAR fait également remarquer que le conseil est très expérimenté et qu'il comparait régulièrement devant la Commission. La SAR accorde plus d'importance aux notes détaillées du conseil qu'aux allégations incohérentes et changeantes de l'appellant à l'égard de celui-ci.

[18] M. Mohamed fait valoir que cette conclusion équivaut à une conclusion défavorable relative à la crédibilité, quant à son explication pour ne pas avoir obtenu les éléments de preuve, et que la SAR aurait dû lui accorder la tenue d'une audience avant de tirer une telle conclusion. Je conviens que la conclusion de la SAR touche la crédibilité de M. Mohamed. Bien que le ministre ait fait valoir que la SAR examinait simplement la question de savoir si M. Mohamed s'était acquitté du fardeau qui lui incombait, je ne peux convenir que la conclusion d'accepter effectivement la version des faits de l'avocat, plutôt que celle de M. Mohamed, consiste simplement en l'acquiescement d'un fardeau. Cela s'avère particulièrement dans le contexte des éléments de preuve, qui présentaient des versions incompatibles des faits, et à la lumière des allégations du conseil, qui comprenaient de nombreuses déclarations selon lesquelles M. Mohamed [TRADUCTION] « ne disait pas la vérité ».

[19] Nonetheless, I do not agree with Mr. Mohamed that the RAD was obliged to conduct an oral hearing before making the credibility determination on this point, or that the RAD erred by not evaluating the elements of subsection 110(6) before making its determination.

[20] It is important to underscore that in this part of its analysis, the RAD was not assessing evidence going to the merits of Mr. Mohamed's refugee claim. It was assessing evidence going to Mr. Mohamed's explanation as to why the new documents could not be provided before and thus whether they met the exception in subsection 110(4). In my view, subsection 110(6) has no application to this assessment.

[21] As reproduced above, subsection 110(6) permits the RAD to hold an oral hearing where, in its opinion, "there is documentary evidence referred to in subsection (3)" that meets the criteria in paragraphs (a), (b), and (c). The subsection thus only applies in circumstances where it determines there *is* evidence referred to in subsection 110(3). Such documentary evidence may only be filed by the claimant if they establish it meets the requirements of subsection 110(4). In other words, the RAD must determine whether there is evidence that meets the requirements of subsection 110(4) before conducting the subsection 110(6) assessment of whether that evidence (a) raises a serious issue of credibility, (b) is central to the decision on the refugee protection claim, and (c) would justify allowing or rejecting the claim. While the RAD must, of course, consider the evidence a claimant files to establish that the requirements of subsection 110(4) are met, this does not mean that such evidence is itself admitted as new evidence in a manner that triggers application of subsection 110(6). I note that the criteria in paragraphs 110(6)(b) and (c) also suggest that the evidence being considered is evidence going to the merits of the refugee protection claim, and not to the requirements of subsection 110(4).

[19] Néanmoins, je ne suis pas d'accord avec M. Mohamed pour dire que la SAR était obligée de tenir une audience avant de se prononcer sur la crédibilité à cet égard, ou que la SAR a commis une erreur en n'appréciant pas les éléments du paragraphe 110(6) avant de rendre sa décision.

[20] Il est important de souligner que, dans cette partie de son analyse, la SAR n'appréciait pas les éléments de preuve portant sur le bien-fondé de la demande d'asile de M. Mohamed. Elle appréciait les éléments de preuve se rapportant à l'explication de M. Mohamed quant à la raison pour laquelle les nouveaux documents ne pouvaient pas être fournis avant et, partant, la question de savoir s'ils satisfaisaient à l'exception prévue au paragraphe 110(4). À mon avis, le paragraphe 110(6) ne s'applique pas à cette appréciation.

[21] Comme il est reproduit ci-dessus, selon le paragraphe 110(6), la SAR peut tenir une audience si elle estime « qu'il existe des éléments de preuve documentaire visés au paragraphe (3) » qui satisfont aux critères énoncés aux alinéas a), b) et c). Le paragraphe ne s'applique donc que dans les cas où elle établit qu'il *existe* des éléments de preuve visés au paragraphe 110(3). De tels éléments de preuve documentaire ne peuvent être déposés par le demandeur d'asile que s'il établit qu'ils satisfont aux exigences du paragraphe 110(4). Autrement dit, la SAR doit déterminer s'il existe des éléments de preuve qui satisfont aux exigences du paragraphe 110(4) avant de procéder à l'appréciation au titre du paragraphe 110(6) pour décider si ces éléments de preuve a) soulèvent une question importante en ce qui concerne la crédibilité, b) sont essentiels pour la prise de la décision relative à la demande d'asile et c) justifieraient que la demande d'asile soit accordée ou refusée. Bien que la SAR doive, bien entendu, tenir compte des éléments de preuve déposés par un demandeur d'asile pour établir que les exigences du paragraphe 110(4) sont respectées, cela ne signifie pas que de tels éléments de preuve sont eux-mêmes admis à titre de nouveaux éléments de preuve de façon à entraîner l'application du paragraphe 110(6). Je note que les critères énoncés aux alinéas 110(6)b) et c) donnent également à entendre que les éléments de preuve examinés sont des éléments qui portent sur le bien-fondé de la demande d'asile, et non sur les exigences prévues au paragraphe 110(4).

[22] Mr. Mohamed relies on the conclusion of Justice Wilson in *Singh (1985)* to argue that where a serious issue of credibility is involved, it is inconsistent with the principles of fundamental justice, and thus the common law duty of procedural fairness, to only hold a written hearing: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422 (*Singh (1985)*), at paragraph 59. However, even if the duty of fairness would require an oral hearing in these circumstances, which I need not decide, any common law duty must yield to statutory provisions governing a tribunal's procedures, absent a constitutional challenge: *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraph 22. Subsection 110(6) is the only statutory provision that permits the RAD to hold an oral hearing. Subsection 110(3) provides that the RAD must otherwise proceed without a hearing. This statutory requirement ousts any common law procedural fairness requirements that might otherwise apply. As was the case in *Singh (2016)*, no constitutional challenge to the appeal regime set out in section 110 of the IRPA has been raised in this case: *Singh (2016)*, at paragraphs 61–63.

[23] I therefore conclude that the RAD did not breach its obligations under section 110 of the IRPA or the duty of procedural fairness in not conducting an oral hearing before making a determination that the evidence tendered by Mr. Mohamed did not meet the requirements of subsection 110(4).

- (2) The RAD's rejection of the new documentary evidence was unreasonable

[24] Although the RAD's determination under subsection 110(4) was not procedurally unfair, I conclude that it was unreasonable. The RAD did not reasonably address the evidence presented by each party with respect to the issue of representation, and placed undue reliance on the experience of counsel. Assessing this issue requires consideration of the evidence filed with respect to the allegations against former counsel, the RAD's determination with respect to those allegations, and its conclusions about other elements of the test for new evidence.

[22] M. Mohamed s'appuie sur la conclusion de la juge Wilson dans l'arrêt *Singh (1985)* pour faire valoir que lorsqu'une question importante de crédibilité est en cause, il est incompatible avec les principes de justice fondamentale, et donc avec le devoir d'équité procédurale imposé par la common law, de ne procéder qu'à une étude de dossier : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 (*Singh (1985)*), au paragraphe 59. Cependant, même si l'obligation d'équité nécessiterait une audience dans ces circonstances, ce que je n'ai pas à trancher, les dispositions législatives régissant la procédure d'un tribunal l'emportent sur toute obligation en common law, en l'absence d'une contestation constitutionnelle : *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 22. Le paragraphe 110(6) est la seule disposition législative qui permet à la SAR de tenir une audience. Le paragraphe 110(3) prévoit que la SAR doit par ailleurs procéder sans tenir d'audience. Cette exigence de la loi supplante toute exigence d'équité procédurale imposée par la common law qui pourrait autrement s'appliquer. Comme cela a été le cas dans l'arrêt *Singh (2016)*, aucune contestation constitutionnelle du régime d'appel énoncé à l'article 110 de la LIPR n'a été soulevée dans l'affaire qui nous occupe : *Singh (2016)*, aux paragraphes 61–63.

[23] Je conclus donc que la SAR n'a pas manqué à ses obligations au titre de l'article 110 de la LIPR ou à son devoir d'équité procédurale en ne tenant pas d'audience avant de décider que les éléments de preuve présentés par M. Mohamed ne satisfaisaient pas aux exigences du paragraphe 110(4).

- 2) Le rejet, par la SAR, des nouveaux éléments de preuve documentaire était déraisonnable

[24] Bien que la décision de la SAR au titre du paragraphe 110(4) n'ait pas été inéquitable sur le plan de la procédure, je conclus qu'elle était déraisonnable. La SAR n'a pas raisonnablement examiné la preuve présentée par chaque partie en ce qui concerne la question de la représentation et s'est indûment appuyée sur l'expérience du conseil. Pour examiner cette question, il faut prendre en considération les éléments de preuve déposés afférents aux allégations contre l'ancien conseil, la décision de la SAR concernant ces allégations et ses conclusions sur

(a) *Evidence from Mr. Mohamed and former counsel*

[25] The core of Mr. Mohamed's allegation was that his former counsel had not given adequate advice on the evidence he should obtain for his RPD hearing. This included a failure to inquire as to psychological impacts of his detention, a failure to explain the need for medical and dental records, and a failure to request evidence from Mr. Mohamed's mother or from Mr. S, who had arranged for Mr. Mohamed's release from detention.

[26] Former counsel responded to these allegations with a statement that all of the allegations made against him by Mr. Mohamed were false, and gave an account of meetings that contradicted Mr. Mohamed's statements. In particular, he denied that he did not advise Mr. Mohamed to obtain a letter from his mother or Mr. S. He also said Mr. Mohamed did not tell him he suffered from any psychological effects, and did not raise any psychological harm during the RPD hearing. Former counsel's statement attached a page he had prepared during a meeting with Mr. Mohamed and which he gave to him. The page summarized the documents Mr. Mohamed should obtain, which included "letter from father" and "letter from aunt," with some details as to what those letters should include. The page did not refer to obtaining evidence from Mr. Mohamed's mother or from Mr. S, although Mr. S is referred to in the summary of what the letter from the aunt should include. The summary of the aunt's letter also referred to Mr. Mohamed being "very scared, he felt like he was being followed or watched." No other notes of meetings between counsel and client were provided.

[27] Mr. Mohamed responded to former counsel's statement with an amended affidavit. He said he had forgotten about the summary page counsel had given him, but largely reiterated his evidence and contradicted former

d'autres éléments du critère relatif aux nouveaux éléments de preuve.

a) *Les éléments de preuve de M. Mohamed et de l'ancien conseil*

[25] L'essentiel de l'allégation de M. Mohamed était que son ancien conseil n'avait pas donné des conseils adéquats sur les éléments de preuve qu'il devait obtenir en vue de l'audience de la SPR. Cela incluait le défaut de se renseigner au sujet des conséquences psychologiques de sa détention, le défaut d'expliquer la nécessité de disposer de dossiers médicaux et dentaires ainsi que le défaut de demander des éléments de preuve à la mère de M. Mohamed ou à M. S, qui avait organisé la mise en liberté de M. Mohamed.

[26] L'ancien conseil a répondu à ces allégations en déclarant que toutes les allégations formulées contre lui par M. Mohamed étaient fausses, et il a présenté un compte rendu de rencontres qui contredisait les déclarations de M. Mohamed. En particulier, il a nié le fait qu'il n'avait pas conseillé à M. Mohamed d'obtenir une lettre de sa mère ou de M. S. Il a également affirmé que M. Mohamed ne lui avait pas dit qu'il avait subi des effets psychologiques et n'avait soulevé aucun préjudice psychologique lors de l'audience de la SPR. À la déclaration de l'ancien conseil était jointe une page qu'il avait préparée au cours d'une rencontre avec M. Mohamed et qu'il lui avait remise. La page résumait les documents que M. Mohamed devrait obtenir, lesquels comprenaient une [TRADUCTION] « lettre du père » et une [TRADUCTION] « lettre de la tante », avec quelques détails sur ce que ces lettres devraient inclure. La page ne faisait pas référence à l'obtention d'éléments de preuve auprès de la mère de M. Mohamed ou de M. S, bien que M. S soit mentionné dans le résumé de ce que la lettre de la tante devrait inclure. Dans le résumé relatif à la lettre de la tante, il était également écrit que M. Mohamed était [TRADUCTION] « très effrayé; il avait l'impression d'être suivi ou surveillé ». Aucune autre note des rencontres entre le conseil et le client n'a été fournie.

[27] M. Mohamed a répondu à la déclaration de l'ancien conseil par un affidavit modifié. Il a affirmé qu'il avait oublié la page de résumé que le conseil lui avait donnée, mais a pour l'essentiel réitéré son témoignage et

counsel's versions of the meetings and of the adequacy of the instruction he had been given. Mr. Mohamed gave more details of the initial meeting, including the discussion surrounding Mr. S. He also pointed to certain facts to contradict former counsel's account, including reference to his RPD evidence regarding his psychological difficulties.

[28] Former counsel filed a further response to this amended affidavit. It included a repeated statement that Mr. Mohamed did not tell counsel that he suffered psychological effects. It also reiterated that counsel had advised Mr. Mohamed to obtain a letter from Mr. S, but that Mr. Mohamed had responded that he could not get such a letter because of Mr. S's fear of authorities. Former counsel noted that he had successfully represented many refugee claimants from Sudan, and that when a witness is afraid to make a statement in writing as a result of a credible fear of reprisal, "[f]or obvious reasons, this explanation is routinely accepted by the Refugee Protection Division." I note that on my review of the hearing, counsel did not present such an explanation to the RPD, either in submissions or through questions to Mr. Mohamed.

[29] Mr. Mohamed filed a final further affidavit pertaining to his English language skills and providing information regarding the delay in obtaining some of the evidence, including the statement from Mr. S.

(b) *The RAD's rejection of the argument about former counsel*

[30] The RAD [at paragraph 16] briefly summarized the foregoing evidence and Mr. Mohamed's requests to provide further documents, commenting in passing that "[t]he RAD notes the appellant was represented by experienced counsel both when his appeal was perfected and at the time of his RPD hearing." The RAD rejected Mr. Mohamed's argument that former counsel failed to provide clear instructions in the passage reproduced at paragraph 17 above. The RAD went on to refer to the onus

contredit les versions des rencontres de l'ancien conseil ainsi que la pertinence des directives qui lui avait été fournies. M. Mohamed a donné plus de détails sur la rencontre initiale, y compris la discussion au sujet de M. S. Il a également souligné certains faits qui contredisaient le compte rendu de l'ancien conseil, notamment la référence au témoignage devant la SPR concernant ses difficultés psychologiques.

[28] L'ancien conseil a déposé une autre réponse à cet affidavit modifié. Elle comprenait une déclaration répétée selon laquelle M. Mohamed n'avait pas dit à son conseil qu'il avait subi des effets psychologiques. Il y était également réitéré que le conseil avait conseillé à M. Mohamed d'obtenir une lettre de M. S, mais que M. Mohamed avait répondu qu'il ne pouvait pas obtenir une telle lettre en raison de la crainte des autorités par M. S. L'ancien conseil a souligné qu'il avait représenté avec succès de nombreux demandeurs d'asile du Soudan et que, lorsqu'un témoin a peur de faire une déclaration par écrit en raison d'une crainte crédible de représailles, [TRADUCTION] « pour des raisons évidentes, cette explication est généralement admise par la Section de la protection des réfugiés ». Après mon examen de l'audience, je note que le conseil n'a pas présenté une telle explication à la SPR, que ce soit dans des observations ou dans des questions posées à M. Mohamed.

[29] M. Mohamed a déposé un dernier affidavit supplémentaire concernant ses compétences en anglais et fournissant des renseignements au sujet du retard lié à l'obtention de certains éléments de preuve, y compris la déclaration de M. S.

b) *Le rejet par la SAR de l'argument au sujet de l'ancien conseil*

[30] La SAR [au paragraphe 16] a brièvement résumé la preuve qui précède et les demandes de M. Mohamed afin de fournir des documents supplémentaires, faisant observer au passage que « [l]a SAR fait observer que l'appelant était représenté par un conseil expérimenté tant au moment de la mise en état de l'appel et de l'audience devant la SPR ». La SAR a rejeté l'argument de M. Mohamed selon lequel l'ancien conseil avait omis de fournir des directives claires dans le passage reproduit au

on a claimant to prove their claim (noting for a third time that Mr. Mohamed was represented by very experienced counsel), and to address whether the additional documents were “new.” However, the RAD’s only analysis of the allegation of inadequate representation is in its reference to the notes, dates, and written instructions from former counsel; former counsel’s experience; and its conclusion that it gave more weight to “counsel’s detailed notes as compared to the appellant’s inconsistent and evolving allegations” [at paragraph 24].

[31] In my view, this analysis is insufficient to be reasonable as it does not demonstrate the justification, transparency, and intelligibility that are the very purpose of reasons: *Vavilov*, at paragraphs 81, 99. It does not show that the RAD took the evidentiary record and Mr. Mohamed’s submissions meaningfully into account: *Vavilov*, at paragraphs 125–128.

[32] The RAD’s initial sentence introducing the issue stated [at paragraph 24] that “The RAD does not find persuasive the appellant’s argument that his counsel (before the RPD and RAD) failed to provide him clear instructions on the need to provide documentary evidence” (emphasis added). I note that Mr. Mohamed’s counsel before the RPD was not his counsel before the RAD. While the RAD also had apparent concerns with the timing of Mr. Mohamed’s filing of documents before the RAD (which included filings after perfection), Mr. Mohamed made no argument that his counsel before the RAD failed to provide him with clear instructions on the need to provide evidence. That said, this misstatement on the part of the RAD does not render its analysis unreasonable. Rather, the focus must be on understanding the reasoning process followed by the RAD for its rejection of the new documents: *Vavilov*, at paragraphs 84–86.

[33] In essence, the RAD gave three reasons for its credibility finding: that former counsel provided detailed notes, dates and written instructions; that former counsel is very experienced in appearing before the RAD; and

paragraphe 17 ci-dessus. La SAR a ensuite évoqué le fardeau qui incombait à un demandeur d’asile de prouver le bien-fondé de sa demande (notant pour la troisième fois que M. Mohamed était représenté par un conseil très expérimenté) et a abordé la question de savoir si les documents supplémentaires étaient « nouveaux ». Cependant, la seule analyse par la SAR de l’allégation de représentation inadéquate est dans sa référence aux notes, dates et directives écrites de l’ancien conseil, à l’expérience de l’ancien conseil et à sa conclusion selon laquelle elle accordait plus d’importance aux « notes détaillées du conseil qu’aux allégations incohérentes et changeantes de l’appelant » [au paragraphe 24].

[31] À mon avis, cette analyse est insuffisante pour être raisonnable, puisqu’elle ne démontre pas la justification, la transparence et l’intelligibilité qui sont l’objet même des motifs : *Vavilov*, aux paragraphes 81 et 99. Cela ne montre pas que la SAR a tenu valablement compte de la preuve versée au dossier et des observations de M. Mohamed : *Vavilov*, aux paragraphes 125–128.

[32] La phrase initiale de la SAR [au paragraphe 24] introduisant la question indiquait ceci : « La SAR ne juge pas convaincant l’argument de l’appelant selon lequel son conseil (devant la SPR et la SAR) a omis de lui fournir des directives claires quant à la nécessité de fournir des éléments de preuve documentaire » (non souligné dans l’original). Je souligne que le conseil de M. Mohamed devant la SPR n’était pas celui qui l’a représenté devant la SAR. Bien que la SAR ait également eu des préoccupations quant au moment où M. Mohamed a déposé des documents devant elle (notamment après la mise en état), M. Mohamed n’a pas soutenu que son conseil devant la SAR ne lui avait pas donné de directives claires sur la nécessité de fournir des éléments de preuve. Cela dit, cet énoncé erroné de la part de la SAR ne rend pas son analyse déraisonnable. L’accent doit plutôt être mis sur la compréhension du fil du raisonnement suivi par la SAR pour rejeter les nouveaux documents : *Vavilov*, aux paragraphes 84–86.

[33] Essentiellement, la SAR a donné trois motifs pour étayer sa conclusion quant à la crédibilité : l’ancien conseil avait fourni des notes détaillées, des dates et des directives écrites; cet ancien conseil avait beaucoup d’expérience

that Mr. Mohamed's allegations were inconsistent and evolving.

[34] The degree of detail, documentary corroboration through written instructions, and concerns about "inconsistent and evolving" testimony can certainly be grounds for a credibility finding, if adequately supported with consideration of the evidence. However, the RAD's analysis on these points did not address the principal issue put forward by Mr. Mohamed: that he had not been adequately advised to provide evidence of the nature that he subsequently put forward. Nor did it address the extent to which the evidence filed by Mr. Mohamed and his former counsel supported or contradicted that principal issue. Mr. Mohamed made a number of arguments pointing out inconsistencies in former counsel's statements, none of which were addressed by the RAD. I do not propose to analyze these arguments or the strength of them, as that is not the Court's role on judicial review. I simply note that there were sufficiently material issues pertaining to the underlying argument that the RAD was obliged to consider and address more fully than through the blanket conclusions provided.

[35] Further, in my view, the experience of former counsel is not a ground on which significant weight can be placed in assessing allegations of inadequate representation or assessing the credibility of evidence on that issue. The most experienced counsel may err, and may provide inadequate advice in a particular case. Neither should the RAD privilege the testimony of counsel over that of a refugee claimant on the basis of their status or experience alone. While the RAD's comment in this regard may be taken as simply a "note" regarding counsel's experience, it takes on additional significance given that the RAD repeated this note on two other occasions in its reasons. This undue focus on counsel's experience suggests an improper approach that gives inherent credibility to counsel over a refugee claimant, rather than assessing credibility based on the evidence presented by counsel and their client. This concern is heightened given the absence of any explanation from the RAD about why it considered counsel's experience relevant to the credibility assessment.

des comparutions devant la SAR; les allégations de M. Mohamed étaient incohérentes et changeantes.

[34] La quantité de détails, les éléments de preuve documentaire à l'appui sous forme de directives écrites et les préoccupations concernant un témoignage « incohéren[t] et changean[t] » peuvent certainement motiver une conclusion quant à la crédibilité, si celle-ci est suffisamment étayée par l'examen de la preuve. Cependant, l'analyse de la SAR sur ces points n'a pas abordé la question principale soulevée par M. Mohamed : le fait qu'il n'avait pas été adéquatement avisé de fournir des éléments de preuve utiles qu'il a par la suite présentés. Elle n'a pas non plus abordé la mesure dans laquelle les éléments de preuve déposés par M. Mohamed et son ancien conseil étaient ou contredisaient cette question principale. M. Mohamed a présenté un certain nombre d'arguments soulignant des incohérences dans les déclarations de l'ancien conseil, dont aucun n'a été abordé par la SAR. Je ne propose pas d'analyser ces arguments ou leur force, puisque ce n'est pas le rôle de la Cour dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Je souligne simplement qu'il y avait des questions suffisamment importantes concernant l'argument sous-jacent que la SAR était obligée d'examiner et de traiter plus à fond que par les conclusions générales fournies.

[35] En outre, à mon avis, l'expérience d'anciens conseils n'est pas un motif auquel il est possible d'accorder un poids important dans l'appréciation des allégations de représentation inadéquate ou de la crédibilité de la preuve sur cette question. Le conseil le plus expérimenté peut se tromper et fournir des conseils inadéquats dans un cas particulier. La SAR ne devrait pas non plus privilégier le témoignage d'un conseil par rapport à celui d'un demandeur d'asile au seul motif de son statut ou de son expérience. Bien que l'observation de la SAR à cet égard puisse être considérée comme une simple « note » concernant l'expérience du conseil, elle revêt une importance supplémentaire, étant donné que la SAR a répété cette note à deux autres occasions dans ses motifs. L'insistance trop grande sur l'expérience du conseil laisse croire à une approche inappropriée qui donne une crédibilité inhérente au conseil par rapport à un demandeur d'asile, plutôt qu'à une appréciation de la crédibilité en fonction de la preuve présentée par le conseil et son client. Cette préoccupation est accrue du fait de l'absence de toute explication de la

[36] The RAD is not required to address every argument or piece of evidence raised by the parties: *Vavilov*, at paragraph 128. However, given the importance of the proposed new evidence to Mr. Mohamed's refugee claim, and the impact of the adverse credibility determination, the RAD's reasons did not provide the requisite degree of justification, transparency, and intelligibility to demonstrate that the RAD had meaningfully accounted for the central issues and concerns raised: *Vavilov*, at paragraphs 88, 127, 133–135.

(c) *The RAD's conclusions on newness and weight*

[37] The unreasonableness of the RAD's decision regarding the inadequate representation allegation is not necessarily dispositive. The RAD went on to conclude that the documents are not "new" and that it would, in any event, have given them little weight if they were admitted. If these conclusions were reasonable, then the allegations against former counsel might ultimately be irrelevant, since the documents would nonetheless not have been admitted or, if admitted, would not have affected the outcome. However, on review of the RAD's reasons on these issues of newness and weight, I agree with Mr. Mohamed's arguments that they too were unreasonable.

[38] The RAD found [at paragraph 26] that the evidence was not new since the information was simply a "reiteration of information and submissions already provided to the RPD." The RAD made specific reference to Mr. Mohamed's dental issues and found that the "letters from his family are not 'new,' but rather simply revised in response to the RPD's findings." While the description of this evidence as being a "reiteration" might reasonably apply to some of the evidence, I agree with Mr. Mohamed that it cannot reasonably apply to the statement from Mr. S. That statement presented, for the first time, first-hand evidence from the individual who allegedly arranged for Mr. Mohamed's release from detention. It also

SAR quant aux raisons pour lesquelles elle considérait l'expérience du conseil comme étant pertinente pour l'appréciation de la crédibilité.

[36] La SAR n'est pas tenue de traiter tous les arguments ou éléments de preuve avancés par les parties : *Vavilov*, au paragraphe 128. Cependant, vu l'importance des nouveaux éléments de preuve pour la demande d'asile de M. Mohamed et l'incidence de la conclusion défavorable quant à la crédibilité, les motifs de la SAR ne satisfaisaient pas aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité pour démontrer que la SAR avait tenu valablement compte des questions et préoccupations centrales soulevées : *Vavilov*, aux paragraphes 88, 127 et 133–135.

(c) *Les conclusions de la SAR sur la nouveauté et le poids*

[37] Le caractère déraisonnable de la décision de la SAR concernant l'allégation de représentation insuffisante n'est pas nécessairement déterminant. La SAR a poursuivi en concluant que les documents n'étaient pas « nouveaux » et qu'elle leur aurait, de toute façon, accordé peu de poids s'ils avaient été admis. Si ces conclusions étaient raisonnables, alors les allégations contre l'ancien conseil pourraient au bout du compte être dénuées de pertinence, puisque les documents n'auraient néanmoins pas été admis ou, s'ils l'avaient été, n'auraient pas influé sur l'issue du litige. Cependant, après avoir examiné les motifs de la SAR sur ces questions de nouveauté et de poids, je souscris aux arguments de M. Mohamed selon lesquels ils étaient eux aussi déraisonnables.

[38] La SAR [au paragraphe 26] a conclu que les éléments de preuve n'étaient pas nouveaux, puisque, simplement, ils « [répétaient] de l'information et des observations déjà fournies à la SPR ». La SAR a précisément fait référence aux problèmes dentaires de M. Mohamed et a conclu que « les lettres provenant de membres de la famille de l'appelant ne sont pas "nouvelles"; elles n'ont qu'éte revues en réaction aux conclusions de la SPR ». Bien que la description de cet élément de preuve comme étant une répétition puisse raisonnablement s'appliquer à certains des éléments de preuve, je conviens avec M. Mohamed qu'elle ne peut pas raisonnablement s'appliquer à la déclaration de M. S. Cette déclaration présentait, pour la première

corroborated Mr. Mohamed's disappearance and his physical condition upon release. It cannot reasonably be considered a "reiterative" or "simply revised" version of what had previously been filed. The RAD did not consider this statement separately or, indeed, refer to it at all other than perhaps through reference to "letters from his family", although the statement from Mr. S was not in the form of a letter.

[39] The RAD then concluded that, even if admitted, it would give the new documents little weight in assessing the merits since they were of little relevance to the determinative issues. It referred, by way of example, to information in the new translation of the father's statement, Mr. Mohamed's conversations with his relatives, his scholarship, and country condition documents. It also reviewed the psychological evidence and found it to have little probative value. However, again the RAD made no reference to the most probative piece of new evidence, the statement from Mr. S that purports to corroborate the central element of Mr. Mohamed's claim. The RAD gives no reason to conclude that this evidence should be given little weight if admitted, or that it was not relevant to or probative of the issues in the claim.

[40] I am conscious that administrative reasons must be read with sensitivity to the administrative setting in which they are given, and need not refer to every document or piece of evidence: *Vavilov*, at paragraphs 91–92. However, the fact that the RAD's analysis on these issues does not refer to the significant statement from Mr. S raises concern that the RAD did not take the evidentiary record into account in its determination despite its statements to the contrary: *Vavilov*, at paragraph 126.

[41] I therefore conclude that the RAD's further reasons regarding the issues of newness or the weight it would give the documents if admitted are unreasonable. They

fois, une preuve directe de la personne qui aurait organisé la mise en liberté de M. Mohamed. Elle corroborait également la disparition de M. Mohamed et sa condition physique après sa libération. Elle ne peut raisonnablement pas être considérée comme une version « réitérative » ou « simplement revue » de ce qui avait été déposé antérieurement. La SAR n'a pas examiné cette déclaration séparément ou, en fait, n'y a pas fait référence du tout, autrement qu'en mentionnant peut-être les « lettres provenant de membres de la famille », bien que la déclaration de M. S n'ait pas constitué une lettre.

[39] La SAR a ensuite conclu que, même si les nouveaux documents étaient admis, elle leur accorderait peu de poids dans l'appréciation du fond, puisqu'ils étaient peu pertinents à l'égard des questions déterminantes. Elle se réfère, à titre d'exemple, aux renseignements figurant dans la nouvelle traduction de la déclaration du père, aux conversations de M. Mohamed avec les membres de sa parenté, à sa bourse d'étude et aux documents relatifs aux conditions dans le pays. Elle a également examiné les éléments de preuve psychologiques et a conclu qu'ils avaient peu de valeur probante. Cependant, encore une fois, la SAR n'a fait aucune référence à l'élément de preuve nouveau le plus probant, soit la déclaration de M. S qui prétend corroborer l'élément au cœur de la demande d'asile de M. Mohamed. La SAR ne donne aucun motif de conclure que cet élément de preuve devrait avoir peu de poids s'il est admis, ou qu'il n'était pas pertinent ou probant pour les questions soulevées dans la demande d'asile.

[40] Je suis conscient que les motifs administratifs doivent être interprétés en tenant dûment compte du contexte administratif dans lequel ils sont fournis et qu'il n'est pas nécessaire de faire référence à chaque document ou élément de preuve : *Vavilov*, aux paragraphes 91–92. Cependant, le fait que l'analyse de la SAR sur ces questions ne mentionne pas la déclaration importante de M. S soulève des inquiétudes quant au fait que la SAR n'a pas pris en compte la preuve versée au dossier dans sa décision, malgré ses déclarations contraires : *Vavilov*, au paragraphe 126.

[41] Je conclus donc que les autres motifs de la SAR concernant les questions de nouveauté ou le poids qu'elle accorderait aux documents s'ils étaient admis

therefore do not render moot the unreasonableness of the RAD's assessment of Mr. Mohamed's argument regarding inadequate representation.

[42] As a final observation, I note that the RAD also concluded that Mr. Mohamed had failed to meet his onus to explain why he was unable to provide his new documents with his appeal record, which was itself submitted late. It reached this conclusion without any reference to the evidence or arguments, including the statement from Mr. S saying he had tried to swear his statement in front of a number of lawyers, who refused to do so because of danger arising from their papers being reviewed by Sudanese security services.

B. The RAD erred in upholding the RPD's adverse credibility findings

[43] Mr. Mohamed raises a number of arguments regarding the RAD's assessment of his credibility. These arguments pertain to both the standard of review applied by the RAD and its treatment of the merits of those findings. Mr. Mohamed focuses in particular on the RAD's affirmation of the RPD's negative credibility finding resulting from Mr. Mohamed's inability to name the officer who detained and beat him, and on the RAD's treatment of the documentary evidence. For the reasons below, I conclude that the RAD's decision was unreasonable on these issues.

(1) The RAD unreasonably assessed the RPD's findings on credibility

(a) *The RAD misstated and misapplied the applicable standard of review*

[44] The RAD set out its role in reviewing the RPD's decision at the outset of its reasons. Relying on the Federal Court of Appeal's decision in *Huruglica*, the RAD correctly noted that it is to apply a correctness standard to findings of law, fact, and mixed fact and law that do not raise an issue of credibility of oral evidence: *Huruglica*, at

sont déraisonnables. Ils ne rendent donc pas théorique le caractère déraisonnable de l'appréciation par la SAR de l'argument de M. Mohamed relativement à une représentation inadéquate.

[42] En guise de dernière observation, je note que la SAR a également conclu que M. Mohamed ne s'était pas acquitté du fardeau qui lui incombait d'expliquer pourquoi il était incapable de fournir ses nouveaux documents avec son dossier d'appel, lui-même soumis tardivement. Elle est arrivée à cette conclusion sans aucune référence aux éléments de preuve ou aux arguments, y compris la déclaration de M. S disant qu'il avait tenté de prêter serment devant un certain nombre d'avocats, qui ont refusé de le faire en raison du danger découlant de l'examen de leurs documents par les services de sécurité soudanais.

B. La SAR a commis une erreur en confirmant les conclusions défavorables de la SPR quant à la crédibilité

[43] M. Mohamed soulève un certain nombre d'arguments concernant l'appréciation, par la SAR, de sa crédibilité. Ces arguments portent à la fois sur la norme de contrôle appliquée par la SAR et sur son traitement relatif au bien-fondé de ces conclusions. M. Mohamed se concentre en particulier sur la confirmation par la SAR de la conclusion défavorable de la SPR quant à la crédibilité qui résulte de l'incapacité de M. Mohamed de nommer l'agent qui l'a détenu et battu et sur le traitement par la SAR des éléments de preuve documentaire. Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que la décision de la SAR était déraisonnable sur ces questions.

(1) La SAR a apprécié de manière déraisonnable les conclusions de la SPR quant à la crédibilité

a) *La SAR a mal énoncé et mal appliqué la norme de contrôle applicable*

[44] La SAR a exposé son rôle dans l'examen de la décision de la SPR dès le début de ses motifs. Se fondant sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Huruglica*, la SAR a noté à juste titre qu'elle devait appliquer la norme de la décision correcte aux conclusions de droit, de fait, ou aux conclusions mixtes de fait et de

paragraphs 78–79. The RAD [at paragraph 12] also correctly noted that in assessing credibility of oral evidence, “the RPD *may* have a meaningful advantage” (emphasis added by RAD), a statement consistent with *Huruglica*, at paragraphs 70–74.

[45] However, the RAD then went on to adopt statements of this Court regarding the role of the Court in reviewing factual findings of the RPD: *Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 319, at paragraphs 22, 42; *Hadi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 590, at paragraph 12. The RAD quoted in particular the frequently cited statement of Justice Gleason, then of this Court, that “the role of this Court is a very limited one because the tribunal had the advantage of hearing the witnesses testify, observed their demeanor and is alive to all the factual nuances and contradictions in the evidence”: *Rahal*, at paragraph 42.

[46] These references are out of place, as the RAD’s role in reviewing the RPD’s findings—including in respect of credibility—is different from that of the Court on judicial review: *Huruglica*, at paragraphs 47, 70–74; *Rozas del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1145, 64 Imm. L.R. (4th) 201 [*Rozas del Solar*], at paragraphs 128–130. In particular, the RAD’s role includes making an assessment of whether the RPD “truly benefited” from an advantageous position, or whether it is a situation where “the RPD may have no real advantage over the RAD”: *Huruglica*, at paragraphs 70, 72; *Rozas del Solar*, at paragraphs 86–91. It also entails an approach to deference that is not the same as that on judicial review: *Rozas del Solar*, at paragraphs 131–133.

[47] The RAD’s statement [at paragraph 12] therefore suggests that it misapprehended its role in reviewing the RPD’s decision, as it indicates that the RAD considered a “significant deference” standard warranted, and that it considered its role “a very limited one.”

droit qui ne soulevaient pas de question de crédibilité concernant le témoignage de vive voix : *Huruglica*, aux paragraphes 78–79. La SAR [au paragraphe 12] a également noté à juste titre que, dans l’appréciation de la crédibilité du témoignage de vive voix, « la SPR *peut* avoir un avantage certain » (italique ajouté par la SAR), une déclaration compatible avec l’arrêt *Huruglica*, aux paragraphes 70–74.

[45] Cependant, la SAR a ensuite adopté des déclarations de la Cour concernant le rôle de celle-ci dans l’examen des conclusions de fait de la SPR : *Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 319, aux paragraphes 22 et 42; *Hadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 590, au paragraphe 12. La SAR a cité en particulier la déclaration fréquemment évoquée de la juge Gleason, alors juge à la Cour, selon laquelle « le rôle de la Cour est très limité, étant donné que le tribunal a eu l’occasion d’entendre les témoins, d’observer leur comportement et de relever toutes les nuances et contradictions factuelles contenues dans la preuve » : *Rahal*, au paragraphe 42.

[46] Ces références sont déplacées, car le rôle de la SAR dans l’examen des conclusions de la SPR, y compris en ce qui concerne la crédibilité, se distingue de celui de la Cour dans le contexte du contrôle judiciaire : *Huruglica*, aux paragraphes 47 et 70–74; *Rozas del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1145 [*Rozas del Solar*], aux paragraphes 128–130. En particulier, le rôle de la SAR consiste à examiner la question de savoir si la SPR « a joui d’un véritable avantage » ou s’il s’agit d’une situation où « la SPR n’[a] pas de véritable avantage sur la SAR » : *Huruglica*, aux paragraphes 70 et 72; *Rozas del Solar*, aux paragraphes 86–91. Il suppose également une approche différente, concernant la déférence, de celle appliquée dans le cadre d’un contrôle judiciaire : *Rozas del Solar*, aux paragraphes 131–133.

[47] La déclaration de la SAR [au paragraphe 12] laisse donc croire qu’elle a mal compris son rôle dans l’examen de la décision de la SPR, car elle indique que la SAR considérerait que la norme de « la plus grande retenue » était justifiée et qu’elle considérerait son rôle comme étant « très limité ».

[48] This misstatement may not have affected the decision as a whole if the RAD's actual analysis of the RPD's findings showed that this misstatement was immaterial or that it actually applied the proper standard. In my view, it does not.

[49] As Mr. Mohamed points out, the RAD did not set out with clarity the standard it was applying to the particular credibility findings at issue. In particular, it did not say whether it found the RPD to have a meaningful advantage with respect to any of the findings, and thus whether it considered deference warranted. However, the RAD's reasons suggest it adopted an overly deferential approach to the RPD's findings based on Mr. Mohamed's testimony. In this regard, I cannot accept the Minister's assertion that the RAD made it clear throughout its decision that it was reviewing the correctness of the RPD's decision.

[50] This is seen in particular in the passage of the RAD's reasons addressing one of the RPD's critical credibility findings, namely that Mr. Mohamed "fabricated" the officer who detained and beat him. The RPD reached this conclusion on the basis that Mr. Mohamed "was unable to name the officer," and that while he thought his aunt was aware of the officer's identity, he did not ask her. The RAD's discussion of this finding was the following [at paragraphs 37–39]:

Vague Testimony about Allegations

The RPD took a negative inference as to the credibility of the appellant's allegations due to his vague testimony, particularly about the alleged agent(s) of persecution, as well as the basis of the appellant's claim related to national service requirements in Sudan.

The appellant very generally argues the RPD erred because it is plausible he would not know more details about his claim because he was traumatized. He argues the RPD misconstrued the evidence.

Having independently reviewed the evidence, including the RPD's questions (and follow-up questions) and

[48] Cet énoncé erroné n'aurait peut-être pas influé sur la décision dans son ensemble si l'analyse réelle par la SAR des conclusions de la SPR montrait que cet énoncé erroné était sans importance ou qu'elle appliquait en fait la norme appropriée. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[49] Comme le souligne M. Mohamed, la SAR n'a pas énoncé avec clarté la norme qu'elle appliquait aux conclusions particulières en litige quant à la crédibilité. En particulier, la SAR n'a pas précisé si elle concluait que la SPR avait un avantage certain par rapport à l'une ou l'autre des conclusions et, par conséquent, si elle considérait que la déférence était justifiée. Cependant, les motifs de la SAR donnent à entendre qu'elle a fait preuve d'une trop grande retenue à l'égard des conclusions de la SPR en se fondant sur le témoignage de M. Mohamed. À cet égard, je ne peux accepter l'affirmation du ministre selon laquelle la SAR a clairement fait savoir tout au long de sa décision qu'elle examinait la justesse de la décision de la SPR.

[50] Cela se voit en particulier dans le passage des motifs de la SAR portant sur l'une des conclusions principales de la SPR quant à la crédibilité, à savoir que M. Mohamed a [TRADUCTION] « inventé » l'agent qui l'avait détenu et battu. La SPR est parvenue à cette conclusion au motif que M. Mohamed [TRADUCTION] « n'était pas en mesure de nommer l'agent » et que, bien qu'il ait pensé que sa tante était au courant de l'identité de l'agent, il ne lui avait pas demandé. Voici l'analyse de la SAR à l'égard de cette conclusion [aux paragraphes 37–39] :

Témoignage vague en ce qui a trait aux allégations

La SPR a tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité des allégations de l'appelant parce que le témoignage de ce dernier était vague, particulièrement en ce qui concerne les prétendus agents de persécution, ainsi que le fondement de la demande d'asile de l'appelant lié aux exigences en matière de service national au Soudan.

L'appelant soutient de façon très générale que la SPR a commis une erreur, car il est plausible que l'appelant ne connaisse pas plus de détails au sujet de sa demande d'asile en raison d'un traumatisme qu'il a subi. L'appelant fait valoir que la SPR a dénaturé les éléments de preuve.

Ayant examiné de manière indépendante les éléments de preuve, y compris les questions de la SPR (et les questions

the appellant's responses, the RAD does not agree with the appellant's argument. The RPD asked the appellant simple and direct questions about his own allegations of persecution. The questions asked of him were not difficult nor complicated or controversial. Further, there is no evidence to suggest the appellant did not comprehend the questions being asked of him. The RAD accordingly sees no reason to interfere with the RPD's adverse inferences due to the appellant's vague testimony, which was lacking specific details about the central elements of his basis of claim for protection. The RPD's findings are a result of a comprehensible reasoning process and based on the evidence before it. [Emphasis added.]

[51] Although the RAD [at paragraph 39] referred to having “independently reviewed the evidence,” its ultimate conclusion was that the RPD's findings were “a result of a comprehensible reasoning process and based on the evidence before it.” This language suggests a deferential approach to review of this issue. The RAD, however, gave no indication as to why it considered the RPD to have had a meaningful advantage in making a credibility finding on this basis. To the contrary, the RAD states that it independently reviewed the evidence and expressed no difficulty in doing so.

[52] Further, as Mr. Mohamed points out, the language used by the RAD—“the result of a comprehensible reasoning process”—is the language that was adopted by the majority of a three member panel of the RAD in *X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (I.R.B.), at paragraphs 73–74. That decision was subject to judicial review in *Rozas del Solar*, in which Justice Diner [at paragraphs 114, 126, 130] rejected the RAD's approach as improperly duplicative of the judicial review standard:

The RAD majority turned to *Dunsmuir* [*v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190] in concluding that it should assess both process and outcome. That is to say, the RPD's finding would stand if it was the result of a comprehensible reasoning process, meaning that the RAD could read the RPD's conclusion and understand

de suivi) et les réponses de l'appelant, la SAR ne souscrit pas à l'argument de l'appelant. La SPR a posé à l'appelant des questions simples et directes au sujet de ses propres allégations de persécution. Les questions qui lui ont été posées n'étaient ni difficiles, ni compliquées, ni controversées. En outre, aucun élément de preuve ne porte à croire que l'appelant ne comprenait pas les questions qui lui étaient posées. Par conséquent, la SAR ne voit aucune raison d'intervenir relativement aux conclusions défavorables qu'a tirées la SPR en raison du témoignage vague de l'appelant, lequel n'expliquait pas suffisamment en détail les éléments centraux du fondement de sa demande d'asile. Les conclusions de la SPR sont le résultat d'un processus de raisonnement compréhensible et fondé sur les éléments de preuve dont elle disposait. [Non souligné dans l'original.]

[51] Bien que la SAR ait mentionné [au paragraphe 39] avoir « examiné de manière indépendante les éléments de preuve », sa conclusion finale était que les conclusions de la SPR étaient « le résultat d'un processus de raisonnement compréhensible et fondé sur les éléments de preuve dont elle disposait ». D'après ce libellé, il aurait été fait preuve d'une certaine retenue à l'égard de l'examen de cette question. Toutefois, la SAR n'a pas expliqué pourquoi elle considérait que la SPR avait eu un avantage certain en tirant une conclusion relative à la crédibilité en s'appuyant sur ce motif. Au contraire, la SAR déclare qu'elle a examiné de manière indépendante les éléments de preuve et n'a exprimé aucune difficulté à le faire.

[52] En outre, comme le souligne M. Mohamed, le libellé utilisé par la SAR — « le résultat d'un processus de raisonnement compréhensible » — est celui qui a été adopté par la majorité d'un tribunal de trois commissaires de la SAR dans la décision *X (Re)*, 2017 CanLII 33034 (C.I.S.R.), aux paragraphes 73–74. Cette décision a fait l'objet d'un contrôle judiciaire dans la décision *Rozas del Solar*, dans laquelle le juge Diner [aux paragraphes 114, 126 et 130] a rejeté l'approche de la SAR comme étant une reproduction inappropriée de la norme de contrôle judiciaire :

Les commissaires majoritaires de la SAR se sont ensuite penchés sur l'arrêt *Dunsmuir* [*c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190] et ont conclu que la SAR devrait analyser à la fois le processus et le résultat. C'est-à-dire que la conclusion de la SPR serait maintenue si elle a été le résultat d'un processus de raisonnement

how it was reached, and its outcome was supported by the evidence.

...

In brief, after considering the RAD majority's rationale, I do not find that their RAD reasonableness standard is distinguishable from the reasonableness standard used on judicial review merely because it necessitates an independent assessment.

...

In my view, the RAD majority's conclusions on the content of its deferential standard are not consistent with the Federal Court of Appeal's instructions that the RAD is not to review RPD decisions in the manner of a judicial review. ... [Emphasis added; citation omitted.]

[53] I note that this Court's decision in *Rozas del Solar* was only issued in late 2018, and may not have come to the attention of the RAD panel at the time their decision was rendered in June of 2019. Nonetheless, I conclude that the RAD's misstatement of its appellate role and the reason it gave for upholding the RPD's negative credibility finding indicate that it did not apply the appropriate standard of review on this issue.

(b) *The RAD's analysis of the credibility finding was unreasonable*

[54] I also find the RAD's substantive assessment of the credibility finding to be unreasonable. To begin, I agree with Mr. Mohamed that the RAD erred in characterizing the RPD's finding as being one based on "vague testimony." The RPD did not rely on the vagueness of Mr. Mohamed's testimony, but on his inability to name the individual who had beaten him, and the fact that he had not asked his aunt for that information. While the Minister insisted that this does amount to a conclusion that the evidence was "vague," I cannot agree. The RPD did not address the question as one of vagueness, but stated that the evidence was unreasonable because it "would have expected that if the claimant feared a specific person as his principal agent of persecution, that he would have made

compréhensible, en ce sens que la SAR pouvait lire la conclusion de la SPR et comprendre comment cette dernière a pu être tirée, et que l'issue était étayée par la preuve.

[...]

En résumé, après avoir examiné la justification donnée par les commissaires majoritaires de la SAR, je conclus que la norme de la décision raisonnable appliquée par la SAR ne s'écarte pas de la norme de la décision raisonnable qui est appliquée lors du contrôle judiciaire du simple fait qu'elle emporte un examen indépendant.

[...]

Selon moi, la majorité des conclusions de la SAR quant au contenu de sa norme déférente ne sont pas compatibles avec les directives de la Cour d'appel fédérale selon lesquelles la SAR ne doit pas procéder au contrôle des décisions de la SPR comme s'il s'agissait d'un contrôle judiciaire [...] [Non souligné dans l'original; renvoi omis.]

[53] Je fais observer que la décision de la Cour dans l'affaire *Rozas del Solar* n'a été rendue qu'à la fin de 2018 et n'a peut-être pas été portée à l'attention du tribunal de la SAR au moment où sa décision a été rendue en juin 2019. Néanmoins, je conclus que l'énoncé erroné de la SAR au sujet de son rôle de tribunal d'appel et le motif qu'elle a invoqué pour confirmer la conclusion défavorable de la SPR quant à la crédibilité dénotent qu'elle n'a pas appliqué la norme de contrôle appropriée à l'égard de cette question.

(b) *L'analyse par la SAR de la conclusion relative à la crédibilité était déraisonnable*

[54] Je conclus également que l'appréciation de fond qu'a faite la SAR de la conclusion relative à la crédibilité est déraisonnable. Pour commencer, je conviens avec M. Mohamed que la SAR a commis une erreur en qualifiant la conclusion de la SPR de fondée sur un « témoignage vague ». La SPR s'est appuyée non pas sur l'imprécision du témoignage de M. Mohamed, mais sur son incapacité de nommer la personne qui l'avait battu et sur le fait qu'il n'avait pas demandé cette information à sa tante. Bien que le ministre ait insisté sur le fait que cela équivalait à une conclusion selon laquelle le témoignage était « vague », je ne peux pas être du même avis. La SPR n'a pas abordé la question comme s'il s'agissait d'une imprécision; elle a plutôt déclaré que la preuve était déraisonnable,

efforts to find out that person’s identity.” This is, in essence, a finding that (a) Mr. Mohamed’s fear was of one particular officer as his “principal agent of persecution,” rather than of the NISS and the Sudanese government more broadly; and (b) it was implausible that Mr. Mohamed would have been detained and beaten by that officer without wanting to find out his name.

[55] The RAD’s characterization of the finding is not itself a significant concern. However, it led the RAD to also mischaracterize Mr. Mohamed’s arguments and provide responding reasons that did not address those arguments. The RAD saw no reason to interfere with the RPD’s finding because the RPD [at paragraph 39] asked “simple and direct questions” that were “not difficult nor complicated or controversial,” and that Mr. Mohamed understood the questions. However, Mr. Mohamed did not argue that he misunderstood the RPD’s questions or that they were unduly complex. He argued that the RPD erred by relying on the fact that he did not know the officer’s name and that it was implausible that someone would be detained and beaten without seeking to find that out. The RAD’s failure to “meaningfully grapple with” the central argument raised by Mr. Mohamed on this critical credibility finding was unreasonable: *Vavilov*, at paragraphs 127–128.

[56] Nor did the RAD provide any information to support its own apparent conclusion that Mr. Mohamed’s testimony was “vague” or “lacking specific details about the central elements” of his claim. As Justice Fuhrer noted in her decision in *Oria-Arebun*, the RAD, like the RPD, “is under ‘a duty to give its reasons for casting doubt upon the appellant’s credibility in clear and unmistakable terms’ when conducting its own credibility assessment”: *Oria-Arebun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 1457 [*Oria-Arebun*], at paragraph 55, citing *Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 299, [1991] F.C.J. No. 228 (QL)

parce qu’elle [TRADUCTION] « se serait attendue à ce que, si le demandeur d’asile craignait une personne en particulier comme son principal agent de persécution, il fasse des efforts pour découvrir l’identité de la personne ». Il s’agit, essentiellement, d’une conclusion selon laquelle a) la crainte de M. Mohamed tenait à un agent considéré comme son [TRADUCTION] « principal agent de persécution », plutôt qu’à l’égard du SNRS et du gouvernement du Soudan en général; b) il n’était pas vraisemblable que M. Mohamed ait été détenu et battu par cet agent sans qu’il veuille découvrir son nom.

[55] La qualification de la conclusion par la SAR n’est pas en soi une préoccupation importante. Cependant, cela a conduit la SAR à déformer également les arguments de M. Mohamed et à fournir des motifs de réponse qui n’abordaient pas ces arguments. La SAR ne voyait aucune raison de modifier la conclusion de la SPR, parce que la SPR [au paragraphe 39] avait posé des « questions simples et directes » qui n’étaient « ni difficiles, ni compliquées, ni controversées » et que M. Mohamed avait compris les questions. Cependant, M. Mohamed n’a pas fait valoir qu’il avait mal compris les questions de la SPR ou qu’elles étaient trop complexes. Il a soutenu que la SPR avait commis une erreur en s’appuyant sur le fait qu’il ne connaissait pas le nom de l’agent et qu’il était invraisemblable que quelqu’un soit détenu et battu sans chercher à se renseigner sur ce détail. L’incapacité de la SAR « à s’attaquer de façon significative » à l’argument principal soulevé par M. Mohamed sur cette conclusion essentielle quant à la crédibilité était déraisonnable : *Vavilov*, aux paragraphes 127–128.

[56] La SAR n’a pas non plus fourni de renseignements pour étayer sa propre conclusion apparente selon laquelle le témoignage de M. Mohamed était « vague » ou « n’expliquait pas suffisamment en détail les éléments centraux » de sa demande d’asile. Comme la juge Fuhrer l’a souligné dans sa décision dans l’affaire *Oria-Arebun*, la SAR, tout comme la SPR, « a toutefois “l’obligation de justifier, en termes clairs et explicites, pourquoi elle doutait de la crédibilité de l’appelant” lorsqu’elle procède à sa propre évaluation de la crédibilité » : *Oria-Arebun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 1457 [*Oria-Arebun*], au paragraphe 55, citant *Hilo c.*

(C.A.), at paragraph 6; *Zaytoun v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 939, at paragraph 7.

[57] The RAD gave no indication as to what it found “vague” about Mr. Mohamed’s testimony on this issue. It cannot be taken to have adopted conclusions about “vagueness” from the RPD, since the RPD’s only reference to vagueness pertained to Mr. Mohamed’s unrelated statements about not wanting to fight the government’s wars or kill innocent people. Nor did the RAD indicate what “specific details” it considered to be lacking from Mr. Mohamed’s testimony or, to the extent that this could be taken as referring to the name of the officer, why that impacted Mr. Mohamed’s credibility.

[58] I therefore conclude that the RAD’s reasons on this issue do not meet the requirements of justification, transparency, and intelligibility required for a reasonable decision: *Vavilov*, at paragraph 99. Given the centrality of this adverse credibility finding—which led the RPD to conclude that Mr. Mohamed had fabricated an agent of persecution—this error necessarily affected the reasonableness of the decision as a whole: *Vavilov*, at paragraph 100.

(c) *The RAD erred in its treatment of the documentary evidence*

[59] At his hearing before the RPD, in addition to his own testimony and references to country condition evidence, Mr. Mohamed presented seven primary pieces of documentary evidence. Three of these bore on his allegations that he was detained and beaten by the NISS: a medical certificate, a letter from his father, and a letter from his aunt. The medical certificate stated that Mr. Mohamed came to the hospital on the date he claimed to have been released from detention, and that he suffered and was treated for a broken wrist, four broken front teeth, and a cut under his eye. The father’s letter (as first translated) included statements repeating Mr. Mohamed’s story regarding his detention, beating, and release. The aunt’s letter

Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration), [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.), au paragraphe 6; *Zaytoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 939, au paragraphe 7.

[57] La SAR n’a fourni aucune indication de ce qu’elle a jugé « vague » dans le témoignage de M. Mohamed sur cette question. La SAR n’a pas pu vouloir dire qu’elle a adopté des conclusions de la SPR au sujet de l’« imprécision », puisque la seule référence de la SPR à l’imprécision concernait les déclarations sans lien de M. Mohamed sur le fait de ne pas vouloir mener les guerres du gouvernement ou tuer des innocents. La SAR n’a pas non plus indiqué quels éléments, selon elle, n’étaient pas expliqués « suffisamment en détail » dans le témoignage de M. Mohamed ou, dans la mesure où cet élément pouvait être considéré comme faisant référence au nom de l’agent, pourquoi cela avait eu une incidence sur la crédibilité de M. Mohamed.

[58] Je conclus donc que les motifs de la SAR sur cette question ne satisfont pas aux exigences de justification, de transparence et d’intelligibilité requises pour une décision raisonnable : *Vavilov*, au paragraphe 99. Vu l’importance de cette conclusion défavorable quant à la crédibilité, laquelle a amené la SPR à conclure que M. Mohamed avait inventé un agent de persécution, cette erreur a forcément influé sur le caractère raisonnable de la décision dans son ensemble : *Vavilov*, au paragraphe 100.

c) *La SAR a commis une erreur dans son traitement des éléments de preuve documentaire*

[59] Lors de son audience devant la SPR, en plus de son propre témoignage et des références aux éléments de preuve sur les conditions dans le pays, M. Mohamed a présenté sept éléments de preuve documentaire principaux. Trois d’entre eux portaient sur ses allégations selon lesquelles il aurait été détenu et battu par le SNRS : un certificat médical, une lettre de son père et une lettre de sa tante. Le certificat médical indiquait que M. Mohamed s’était rendu à l’hôpital à la date à laquelle il affirmait avoir été remis en liberté, qu’il avait subi une fracture du poignet et qu’il avait reçu des soins pour cette fracture, ainsi que pour quatre dents de devant cassées et une coupure sous l’œil. La lettre du père (telle que traduite pour

similarly repeated the story, but also indicated that she contacted her son-in-law, Mr. S, who took her to search for Mr. Mohamed, and described his condition when she saw him after he was released.

[60] The RPD considered each of these at the outset of its reasons. It stated that the medical certificate did not give details regarding the trauma that may have caused the injuries, and noted the “limitation of medical certificates in regards to assessing the cause of physical injuries.” The RPD gave little weight to the father’s letter, since he was not in Sudan at the time and therefore could give only second-hand knowledge. The RPD gave “the most probative value” to the aunt’s letter, but stated that the “only first-hand evidence” provided was her physical description of Mr. Mohamed on the date he claims he was released.

[61] On appeal, Mr. Mohamed argued that although the RPD referred to the documents, it did not consider them in assessing his claim and his credibility. In particular, the RPD did not consider how the aunt’s confirmation that he had been missing and had physical injuries, as confirmed by the medical certificate, corroborated his account of being detained and beaten by the NISS before dismissing that account on the basis of Mr. Mohamed’s credibility.

[62] The RAD found that the RPD had clearly not ignored the documents, given its references to the documents and its highlighting of concerns such as first-hand knowledge of the incidents. The RAD then stated as follows [at paragraph 47]:

.... The RPD found the appellant’s responses not to be credible and, therefore, accorded little probative weight to his untested documents and letters, which were themselves also found to be very vague. Further, the RPD’s findings are in accordance with settled law; particularly that when a general negative credibility finding is made by the RPD, it is open for it to give low probative value to other documents. The RAD also notes the decision in

la première fois) contenait des déclarations répétant le récit de M. Mohamed concernant sa détention, les coups qu’il avait reçus et sa libération. La lettre de la tante répétait le récit de la même manière, mais indiquait également qu’elle avait communiqué avec son gendre, M. S, qui l’avait emmenée à la recherche de M. Mohamed, et décrivait son état quand elle l’avait vu après sa libération.

[60] La SPR a examiné chacun de ces éléments au début de ses motifs. Elle a déclaré que le certificat médical ne donnait pas de détails sur le traumatisme qui aurait pu causer les blessures et a souligné les [TRADUCTION] « limites des certificats médicaux concernant l’appréciation de la cause des blessures physiques ». La SPR n’a accordé que peu de poids à la lettre du père, car il n’était pas au Soudan à l’époque et ne pouvait donc transmettre qu’une connaissance indirecte. La SPR a accordé [TRADUCTION] « la plus grande valeur probante » à la lettre de la tante, mais a déclaré que [TRADUCTION] « la seule preuve directe » fournie était sa description physique de M. Mohamed à la date à laquelle il prétend avoir été libéré.

[61] En appel, M. Mohamed a fait valoir que, bien que la SPR se soit référée aux documents, elle ne les avait pas pris en considération pour apprécier sa demande d’asile et sa crédibilité. En particulier, la SPR n’a pas examiné en quoi la confirmation de la tante selon laquelle il avait disparu et avait subi des blessures physiques, comme le confirme le certificat médical, corroborait son récit selon lequel il avait été détenu et battu par le SNRS avant de rejeter ce récit, sur la base de la crédibilité de M. Mohamed.

[62] La SAR a conclu que la SPR n’avait manifestement pas fait fi des documents, compte tenu de ses références aux documents et de sa mise en évidence de préoccupations comme la connaissance directe des incidents. La SAR a ensuite déclaré [au paragraphe 47] :

[...] La SPR a conclu que les réponses de l’appelant n’étaient pas crédibles et, par conséquent, elle n’a pas accordé de valeur probante à ses lettres et ses documents non vérifiés, au sujet desquels il a été conclu qu’ils étaient eux-mêmes très vagues. En outre, les conclusions de la SPR concordent avec la jurisprudence; lorsque la SPR tire une conclusion générale défavorable quant à la crédibilité, la SPR peut accorder une faible valeur probante aux autres

Gebetas [v. *Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1241, at paragraph 29] indicating: “as stated by this Court numerous times, general findings of lack of credibility can affect all relevant evidence submitted by an applicant, including documentary evidence and ultimately cause the rejection of a claim.” [Emphasis in original; footnote omitted.]

[63] As the Minister conceded during oral argument, the RAD’s characterization of the RPD’s conclusions is again simply incorrect. The RPD did not accord little probative weight to the documents based on its conclusions about Mr. Mohamed’s credibility. Nor did it rely on the fact that the documents and letters were “untested.” At no point did the RPD conclude that based on a “general negative credibility finding,” it gave low probative value to other documents, whether or not it was open to the RPD to do so.

[64] In addition to quoting *Gebetas* [*Gebetas v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 1241], the RAD went on to cite paragraph 21 of the decision of Justice Nadon, then of this Court, in *Hamid v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] F.C.J. No. 1293 (QL) (T.D.) [*Hamid*]:

.... Once a Board, as the present Board did, comes to the conclusion that an applicant is not credible, in most cases, it will necessarily follow that the Board will not give that applicant’s documents much probative value, unless the applicant has been able to prove satisfactorily that the documents in question are truly genuine. In the present case, the Board was not satisfied with the applicant’s proof and refused to give the documents at issue any probative value. Put another way, where the Board is of the view, like here, that the applicant is not credible, it will not be sufficient for the applicant to file a document and affirm that it is genuine and that the information contained therein is true. Some form of corroboration or independent proof will be required to “offset” the Board’s negative conclusion on credibility. [Emphasis added.]

[65] It appears that the RAD takes *Gebetas* and *Hamid* to stand for a proposition that the RPD can make an adverse credibility finding based on an applicant’s testimony

documents. La SAR souligne également la décision dans l’affaire *Gebetas* [c. *Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1241, au paragraphe 29], selon laquelle : « À maintes reprises, la Cour a décidé qu’une conclusion générale de manque de crédibilité d’un demandeur peut avoir un effet sur tous les éléments de preuve pertinents présentés par le demandeur, notamment la preuve documentaire, et en fin de compte entraîner le rejet de sa demande. » [Souligné dans l’original; note de bas de page omise.]

[63] Comme le ministre l’a admis durant la plaidoirie, la qualification par la SAR des conclusions de la SPR est encore une fois tout simplement erronée. La SPR n’a pas accordé peu de valeur probante aux documents en s’appuyant sur ses conclusions quant à la crédibilité de M. Mohamed. Elle ne s’est pas non plus appuyée sur le fait que les documents et les lettres étaient « non vérifiés ». À aucun moment, la SPR n’a conclu que, suivant une « conclusion générale défavorable quant à la crédibilité », elle accordait une faible valeur probante à d’autres documents, qu’elle ait été fondée ou non à le faire.

[64] En plus de citer la décision *Gebetas* [*Gebetas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 1241], la SAR a ensuite cité le paragraphe 20 de la décision rendue par le juge Nadon, alors juge à la Cour, dans *Hamid c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1293 (QL) (1^{re} inst.) [*Hamid*] :

[...] Lorsqu’une commission, comme vient de le faire la présente, conclut que le requérant n’est pas crédible, dans la plupart des cas, il s’ensuit nécessairement que la Commission ne donnera pas plus de valeur probante aux documents du requérant, à moins que le requérant ne puisse prouver de façon satisfaisante qu’ils sont véritablement authentiques. En l’espèce, la preuve du requérant n’a pas convaincu la Commission qui a refusé de donner aux documents en cause une valeur probante. Autrement dit, lorsque la Commission estime, comme ici, que le requérant n’est pas crédible, il ne suffit pas au requérant de déposer un document et d’affirmer qu’il est authentique et que son contenu est vrai. Une certaine forme de preuve corroborante et indépendante est nécessaire pour compenser les conclusions négatives de la Commission sur la crédibilité. [Non souligné dans l’original.]

[65] Il semble que la SAR présume que les décisions *Gebetas* et *Hamid* enseignent que la SPR peut tirer une conclusion défavorable quant à la crédibilité en se fondant

and then discount corroborative documentary evidence on the basis of that finding. To the extent that *Gebet* and *Hamid* stand for that proposition, they appear to be in conflict with cases such as *Chen* and *Yu*, which confirm that corroborative evidence must be assessed before reaching an adverse credibility finding: *Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FC 311, at paragraphs 19–21; *Yu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1138, at paragraphs 34–35.

[66] I need not decide this issue, but in my view, *Gebet* and *Hamid* cannot be taken for so broad a proposition. In *Hamid*, for example, the I.R.B. had in fact analyzed the documents in question, finding them not to be genuine, and the Court was considering the claimant’s argument that the I.R.B. was required to analyze that evidence *independently* of the applicant’s testimony: *Hamid*, at paragraphs 17–19. Similarly, in *Gebet*, the Court found that the RPD took all of the documentary evidence into account, but that it was reasonable to attribute little weight to them as they relied on underlying facts found not to be credible: *Gebet*, at paragraphs 28–29.

[67] In any event, in my view *Chen* and *Yu* better represent the law as being consistent with the role and purpose of corroborative evidence. I note that the Federal Court of Appeal’s decision in *Sheikh*, frequently cited on this issue, does not go so far as to state a general proposition that once a credibility finding is made on the basis of testimony, any corroborative documentation can be simply discounted on that basis: *Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1990] 3 F.C. 238 (C.A.) [at page 244], at paragraph 8. In that case, which dealt with “no credible basis” findings, the [Federal] Court of Appeal noted that a first-level panel may find an applicant “so lacking in credibility” that it concludes that there is no credible evidence on which a second-level panel could uphold the claim. In other words, “a general finding of a lack of credibility on the part of the applicant may conceivably extend to all relevant evidence emanating from his testimony”: *Sheikh*, [at page 244] at paragraph 8. This passage does not endorse an approach in which credibility

sur le témoignage d’un demandeur, puis écarter la preuve documentaire corroborante en s’appuyant sur cette conclusion. Dans la mesure où les décisions *Gebet* et *Hamid* soutiennent cette proposition, elles semblent être en conflit avec des décisions comme *Chen* et *Yu*, qui confirment que la preuve corroborante doit être appréciée avant qu’il soit possible d’arriver à une conclusion défavorable en matière de crédibilité : *Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CF 311, aux paragraphes 19–21; *Yu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1138, aux paragraphes 34–35.

[66] Je n’ai pas besoin de trancher cette question, mais, à mon avis, les décisions *Gebet* et *Hamid* ne peuvent pas être considérées comme une proposition aussi large. Dans la décision *Hamid*, par exemple, la C.I.S.R. avait en fait analysé les documents en question, les jugeant non authentiques, et la Cour examinait l’argument du requérant voulant que la C.I.S.R. était tenue d’analyser cette preuve *indépendamment* du témoignage du requérant : *Hamid*, aux paragraphes 17–19. De même, dans la décision *Gebet*, la Cour a conclu que la SPR avait pris en compte l’ensemble des éléments de preuve documentaire, mais qu’il était raisonnable de leur accorder peu de poids, étant donné que les faits sous-jacents avaient été jugés non crédibles : *Gebet*, aux paragraphes 28–29.

[67] Quoi qu’il en soit, à mon avis, les décisions *Chen* et *Yu* représentent la jurisprudence à privilégier au chapitre du rôle et de l’objet de la preuve corroborante. Je souligne que l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Sheikh*, fréquemment cité sur cette question, ne va pas jusqu’à énoncer une proposition générale selon laquelle, une fois qu’une conclusion relative à la crédibilité est tirée sur la foi d’un témoignage, tout document corroborant peut être simplement écarté pour ce motif : *Sheikh c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1990] 3 C.F. 238 (C.A.) [à la page 244], au paragraphe 8. Dans cette affaire, qui portait sur des conclusions relatives à une demande ne possédant pas « un minimum de fondement », la Cour d’appel [fédérale] a noté que le premier palier d’audience peut « douter raisonnablement de [la] crédibilité » d’un demandeur au point de conclure qu’il n’existe aucun élément de preuve crédible sur lequel le second palier d’audience pourrait se fonder pour faire droit à la demande d’asile. En d’autres termes, « la

findings are made prior to, or without assessment of, other relevant corroborative evidence.

[68] Nor does the [Federal] Court of Appeal's decision in *Sellan*, referenced by the Minister in oral argument, stand for such a broad proposition: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Sellan*, 2008 FCA 381, 76 Imm. L.R. (3d) 6 [*Sellan (FCA)*], at paragraph 3. There, the [Federal] Court of Appeal was dealing with a certified question regarding whether the I.R.B. was required to undertake an assessment under section 97 of the IRPA based on the objective country condition evidence, after it found non-credible the applicant's asserted fear of persecution and evidence that he was personally in need of protection: *Sellan v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 44, 68 Imm. L.R. (3d) 115, at paragraphs 5–6, 10–12; *Sellan (FCA)*, at paragraphs 2–3. The [Federal] Court of Appeal answered that question at paragraph 3, stating that:

... where the Board makes a general finding that the claimant lacks credibility, that determination is sufficient to dispose of the claim unless there is independent and credible documentary evidence in the record capable of supporting a positive disposition of the claim. The claimant bears the onus of demonstrating there was such evidence.

[69] In the context in which it was decided, dealing with whether objective country condition evidence can itself establish a section 97 claim, I cannot take *Sellan (FCA)* as speaking to, or endorsing, an approach to credibility findings in which credibility determinations are made prior to an assessment of corroborative evidence, and the corroborative evidence is then discounted on the basis of the credibility determination.

[70] In the present case, unlike in *Hamid*, there was no identified issue with respect to the genuineness of any of

conclusion générale du manque de crédibilité du demandeur de statut peut fort bien s'étendre à tous les éléments de preuve pertinents de son témoignage » : *Sheikh*, [à la page 244] au paragraphe 8. Ce passage ne souscrit pas à une approche dans laquelle des conclusions relatives à la crédibilité sont tirées avant l'appréciation d'autres éléments de preuve corroborants pertinents, ou en l'absence d'une telle appréciation.

[68] L'arrêt de la Cour d'appel [fédérale] dans l'affaire *Sellan*, mentionné par le ministre lors de la plaidoirie, ne justifie pas non plus une proposition aussi large : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Sellan*, 2008 CAF 381 (*Sellan (CAF)*), au paragraphe 3. Dans cette affaire, la Cour d'appel [fédérale] s'est penchée sur une question certifiée, à savoir si la C.I.S.R. était tenue d'effectuer une appréciation au titre de l'article 97 de la LIPR, fondée sur la preuve objective relative aux conditions dans le pays, et ce, après avoir jugé non crédible la crainte alléguée de persécution du demandeur et la preuve selon laquelle il avait qualité de personne à protéger : *Sellan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 44, aux paragraphes 5–6 et 10–12; *Sellan (CAF)*, aux paragraphes 2–3. La Cour d'appel [fédérale] a répondu à cette question au paragraphe 3, en déclarant :

[...] Lorsque la Commission tire une conclusion générale selon laquelle le demandeur manque de crédibilité, cette conclusion suffit pour rejeter la demande, à moins que le dossier ne comporte une preuve documentaire indépendante et crédible permettant d'étayer une décision favorable au demandeur. C'est au demandeur qu'il incombe de démontrer que cette preuve existe.

[69] Dans le contexte dans lequel la question a été tranchée, relativement celle de savoir si une preuve objective sur les conditions dans le pays peut, en soi, établir une demande d'asile fondée sur l'article 97, je ne peux pas considérer que l'arrêt *Sellan (CAF)* porte sur une approche à l'égard des conclusions quant à la crédibilité, ou approuve une telle approche, dans laquelle des conclusions sont tirées avant une appréciation de la preuve corroborante, et où cette dernière est ensuite écartée en fonction de la conclusion quant à la crédibilité.

[70] En l'espèce, contrairement à l'affaire *Hamid*, aucune question n'a été soulevée en ce qui concerne l'authenticité

the documents. The letters from Mr. Mohamed's father and aunt were not questioned by the RPD as not being genuine letters from them. Nor did the RPD raise concerns about the genuineness of the medical certificate.

[71] The RAD went on to conduct its own independent review of Mr. Mohamed's documents. It did so by noting that these documents were very brief, that no originals were provided, that the letters were not sworn or witnessed, that no contact information was provided, nor were the authors offered as potential witnesses to be cross-examined. On these grounds, the RAD found them to be insufficient to offset its credibility concerns.

[72] I again agree with Mr. Mohamed that these were unreasonable grounds on which to discount the documents. It was improper for the RAD to rely on issues regarding the genuineness of the documents (such as not producing originals) when this was not raised by the RPD and Mr. Mohamed had no basis to respond: *Laag v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 890, at paragraph 23. I note that this was not a case in which the RPD questioned the genuineness of the documents and the RAD simply raised new concerns on the same issue: *Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 1064, at paragraphs 16–17.

[73] It was also unreasonable to rely on the fact that the letters were not sworn or that the authors were not put forward as witnesses: *Oria-Arebun*, at paragraphs 51–52. In the language of Justice Mahoney of the Federal Court of Appeal “[i]t is not for the Refugee Division to impose on itself or claimants evidentiary fetters of which Parliament has freed them”: *Fajardo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 113, [1993] F.C.J. No. 915 (QL) (C.A.), at paragraph 4; *Oria-Arebun*, at paragraph 52.

de l'un ou l'autre des documents. La SPR n'a pas remis en cause les lettres du père et de la tante de M. Mohamed, au motif qu'elles n'étaient pas authentiques. La SPR n'a pas non plus soulevé de préoccupations quant à l'authenticité du certificat médical.

[71] La SAR a ensuite procédé à son propre examen indépendant des documents de M. Mohamed. Elle l'a fait en soulignant que ces documents étaient très brefs, qu'aucun original n'avait été fourni, que les lettres n'avaient pas été produites sous serment ni attestées, qu'aucune coordonnée n'avait été fournie et que les auteurs n'avaient pas été proposés comme témoins potentiels en vue d'un contre-interrogatoire. Pour ces motifs, la SAR les a jugés insuffisants pour l'emporter sur ses préoccupations quant à la crédibilité.

[72] Je conviens encore une fois avec M. Mohamed qu'il s'agissait de motifs déraisonnables pour écarter les documents. Il était inapproprié pour la SAR de se fonder sur des questions afférentes à l'authenticité des documents (comme la non-production d'originaux), alors que cet aspect n'avait pas été soulevé par la SPR et que M. Mohamed n'avait aucun fondement pour répondre : *Laag c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 890, au paragraphe 23. Je note qu'il ne s'agissait pas d'une affaire dans laquelle la SPR avait remis en cause l'authenticité des documents, et que la SAR a simplement soulevé de nouvelles préoccupations sur la même question : *Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 1064, aux paragraphes 16–17.

[73] Il était également déraisonnable de s'appuyer sur le fait que les lettres n'avaient pas été produites sous serment ou que les auteurs n'avaient pas été présentés comme témoins : *Oria-Arebun*, aux paragraphes 51–52. Selon les propos du juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale, « il n'appartient pas à la Section du statut de réfugié de s'imposer à elle-même ou d'imposer à des demandeurs des restrictions dont le Parlement les a libérés en ce qui a trait à la preuve » : *Fajardo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 915 (QL) (C.A.), au paragraphe 4; *Oria-Arebun*, au paragraphe 52.

[74] I therefore conclude that the RAD's analysis of the RPD's assessment of the documentary evidence, and its own assessment of that evidence, were unreasonable.

IV. Conclusion

[75] The application for judicial review is therefore granted. The decision of the RAD is set aside and sent back to a different panel of the RAD for redetermination, both as to Mr. Mohamed's application for the admission of new evidence and as to the merits of the appeal.

[76] The Minister advised that it was not proposing a question for certification. Mr. Mohamed also did not propose a question for certification in advance of or at the outset of the oral hearing. At the conclusion of the hearing, Mr. Mohamed's counsel asked for an opportunity to consider whether a question would be proposed for certification with respect to an aspect of issue A(1) above, namely whether evidence filed to show that new evidence met the requirements of subsection 110(4) of the IRPA could trigger a requirement for an oral hearing under subsection 110(6). I advised that I would not rule on that request immediately, but would assess whether the issue was potentially determinative, and if so, whether I should receive submissions on the issue.

[77] For the reasons set out above, I conclude that the issue in question is clearly not determinative of this application for judicial review. In particular, I have concluded that the RAD's refusal to accept Mr. Mohamed's new documents was unreasonable, even though I have concluded that procedural fairness does not require an oral hearing. Being dispositive of the matter is a requirement for certification of a question pursuant to paragraph 74(d) of the IRPA: *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36. I therefore conclude that I should not certify a question and that I need not permit further submissions from Mr. Mohamed on the question of certification.

[74] Je conclus donc que l'analyse que la SAR a faite de l'appréciation par la SPR de la preuve documentaire et sa propre appréciation de cette preuve étaient déraisonnables.

IV. Conclusion

[75] Par conséquent, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie. La décision de la SAR sera annulée et renvoyée à un tribunal différemment constitué de la SAR pour nouvelle décision, tant sur la demande de M. Mohamed relative à l'admission de nouveaux éléments de preuve que sur le fond de l'appel.

[76] Le ministre a déclaré qu'il ne proposait pas de question aux fins de certification. M. Mohamed n'a pas non plus proposé de question à certifier avant l'audience ou au début de celle-ci. À la fin de l'audience, l'avocat de M. Mohamed a demandé que l'occasion lui soit donnée de décider s'il proposerait une question à certifier relativement à un aspect de la question A1) ci-dessus, à savoir si la preuve déposée pour démontrer que le nouvel élément de preuve répondait aux exigences du paragraphe 110(4) de la LIPR pourrait déclencher une exigence quant à la tenue d'une audience au titre du paragraphe 110(6). J'ai avisé les parties que je ne me prononcerais pas sur cette demande immédiatement, mais que je déterminerais si la question était potentiellement déterminante et, dans l'affirmative, si je devais recevoir des observations sur la question.

[77] Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que la question en cause n'est manifestement pas déterminante pour la présente demande de contrôle judiciaire. En particulier, j'ai conclu que le refus de la SAR d'admettre les nouveaux documents de M. Mohamed était déraisonnable, bien que j'aie conclu que l'équité procédurale n'exigeait pas la tenue d'une audience. Le fait d'être déterminante quant à l'issue de l'affaire est une exigence pour la certification d'une question aux termes de l'alinéa 74d) de la LIPR : *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36. Par conséquent, je conclus que je ne devrais pas certifier de question et que je n'ai pas besoin de permettre des observations supplémentaires de la part de M. Mohamed sur la question de la certification.

JUDGMENT IN IMM-3925-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application for judicial review is allowed, and Mr. Mohamed's appeal from the decision of the Refugee Protection Division dated August 24, 2018 is remitted to the Refugee Appeal Division for re-determination by a different panel.

JUGEMENT DANS LE DOSSIER IMM-3925-19

LA COUR STATUE que

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie, et l'appel interjeté par M. Mohamed à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés, datée du 24 août 2018, est renvoyé à la Section d'appel des réfugiés pour qu'un tribunal différemment constitué rende une nouvelle décision.

A-408-19
2021 FCA 7

A-408-19
2021 CAF 7

CanMar Foods Ltd. (Appellant)

CanMar Foods Ltd. (appelante)

v.

c.

TA Foods Ltd. (Respondent)

TA Foods Ltd. (intimée)

INDEXED AS: CANMAR FOODS LTD. v. TA FOODS LTD.

RÉPERTORIÉ : CANMAR FOODS LTD. c. TA FOODS LTD.

Federal Court of Appeal, Pelletier, de Montigny and Rivoalen JJ.A.—By videoconference hosted by the Registry, November 3, 2020; Ottawa, January 20, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, de Montigny et Rivoalen, J.C.A.—Par vidéoconférence organisée par le greffe, le 3 novembre 2020; Ottawa, 20 janvier 2021.

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision granting respondent's motion for summary judgment dismissing appellant's patent infringement action — Appellant owner of patent ('376 patent) for roasting oil seed — Alleging infringement in statement of claim — Respondent arguing its oil roasting process falling outside appellant's patent claims; that limitations in its process added as part of prosecution history of corresponding U.S. application — Federal Court accepting that it is allowed to look at foreign prosecution history in “extraordinary circumstances” — Relying on United States Court of Appeals (Federal Circuit) decision in Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc. (Abbott Labs) — Federal Court analysis relying in part on U.S. application prosecution history — Determinative issue herein whether Federal Court erring in construction of Claim 1 of '376 patent — Question of whether prosecution history of foreign patent application could be considered under Patent Act, s. 53.1 when purposively construing '376 patent also examined — Federal Court not erring in its construction of Claim 1 of '376 patent, essential elements thereof — Applying correct legal principles — Federal Court's purposive interpretation entirely warranted having regard to language of claim, disclosure — Federal Court, however, should have refrained from taking into consideration prosecution history of corresponding U.S. application in circumstances of present case — S. 53.1 circumscribing evidentiary use that can be made of file prosecution history — Strict reading of s. 53.1 not sanctioning use of prosecution file as independent, stand-alone aid to construction of patent claim — Prosecution file nonetheless playing role in construing claims — But courts should be wary to extend detailed language of s. 53.1 — Public policy reasons also warranting that courts tread carefully in allowing extrinsic evidence, e.g. allowing foreign patent prosecution history into analysis might lead to contentious, expensive litigation — Facts of case herein not lending themselves to proper finding of incorporation by reference — Appeal dismissed.

Brevets — Contrefaçon — Appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale d'accueillir la requête en jugement sommaire présentée par l'intimée et ainsi de rejeter l'action en contrefaçon de brevet de l'appelante — L'appelante est titulaire d'un brevet (brevet '376) pour faire griller des graines oléagineuses — Elle a allégué la contrefaçon dans une déclaration — L'intimée a fait valoir que son procédé de grillage des graines ne relevait pas des revendications du brevet de l'appelante; que des limites ont été ajoutées durant son procédé dans le cadre de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante — La Cour fédérale a admis qu'elle pouvait prendre en compte l'historique de poursuite d'autres pays dans des « circonstances extraordinaires » — Elle s'est fondée sur la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis (circuit fédéral) dans l'affaire Abbott Labs v. Sandoz (Abbott Labs) — L'analyse de la Cour fédérale a reposé en partie sur l'historique de poursuite de la demande américaine — Dans la présente affaire, il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376 — La question de savoir si l'historique de poursuite d'une demande de brevet étrangère peut être prise en compte en vertu de l'art. 53.1 de la Loi sur les brevets pour interpréter téléologiquement le brevet '376 a été examinée également — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376 et de ses éléments essentiels — Elle a appliqué les bonnes règles de droit — Son interprétation téléologique était entièrement justifiée, compte tenu du libellé de cette revendication et de la divulgation — La Cour fédérale aurait dû s'abstenir, cependant, de tenir compte de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante dans les circonstances de l'espèce — L'art. 53.1 restreint l'utilisation qui peut être faite en preuve de l'historique de poursuite d'une demande — Une interprétation littérale de l'art. 53.1 ne sanctionne pas le recours au dossier de poursuite comme outil indépendant d'interprétation des revendications d'un brevet — Le dossier de la poursuite joue néanmoins un rôle

This was an appeal from a Federal Court decision granting the respondent's motion for summary judgment dismissing the patent infringement action of the appellant.

The parties are competitors in the business of manufacturing roasted flax seed products. The appellant owns Canadian Patent no. 2582376 ('376 patent) entitled "Methods for Roasting Oil Seed, and Roasted Oil Seed Products". All claims are either directly or indirectly dependent upon Claim 1, which describes a method for roasting oil seed. The appellant alleged infringement of its '376 patent in a statement of claim. The respondent denied the allegations of infringement, arguing that its oil roasting process fell outside Claim 1. The respondent argued, *inter alia*, that two limitations in its heating process were added as part of the prosecution history of the corresponding U.S. application filed before the United States Patent and Trademark Office (PTO), and were meant to overcome prior art cited by the PTO. The claims filed before the PTO were substantially the same as those of the '376 patent. The Federal Court noted that section 53.1 of the *Patent Act* allows written communications between the patentee and the Patent Office during the prosecution of a Canadian patent application to be admitted into evidence. While being of the view that reference to prosecution histories from other jurisdictions should generally remain inadmissible for the purposes of claim construction, the Federal Court accepted that it is allowed to look at foreign prosecution history in "extraordinary circumstances". The Federal Court relied on the decision of the United States Court of Appeals (Federal Circuit) in *Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc. (Abbott Labs)*, where the prosecution of a Japanese patent application was deemed part of the prosecution history of an American patent, and therefore constituted admissible evidence in construing the American patent claims. The Federal Court concluded that the same approach should prevail in Canada to give section 53.1 its intended effect. In the case at bar, the Federal Court weighed two elements in favour of considering the U.S. prosecution history as an admissible extrinsic aid to the construction of the '376 patent. While the Federal Court stated that it could construe Claim 1 of the '376 patent and find no infringement without having recourse to the U.S. application prosecution history, its analysis relied in part on that evidence. The Federal Court held that the respondent did not infringe Claim 1 nor any claim of the '376 patent.

dans l'interprétation des revendications — Les tribunaux devraient toutefois hésiter à élargir le libellé détaillé de l'art. 53.1 — Il existe également des motifs d'intérêt public qui justifient que l'on hésite à admettre une preuve extrinsèque, p. ex. permettre l'admission en preuve de l'historique de poursuite lié à des demandes de brevets étrangères risquerait de mener à des instances excessivement litigieuses et coûteuses — Les faits en l'espèce ne se prêtaient pas à la formulation d'une conclusion sur la question de l'incorporation par renvoi — Appel rejeté.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale d'accueillir la requête en jugement sommaire présentée par l'intimée et ainsi de rejeter l'action en contrefaçon de l'appelante.

Les parties se font concurrence dans le secteur de la fabrication de produits à base de graines de lin grillées. L'appelante est titulaire du brevet canadien n° 2582376 (brevet '376) intitulé « Procédés pour faire griller des graines oléagineuses, et produits de graines oléagineuses grillées ». Toutes les revendications dépendent directement ou indirectement de la revendication 1, qui décrit une méthode de grillage de graines oléagineuses. L'appelante a allégué la contrefaçon du brevet '376 dans une déclaration. L'intimée a nié les allégations de contrefaçon, faisant valoir que son procédé de grillage des graines ne relevait pas de la revendication 1. L'intimée a fait valoir notamment que deux limites ont été ajoutées durant son procédé de grillage dans le cadre de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante déposée auprès du Patent and Trademark Office (PTO) des États-Unis, dans le but de réfuter l'argument d'antériorité invoqué par le PTO. Les revendications déposées auprès du PTO étaient essentiellement les mêmes que les revendications du brevet '376. La Cour fédérale a signalé que l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets* permet que les communications écrites faites entre le titulaire du brevet et le Bureau canadien des brevets durant la poursuite de demandes de brevet canadiennes soient admises en preuve. Tout en estimant que les historiques de poursuite d'autres pays devraient généralement demeurer inadmissibles aux fins de l'interprétation de revendications, la Cour fédérale a néanmoins admis qu'elle pouvait prendre en compte l'historique de poursuite d'autres pays dans des « circonstance extraordinaire ». La Cour fédérale s'est fondée sur la décision rendue par la Cour d'appel des États-Unis (circuit fédéral) dans l'affaire *Abbott Laboratories v. Sandoz (Abbott Labs)*, où la poursuite d'une demande de brevet japonaise a été réputée faire partie de l'historique de poursuite d'un brevet américain et constituait donc un élément de preuve admissible pour l'interprétation des revendications du brevet américain. La Cour fédérale a conclu que la même démarche devait s'appliquer au Canada afin de donner à l'article 53.1 l'effet recherché. Dans l'affaire en instance, la Cour fédérale a estimé que deux éléments penchaient en faveur de la prise en compte de l'historique de poursuite aux États-Unis en tant qu'élément de preuve extrinsèque admissible pour l'interprétation du brevet '376. Bien que la

The determinative issue in the case at bar was whether the Federal Court erred in its construction of Claim 1 of the '376 patent. The question of whether the prosecution history of a foreign patent application could be considered under section 53.1 of the *Patent Act* when purposively construing the '376 patent was also examined.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in its construction of Claim 1 of the '376 patent and of its essential elements. It applied the correct legal principles, and its purposive interpretation of that claim was entirely warranted having regard to the language of that claim itself and to the disclosure. The Federal Court should have refrained, however, from taking into consideration the prosecution history of the corresponding U.S. application in the circumstances of the present case. Prior to the introduction of section 53.1 of the *Patent Act*, Canadian law was clear that the prosecution file was inadmissible for the purposes of claim construction. Section 53.1 of the *Patent Act* has brought about a significant shift in the Canadian approach to file wrapper estoppel.¹ It can be perceived as a step to better align Canadian law with its British and American counterparts. Section 53.1 circumscribes the evidentiary use that can be made of the file prosecution history. A strict reading of section 53.1 does not sanction the use of the prosecution file as an independent, stand-alone aid to construction of a patent claim. The prosecution file nonetheless does play a role in construing claims, along with the claims themselves and disclosure, to the extent that it may rebut a patentee's representation. Courts should be wary to extend the detailed language of section 53.1, which is specific about the communications being limited to those with the Canadian Patent Office. The legislation is carefully tailored, and it would go against statutory interpretation principles to try to go beyond its original intent. There are also public policy reasons for treading carefully in allowing extrinsic evidence. Opening the door to allowing foreign patent prosecution history into the analysis might lead to overly contentious and expensive litigation. Moreover, different countries have different patent registration

¹ File wrapper estoppel is based on the principle that an inventor is not allowed to make representations to the patent office in order to avoid being refused a patent and later, in the context of an infringement action, assert that the patent covers elements or aspects of the subject that were disclaimed or abandoned in discussions with the patent office.

Cour fédérale ait affirmé qu'elle pouvait interpréter la revendication 1 du brevet '376 et ne relever aucune contrefaçon, sans avoir à invoquer l'historique de poursuite de la demande américaine, son analyse a reposé en partie sur cette preuve. La Cour fédérale a conclu que l'intimée n'a pas contrefait la revendication 1, ni quelque autre revendication du brevet '376.

Dans la présente affaire, il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376. La question de savoir si l'historique de poursuite d'une demande de brevet étrangère peut être prise en compte en vertu de l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets* pour interpréter téléologiquement le brevet '376 a été examinée également.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376 et de ses éléments essentiels. Elle a appliqué les bonnes règles de droit, et son interprétation téléologique de cette revendication était entièrement justifiée, compte tenu du libellé de cette revendication et de la divulgation. La Cour fédérale aurait dû s'abstenir, cependant, de tenir compte de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante dans les circonstances de l'espèce. Avant l'introduction de l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, il ne faisait pas de doute en droit canadien que le dossier de poursuite était inadmissible aux fins de l'interprétation de revendications. L'article 53.1 de la *Loi sur les brevets* a introduit un changement majeur dans l'approche canadienne à l'égard de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier¹. Elle peut être perçue comme une mesure visant à harmoniser le droit canadien avec ceux du Royaume-Uni et des États-Unis. L'article 53.1 restreint l'utilisation qui peut être faite en preuve de l'historique de poursuite d'une demande. Une interprétation littérale de l'article 53.1 ne sanctionne pas le recours au dossier de poursuite comme outil indépendant d'interprétation des revendications d'un brevet. Le dossier de la poursuite joue néanmoins un rôle dans l'interprétation des revendications, au même titre que les revendications proprement dites et la divulgation, dans la mesure où il peut réfuter des observations faites par le breveté. Les tribunaux devraient hésiter à élargir le libellé détaillé de l'article 53.1, lequel précise que les communications se limitent à celles avec le Bureau canadien des brevets. La disposition est soigneusement rédigée; tenter d'aller au-delà de son objet initial irait à l'encontre des principes d'interprétation des lois. Il existe également des motifs d'intérêt public qui

¹ L'irrecevabilité fondée sur le dossier de la demande de brevet se fonde sur le principe qu'on ne peut admettre que l'inventeur fasse des déclarations à l'office des brevets pour éviter de se voir refuser le brevet, puis, par la suite, dans le contexte d'une action en contrefaçon, prétende que le brevet couvre des éléments ou des aspects du sujet qui ont fait l'objet d'un désistement ou d'un abandon dans les discussions avec l'office des brevets.

processes. While the global system has become more interconnected, a party may disclaim an element in one country that they need not disclaim in another. That being said, one should not underplay the public interest in keeping those who have previously disclaimed elements from their patent from re-claiming them in future infringement cases. Yet, whether the doctrine of incorporation by reference should formally be treated as an exception to the general prohibition on foreign prosecution files, was a question best left for another day. Not only should courts refrain from deciding beyond what is strictly necessary for the resolution of the case of which they are seized, but the facts of this case did not lend themselves to a proper finding of incorporation by reference. There was nothing in the prosecution file of the '376 patent that identified what specific "written communication" from the U.S. prosecution history is incorporated and where that written communication can be found. In *Abbott Labs*, on which the Federal Court heavily relied on, the U.S. patent claimed priority from the application of the foreign patent, which necessarily entails that express reference to the foreign patent was made. Such was not the case here.

justifient que l'on hésite à admettre une preuve extrinsèque. Permettre l'admission en preuve de l'historique de poursuite lié à des demandes de brevets étrangères risquerait de mener à des instances excessivement litigieuses et coûteuses. De plus, la procédure d'enregistrement des brevets diffère d'un pays à l'autre. Si le système mondial s'est resserré, il peut arriver qu'une partie doive, dans un pays, renoncer à un élément auquel elle n'aura pas à renoncer dans un autre pays. Cela dit, il ne faudrait pas minimiser l'aspect d'intérêt public visant à éviter que des personnes ayant précédemment renoncé à des éléments de leur brevet ne tentent de les revendiquer de nouveau lors de futures affaires de contrefaçon. Néanmoins, il valait mieux reporter à une autre fois l'examen de la question visant à savoir si la doctrine de l'incorporation par renvoi devrait officiellement être considérée comme une exception à l'interdiction générale d'invoquer des dossiers de poursuite étrangers. Non seulement les tribunaux devraient-ils s'abstenir de statuer sur des questions autres que celles étant strictement essentielles au règlement de l'affaire dont ils sont saisis, mais les faits en l'espèce ne se prêtaient pas à la formulation d'une conclusion sur la question de l'incorporation par renvoi. Rien dans le dossier de poursuite du brevet '376 n'indiquait de façon détaillée quelles « communications écrites » précises extraites de l'historique de poursuite de la demande américaine sont incorporées dans le brevet, ni où se trouvent ces communications. Dans l'affaire *Abbott Labs*, sur laquelle la Cour fédérale s'est fondée largement, le brevet américain revendiquait la priorité par rapport à la demande de brevet étranger, ce qui impliquait nécessairement un renvoi exprès au brevet étranger. Ce n'était pas le cas en l'espèce.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 213, 215.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 53.1.
Patent Rules, SOR/2019-251, s. 57(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), October 5, 1973, Art. 69.

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235;
Whirlpool Corp. v. Camco Inc., 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024.

DISTINGUISHED:

Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc., 566 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2009).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 53.1.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 213, 215.
Règles sur les brevets, DORS/2019-251, art. 57(1).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973, art. 69.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235;
Whirlpool Corp. c. Camco Inc., 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc., 566 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2009).

CONSIDERED:

Canada (Attorney General) v. Lameman, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372; *Watson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2017 FC 321; *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2001 FCT 1129, 15 C.P.R. (4th) 417, [2002] 1 F.C. D-25 (Digest), affd 2002 FCA 440, 22 C.P.R. (4th) 450; *Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209; *Pollard Banknote Limited v. BABN Technologies Corp.*, 2016 FC 883, 141 C.P.R. (4th) 329; *Vitronics v. Conceptronc, Inc.*, 90 F.3d 1576 (Fed. Cir. 1996); *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17, 117 S. Ct. 1040 (1997); *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, 535 U.S. 722, 122 S. Ct. 1831 (2002); *Rohm and Haas Co. & Anor v. Collag Ltd. & Anor*, [2001] EWCA Civ. 1589 (BAILII), [2002] F.S.R. 28; *Kirin-Amgen Inc. & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd. & Ors*, [2004] UKHL 46 (BAILII), [2005] R.P.C. 9; *Eli Lilly and Company v. Actavis UK Limited and others & Ors*, [2017] UKSC 48, [2017] R.P.C. 21; *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2020 FC 814, 181 C.P.R. (4th) 1; *Bauer Hockey Ltd. v. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 FC 624; *Paice LLC v. Ford Motor Company*, 881 F.3d. 894 (2018).

REFERRED TO:

Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc., 2015 FCA 116, 474 N.R. 311; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Premakumaran v. Canada*, 2006 FCA 213, [2007] 2 F.C.R. 191; *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68 (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 FC 996, 375 F.T.R. 38, affd 2012 FCA 48, 99 C.P.R. (4th) 392; *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 4, 56 Imm. L.R. (4th) 175, [2018] F.C.J. No. 21 (QL); *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FC 446, [2008] 1 F.C.R. 672; *Excalibre Oil Tools Ltd. v. Advantage Products Inc.*, 2016 FC 1279; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.); *Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University*, 212 F.3d 1272 (2000).

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 1233, [2020] 2 F.C.R. 32) granting the respondent's motion for summary judgment dismissing the patent infringement action of the appellant. Appeal dismissed.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Procureur général) c. Lameman, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372; *Watson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2017 CF 321; *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2001 CFPI 1129, [2002] 1 C.F. F-25 (Fiche analytique), conf. par 2002 CAF 440; *Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043; *Pollard Banknote Limited c. BABN Technologies Corp.*, 2016 CF 883; *Vitronics v. Conceptronc, Inc.*, 90 F.3d 1576 (Fed. Cir. 1996); *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17, 117 S. Ct. 1040 (1997); *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, 535 U.S. 722, 122 S. Ct. 1831 (2002); *Rohm and Haas Co. & Anor v. Collag Ltd. & Anor*, [2001] EWCA Civ. 1589 (BAILII), [2002] F.S.R. 28; *Kirin-Amgen Inc. & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd. & Ors*, [2004] UKHL 46 (BAILII), [2005] R.P.C. 9; *Eli Lilly and Company v. Actavis UK Limited and others & Ors*, [2017] UKSC 48, [2017] R.P.C. 21; *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2020 CF 814; *Bauer Hockey Ltd. c. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 CF 624; *Paice LLC v. Ford Motor Company*, 881 F.3d. 894 (2018).

DÉCISIONS CITÉES :

Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc., 2015 CAF 116; *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Premakumaran c. Canada*, 2006 CAF 213, [2007] 2 R.C.F. 191; *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.); *Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 CF 996, conf. par 2012 CAF 48; *Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 4; *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 446, [2008] 1 R.C.F. 672; *Excalibre Oil Tools Ltd. c. Advantage Products Inc.*, 2016 CF 1279; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.); *Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University*, 212 F.3d 1272 (2000).

APPEL interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale (2019 CF 1233, [2020] 2 R.C.F. 32) d'accueillir la requête en jugement sommaire présentée par l'intimée et ainsi de rejeter l'action en contrefaçon de l'appelante. Appel rejeté.

APPEARANCES

Serge Anissimoff and *Jaime Holroyd* for appellant.

Patrick Smith, Jeffrey Coles and *Sarah Li* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Siskinds LLP, London, Ontario, for appellant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Calgary, for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.A.: This is an appeal from a decision of the Federal Court (*per* Justice Manson) dated September 25, 2019 [2019 FC 1233, [2020] 2 F.C.R. 32 (reasons)] which granted the motion for summary judgment brought by TA Foods Ltd. (the respondent or TA Foods), thereby dismissing the patent infringement action of CanMar Foods Ltd. (the appellant or CanMar) with respect to its 2582376 Patent (the '376 patent). Justice Manson considered Claim 1 of the '376 patent, upon which all the other claims are dependent, and found that the two essential elements at issue were absent from TA Foods' process. As a result, he came to the conclusion that the respondent did not infringe the '376 patent, and further saw no genuine issue for trial.

[2] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal. In my view, Justice Manson did not err in finding that TA Foods' only process for roasting oil seeds such as flax does not infringe any claim of the '376 patent, and in granting summary judgment dismissing CanMar's patent infringement action.

I. Factual Context

[3] The appellant and the respondent, two Saskatchewan corporations, are competitors in the business of manufacturing flax seed products and more particularly, for our purposes, roasted flax seed products.

ONT COMPARU :

Serge Anissimoff et *Jaime Holroyd* pour l'appelante.

Patrick Smith, Jeffrey Coles et *Sarah Li* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Siskinds LLP, London, Ontario, pour l'appelante.
Gowling WLG (Canada) LLP, Calgary, pour l'intimée.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : Notre Cour est saisie d'un appel interjeté à l'encontre de la décision rendue le 25 septembre 2019 par la Cour fédérale (sous la plume du juge Manson) [2019 CF 1233, [2020] 2 R.C.F. 32 (motifs)], qui a accueilli la requête en jugement sommaire présentée par TA Foods Ltd. (l'intimée ou TA Foods) et qui a ainsi rejeté l'action en contrefaçon intentée par CanMar Foods Ltd. (l'appelante ou CanMar) relativement à son brevet n° 2582376 (le brevet '376). Le juge Manson, à la lumière de la revendication 1 du brevet '376 dont dépendent toutes les autres revendications, a conclu que les deux éléments essentiels en litige étaient absents du procédé utilisé par TA Foods. Ainsi, l'intimée n'avait pas contrefait le brevet '376, et il n'existait aucune véritable question litigieuse.

[2] Pour les motifs ci-après, je rejeterais l'appel. Selon moi, le juge Manson n'a pas commis d'erreur en concluant que le seul procédé utilisé par TA Foods pour griller les graines oléagineuses, comme les graines de lin, ne contrefait aucune revendication du brevet '376, ainsi qu'en rendant un jugement sommaire rejetant l'action en contrefaçon de brevet de CanMar.

I. Contexte factuel

[3] L'appelante et l'intimée, deux sociétés de la Saskatchewan, se font concurrence dans le secteur de la fabrication de produits à base de graines de lin et plus précisément — pour les besoins du présent appel — de produits à base de graines de lin grillées.

[4] The appellant has been granted the '376 patent entitled "Methods for Roasting Oil Seed, and Roasted Oil Seed Products", which includes 23 claims. Claims 1–17 are directed at particular methods for roasting oil seed, while claims 18–23 cover the products obtained through these methods. All claims are either directly or indirectly dependent upon Claim 1, which reads as follows:

1. A method for roasting oil seed, the method consisting of the following steps:

(a) heating the oil seed in a stream of air for less than 2 minutes, wherein the stream of air has a temperature of from 146 °C to 205 °C, thereby to provide heated oil seed;

(b) transferring the heated oil seed into an insulated or partially insulated roasting chamber or tower;

(c) maintaining the heated oil seed in said roasting chamber or tower without addition of further heat until the roasting process is complete, wherein the temperature of the heated oil seed falls during a maintaining period; thereby to produce a roasted oil seed in the roasting chamber or tower;

(d) removing the roasted oil seed from the chamber or tower, for cooling.

[5] The appellant first became aware of the respondent's roasted flax seed products on August 28, 2018. A few weeks later, by letter dated September 19, 2018, the appellant asked the respondent for an inspection of its manufacturing facility.

[6] The parties failed to reach an agreement with respect to the inspection of the respondent's manufacturing facility. As a result, the appellant issued a statement of claim on December 17, 2018, alleging infringement of the '376 patent, and served it on January 17, 2019.

[7] In its statement of defence dated April 18, 2019, the respondent denied infringement of the '376 patent and alleged its invalidity. In response to the statement of defence, the appellant served a demand for further and better

[4] L'appelante est titulaire du brevet '376 intitulé « Procédés pour faire griller des graines oléagineuses, et produits de graines oléagineuses grillées », qui compte 23 revendications. Les revendications 1 à 17 portent sur des procédés particuliers de grillage des graines oléagineuses, tandis que les revendications 18 à 23 portent sur les produits issus de ces derniers. Toutes les revendications dépendent directement ou indirectement de la revendication 1 ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

1. Une méthode de grillage de graines oléagineuses, constituée des étapes suivantes :

a) chauffage des graines oléagineuses dans un circuit d'air pendant moins de 2 minutes, ledit circuit d'air ayant une température entre 146 et 205 °C et produisant ainsi des graines chauffées;

b) transfert des graines chauffées dans une chambre ou une tour de grillage totalement ou partiellement isolée;

c) maintien des graines chauffées dans ladite chambre ou tour sans addition d'autre chaleur jusqu'à ce que le procédé de grillage soit complet, la température des graines chauffées diminuant pendant cette période de maintien, ce qui produit des graines oléagineuses grillées dans la chambre ou la tour;

d) retrait des graines oléagineuses grillées de la chambre ou de la tour afin qu'elles refroidissent.

[5] L'appelante apprend l'existence des produits à base de graines de lin grillées de l'intimée le 28 août 2018. Quelques semaines plus tard, dans une lettre datée du 19 septembre 2018, l'appelante demande à l'intimée l'autorisation d'inspecter son installation de fabrication.

[6] Les parties tentent en vain de s'entendre sur l'inspection de l'installation de fabrication de l'intimée. L'appelante délivre donc une déclaration le 17 décembre 2018, dans laquelle elle allègue la contrefaçon du brevet '376; cette déclaration est signifiée le 17 janvier 2019.

[7] Dans sa défense datée du 18 avril 2019, l'intimée nie les allégations de contrefaçon du brevet '376 et excipe de son invalidité. En réponse à la défense, l'appelante signifie une demande de précisions supplémentaires ainsi

particulars, with the demand that certain pleadings in the statement of defence be struck.

[8] Contemporaneously with the filing of the statement of defence, the respondent filed a summary judgment motion, which was granted in the decision now under appeal.

II. The Impugned Decision

[9] Justice Manson first considered the summary judgment motion, and the respondent's argument that its oil roasting process fell outside Claim 1 of the '376 patent. The respondent was essentially arguing that, in the course of the roasting process, the oil seeds are not heated in a "stream of air" nor are they maintained in an "insulated or partially insulated roasting chamber or tower", within the meaning of Claim 1. The respondent also argued that these two limitations were added as part of the prosecution history of the corresponding U.S. application 11/576,405 (the '405 application) filed before the United States Patent and Trademark Office (PTO), and were meant to overcome prior art cited by the PTO.

[10] Upon addressing the respondent's submissions, Justice Manson first noted that prior to the coming into force of section 53.1 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the *Patent Act*), on December 13, 2018, statements made during prosecution of Canadian patent applications or corresponding foreign patent applications were neither relevant nor admissible as an extrinsic aid to construe the terms of an issued Canadian patent. This new provision creates an exception to this rule by allowing written communications between the patentee and the Patent Office during the prosecution of a Canadian patent application to be admitted into evidence, for the purpose of rebutting representations made by the patentee with respect to the construction of a claim. Justice Manson noted, however, that section 53.1 does not refer to prosecution histories from jurisdictions other than Canada. What remained to be determined, therefore, was the scope of admissibility under section 53.1 and, in particular, whether the U.S. prosecution history and the above-mentioned limitations, could nevertheless be admitted into evidence given that the

qu'une demande en radiation de certains actes de procédure figurant dans la défense.

[8] Parallèlement au dépôt de sa défense, l'intimée dépose une requête en jugement sommaire, qui est accueillie par la décision portée en appel.

II. La décision attaquée

[9] Le juge Manson examine d'abord la requête en jugement sommaire et l'argument de l'intimée voulant que son procédé de grillage des graines ne relève pas de la revendication 1 du brevet '376. L'intimée faisait essentiellement valoir que, durant son procédé de grillage, les graines oléagineuses ne sont pas chauffées dans un « circuit d'air » ni ne sont maintenues dans une « chambre ou une tour de grillage totalement ou partiellement isolée » au sens où il faut l'entendre au titre de la revendication 1. L'intimée affirmait aussi que ces deux limites découlaient de l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante n° 11/576,405 (la demande '405) déposée auprès du Patent and Trademark Office (PTO) des États-Unis, dans le but de réfuter l'argument d'antériorité invoqué par le PTO.

[10] Dans son analyse des observations de l'intimée, le juge Manson signale d'abord qu'avant l'entrée en vigueur de l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la *Loi sur les brevets*), le 13 décembre 2018, les déclarations faites durant la poursuite de demandes de brevet canadiennes ou de demandes de brevet étrangères correspondantes n'étaient ni pertinentes ni admissibles à titre d'élément de preuve extrinsèque pour l'interprétation d'un brevet canadien délivré. Cette nouvelle disposition introduit une exception à cette règle, en autorisant l'admission à titre d'éléments de preuve de communications écrites entre le titulaire du brevet et le Bureau des brevets durant la poursuite d'une demande de brevet canadien, pour réfuter une déclaration faite par le titulaire du brevet relativement à l'interprétation d'une revendication. Le juge Manson mentionne toutefois que l'article 53.1 ne fait pas référence aux historiques de poursuite dans des pays étrangers. Il lui faut donc établir la portée de l'admissibilité autorisée par l'article 53.1 et, plus précisément, décider si l'historique de poursuite aux États-Unis et les

claims filed before the PTO were substantially the same as the amended claims of the '376 patent. While being of the view that reference to prosecution histories from other jurisdictions should generally remain inadmissible for the purposes of claim construction, Justice Manson nevertheless opened the door in “extraordinary circumstances”. Such exceptional circumstances would arise, as in this case, when the “prosecution of the foreign application *is made part of the prosecution history of the Canadian patent*” (reasons, at paragraph 77; emphasis in the original).

[11] Though recognizing that differences between the Canadian and American approaches to claim construction may subsist, even in light of the enactment of section 53.1, Justice Manson nonetheless found the case law on the doctrine of prosecution history estoppel in the United States to be instructive. He notably relied on the decision of the United States Court of Appeals (Federal Circuit) in *Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc.*, 566 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2009) (*Abbott Labs*), where the prosecution of a Japanese patent application was deemed part of the prosecution history of an American patent, and therefore constituted admissible evidence in construing the American patent claims. The same approach should prevail in Canada, concluded Justice Manson, to give section 53.1 its intended effect.

[12] In the case at bar, Justice Manson saw two elements weighing in favour of considering the U.S. prosecution history as an admissible extrinsic aid to the construction of the '376 patent. First, the appellant expressly acknowledges that the claims of the '376 patent have been amended to be substantially the same as the corresponding claims of the '405 application in the United States. Second, the patentee admits that the amendments have limited the scope of the claims to overcome the novelty and obviousness concerns of the type raised before the PTO:

limites mentionnées plus haut peuvent néanmoins être admis à titre d'éléments de preuve, étant donné que les revendications déposées auprès du PTO étaient essentiellement les mêmes que les revendications modifiées du brevet '376. Tout en estimant que les historiques de poursuite d'autres pays devraient généralement demeurer inadmissibles aux fins de l'interprétation de revendications, le juge Manson ouvre néanmoins la voie à ce qu'il qualifie de « circonstance extraordinaire ». Une telle circonstance extraordinaire se produit, comme c'est le cas en l'espèce, lorsque « la poursuite de la demande étrangère est incluse dans l'historique de poursuite du brevet canadien » (motifs, paragraphe 77; souligné dans l'original).

[11] Tout en reconnaissant que, même après l'adoption de l'article 53.1, des différences peuvent subsister entre les démarches canadienne et américaine en matière d'interprétation des revendications, le juge Manson considère néanmoins comme instructive la jurisprudence sur la doctrine de la préclusion fondée sur l'historique de poursuite aux États-Unis. Il fonde notamment sa décision sur celle rendue par la Cour d'appel des États-Unis (circuit fédéral) dans l'affaire *Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc.*, 566 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2009) (*Abbott Labs*), où la poursuite d'une demande de brevet japonaise est réputée faire partie de l'historique de poursuite d'un brevet américain et constitue donc un élément de preuve admissible pour l'interprétation des revendications du brevet américain. Selon le juge Manson, la même démarche doit s'appliquer au Canada afin de donner à l'article 53.1 l'effet recherché.

[12] Dans l'affaire en instance, le juge Manson estime que deux éléments penchent en faveur de la prise en compte de l'historique de poursuite aux États-Unis en tant qu'élément de preuve extrinsèque admissible pour l'interprétation du brevet '376. Premièrement, l'appelante reconnaît expressément que les revendications du brevet '376 ont été modifiées pour reproduire essentiellement celles qui y correspondent dans la demande '405 présentée aux États-Unis. Deuxièmement, la titulaire du brevet reconnaît que ces modifications ont restreint la portée des revendications dans le but de réfuter les préoccupations en matière de nouveauté et d'évidence qui avaient été soulevées devant le PTO :

The language of section 53.1 is limited to communications between the patentee and the Canadian Patent Office, and generally should be applied in that context. However, in this case, I find that the patentee specifically referred to the corresponding U.S. application prosecution history and acknowledged that the amendments to the claims in the '376 file history were made to overcome novelty and obviousness concerns as raised in the U.S. application prosecution history. Accordingly, the Court may look at the U.S. application prosecution history as part of a purposive construction of the claims of the '376 patent.

Reasons, at paragraph 70.

[13] The intent of the provision played a key part in defining the scope of admissibility under section 53.1. In this respect, Justice Manson held that the enactment of section 53.1 was intended to require consideration of the substance behind intentional amendments to the claims found in Canadian patents. Moreover, prosecution of Canadian patents is often preceded by prosecution of corresponding patent applications in other jurisdictions. Should Canadian courts refuse to consider foreign prosecution histories in the narrow set of circumstances discussed above, patent applicants in Canada would be encouraged to refrain from being transparent with the Canadian Patent Office as to why amendments were made in order to limit claims during prosecution. Such a result, in Justice Manson's view, could not have been contemplated by Parliament.

[14] Having circumscribed the exceptional use of foreign prosecution histories, Justice Manson nevertheless stated (at paragraph 79 of his reasons) that he could construe Claim 1 of the '376 patent and find no infringement without having recourse to the U.S. application prosecution history. In his view, expert evidence was not required either, since the claim itself, the disclosure—and the prosecution history of the '376 patent, if considered—were sufficient to purposively construe the two elements of the claim that were at issue, namely: (1) heating oil seed “in a stream of air”, and (2) transferring the heated oil seed into an “insulated or partially insulated roasting chamber or tower” and maintaining the oil seed therein.

Le libellé de l'article 53.1 se limite aux communications effectuées entre le breveté et le Bureau canadien des brevets, et c'est dans ce contexte qu'il faudrait généralement l'appliquer. Cependant, en l'espèce, je conclus que la brevetée a fait expressément référence à l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante et a reconnu que les modifications apportées aux revendications dans l'historique de poursuite de la demande '376 avaient pour but de réfuter les préoccupations en matière de nouveauté et d'évidence qui avaient été soulevées dans l'historique de poursuite de la demande américaine. C'est donc dire que la Cour peut examiner l'historique de poursuite de la demande américaine dans le cadre d'une interprétation téléologique des revendications du brevet '376.

(Motifs, au paragraphe 70.)

[13] L'esprit de cette disposition a eu un effet déterminant sur la définition de la portée de l'admissibilité au regard de l'article 53.1. Le juge Manson conclut que l'article 53.1 a pour objet la prise en compte des raisons qui sous-tendent les modifications apportées délibérément aux revendications des brevets canadiens. De plus, la poursuite de demandes de brevets canadiens est souvent précédée de la poursuite de demandes correspondantes dans d'autres administrations. Si les tribunaux canadiens refusaient de prendre en compte les historiques de poursuite étrangers dans les circonstances restreintes indiquées plus haut, les demandeurs de brevet au Canada seraient peu enclins à faire preuve de transparence auprès du Bureau canadien des brevets quant aux raisons pour lesquelles ils apportent des modifications pour limiter des revendications durant la poursuite de leur demande. Un tel résultat, selon le juge Manson, ne peut pas être celui recherché par le législateur.

[14] Ayant restreint le recours aux historiques de poursuite étrangers aux circonstances exceptionnelles, le juge Manson affirme néanmoins (au paragraphe 79 de ses motifs) qu'il peut interpréter la revendication 1 du brevet '376 et ne relever aucune contrefaçon, sans avoir à invoquer l'historique de poursuite de la demande américaine. À son avis, la preuve d'expert n'est pas non plus nécessaire, car la revendication en soi, la divulgation — et l'historique de poursuite du brevet '376, s'il est pris en compte — sont suffisants pour une interprétation téléologique des deux éléments de la revendication en litige, à savoir : 1) le chauffage des graines oléagineuses « dans un circuit d'air » et 2) le transfert des graines chauffées dans

[15] Regarding the first element, the appellant argued that Claim 1 was not limited to any particular source of heating, thereby suggesting that the respondent's use of infrared radiation could infringe the '376 patent. Justice Manson rejected that argument, and held that the method prescribed by Claim 1 was strictly limited to heating the oil seed in a "stream of air".

[16] When determining whether the respondent's roasting process involves the first essential element of Claim 1, Justice Manson heavily relied on the evidence contained in the affidavit of Mike Popowich (the Popowich affidavit), the co-owner of the respondent. Such evidence essentially turned on the Micronizer, the sole equipment used by the respondent for heating oil seed via infrared radiation. As was made clear by the Popowich affidavit, the flax seed is not subjected to a "stream of air" through the course of the respondent's roasting process, and thus no infringement could be found on this essential element. Finally, the respondent's use of various terms for describing its process (i.e. roasting, cooking and pasteurizing) was deemed irrelevant: not only were the terms used interchangeably to refer to the same process, but they did not inform what must remain the central focus of the analysis—the language of Claim 1.

[17] With regard to the second element, the appellant pleaded that further investigation was needed to determine whether the auger trough and cooling tower of the Micronizer, through which the seeds travel once heated, could constitute "insulated or partially insulated roasting chamber[s] or tower[s]" [reasons, at paragraph 97]. Justice Manson quickly disposed of that argument. The existence of an "insulated or partially insulated roasting chamber or tower" was deemed essential both from the language of Claim 1 and the disclosure, the latter of which made clear that insulated parts are needed to retain the flax seed at a suitable temperature. Referring to the Popowich affidavit, Justice Manson determined that the hoppers and cooling tower of the Micronizer are clearly uninsulated. Finally,

« une tour ou une chambre de grillage totalement ou partiellement isolée » et leur maintien dans cette dernière.

[15] En ce qui concerne le premier élément, l'appelante fait valoir que la revendication 1 ne se limite pas à une source particulière de chauffage et laisse ainsi entendre que l'utilisation par l'intimée du rayonnement infrarouge pourrait contrefaire le brevet '376. Le juge Manson rejette cet argument et conclut que le procédé prévu par la revendication 1 se limite strictement au chauffage des graines oléagineuses dans « un circuit d'air ».

[16] Le juge Manson accorde beaucoup de poids à la déclaration sous serment de Mike Popowich, le copropriétaire de l'intimée, dans son analyse visant à décider si le procédé de grillage de l'intimée fait intervenir le premier élément essentiel de la revendication 1. Cette preuve porte essentiellement sur le microniseur, le seul appareil utilisé par l'intimée pour chauffer les graines oléagineuses par rayonnement infrarouge. Ainsi qu'il est clairement expliqué dans la déclaration sous serment de M. Popowich, les graines de lin ne sont pas soumises à un « circuit d'air » durant le procédé de grillage de l'intimée; aucune contrefaçon n'est donc relevée à l'égard de cet élément essentiel. Enfin, l'emploi par l'intimée de divers termes pour décrire son procédé (c.-à-d. grillage, cuisson et pasteurisation) n'a pas été jugé pertinent : non seulement ces termes ont-ils été utilisés de manière interchangeable pour désigner le même procédé, mais ils ne renseignent d'aucune façon sur ce qui doit demeurer l'objet principal de l'analyse – à savoir le libellé de la revendication 1.

[17] En ce qui concerne le deuxième élément, l'appelante insiste sur la nécessité de mener une enquête plus poussée pour déterminer si la vis sans fin et la tour de refroidissement du microniseur, à travers lesquelles les graines circulent après avoir été chauffées, pourraient constituer des « chambre[s] ou [des] tour[s] de grillage totalement ou partiellement isolée[s] » [motifs, au paragraphe 97]. Le juge Manson se prononce rapidement sur cet argument. Il ressort à la fois du libellé de la revendication 1 et de la divulgation, laquelle insiste en outre manifestement sur l'importance d'avoir des pièces isolées pour maintenir les graines de lin à une température adéquate, que l'existence d'une « chambre ou [d']une tour de grillage totalement ou partiellement isolée » est un élément

regardless of whether the temperature measurements of the Micronizer had been taken in the normal course of commercial production or during an experimental test, such measurements had not been relied upon by the respondent to prove non-infringement.

[18] Given that the respondent's roasting process did not comprise the two essential elements at issue, Justice Manson held that the respondent did not infringe Claim 1 nor any claim of the '376 patent. As there appeared to be no genuine issue for trial, summary judgment was granted in favour of the respondent. Justice Manson also held that the respondent's alternative motion, a motion to strike the statement of claim in its entirety, was moot to the extent that summary judgment was to be granted. The same could be said of the appellant's demand for further and better particulars.

III. Issues

[19] The appellant raises a number of issues which, in my view, can be reformulated as follows:

- A. Did the Judge err in granting summary judgment on the basis of non-infringement before any discovery had taken place?
- B. Did the Judge err in holding that the limitations with respect to the "stream of air" and the "insulated or partially insulated roasting chamber or tower" were essential elements of Claim 1?
- C. Did the Judge err in considering, under section 53.1 of the *Patent Act*, the prosecution history of a foreign patent application when purposively construing the '376 patent?
- D. Did the Judge err in considering the evidence contained in the Popowich affidavit?

essentiel. Renvoyant à la déclaration sous serment de M. Popowich, le juge Manson conclut qu'il ne fait aucun doute que les trémies et la tour de refroidissement du microniseur ne sont pas isolées. Enfin, il importe peu de savoir si les mesures de température dans le microniseur ont été prises dans le cours normal de la production commerciale ou durant un test expérimental, car l'intimée ne s'est pas servie de ces mesures pour établir l'absence de contrefaçon.

[18] Comme le procédé de grillage exploité par l'intimée ne comporte pas les deux éléments essentiels en litige, le juge Manson conclut que l'intimée n'a pas contrefait la revendication 1, ni quelque autre revendication du brevet '376. Comme il ne semble y avoir aucune véritable question litigieuse, il rend un jugement sommaire en faveur de l'intimée. Il estime également que la requête subsidiaire de l'intimée, à savoir la requête en radiation de la déclaration dans son intégralité, revêt un caractère théorique, vu le jugement sommaire à suivre. La même conclusion s'applique à l'égard de la demande de précisions supplémentaires de l'appelante.

III. Questions en litige

[19] L'appelante soulève plusieurs questions qui, à mon avis, pourraient être reformulées en ces termes :

- A. Le juge a-t-il rendu à mauvais droit un jugement sommaire d'absence de contrefaçon avant la tenue d'interrogatoires préalables?
- B. Le juge a-t-il déclaré à mauvais droit que les limites relatives au « circuit d'air » et à « une chambre ou une tour de grillage totalement ou partiellement isolée » sont des éléments essentiels de la revendication 1?
- C. Le juge a-t-il tenu compte à mauvais droit, sous le régime de l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, de l'historique de poursuite d'une demande de brevet étrangère pour interpréter téléologiquement le brevet '376?
- D. Le juge a-t-il tenu compte à mauvais droit de la preuve énoncée dans la déclaration sous serment de M. Popowich?

IV. Analysis

[20] The parties are in agreement that the applicable standard of review in this appeal is that established in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Questions of fact and mixed fact and law are therefore subject to the palpable and overriding error standard, while questions of law are reviewable on the standard of correctness.

[21] It is now well established that the construction of a patent is a question of law, while the infringement of said patent is a question of mixed fact and law. See: *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*), at paragraph 76; *Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc.*, 2015 FCA 116, 474 N.R. 311, at paragraphs 12–14; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367, at paragraphs 27–29.

[22] The first and fourth question will therefore be reviewed on the palpable and overriding error standard, whereas the second and third (to the extent that they raise an extricable question of law) will be subject to the correctness standard.

A. *Did the Judge err in granting summary judgment on the basis of non-infringement before any discovery had taken place?*

[23] In recognition of the fact that summary judgment motions are an important tool for enhancing access to justice, most provinces have adopted rules of civil procedure to provide for such a mechanism with a view to ensure a fair balance between expediency and a just resolution of disputes. These rules, according to the Supreme Court, must be interpreted broadly so as to promote affordable, timely and just adjudication of civil claims: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 (*Hryniak*), at paragraph 5. The rationale and goal of summary judgments have been well summarized in the following citation:

IV. Analyse

[20] Les parties conviennent que les normes de contrôle qui s'appliquent dans le présent appel sont celles énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Par conséquent, les questions de fait et les questions mixtes de droit et de fait sont susceptibles de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante, tandis que les questions de droit doivent être examinées en regard de la norme de la décision correcte.

[21] Il est aujourd'hui bien établi que l'interprétation d'un brevet est une question de droit, alors que la contrefaçon du brevet est une question mixte de droit et de fait. (Voir *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*), au paragraphe 76; *Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc.*, 2015 CAF 116, aux paragraphes 12 à 14; *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179, aux paragraphes 27 à 29.)

[22] Les première et quatrième questions sont donc examinées en regard de la norme de l'erreur manifeste et dominante, tandis que les deuxième et troisième questions (dans la mesure où elles soulèvent une question de droit isolable) sont examinées selon la norme de la décision correcte.

A. *Le juge a-t-il rendu à mauvais droit un jugement sommaire d'absence de contrefaçon avant la tenue d'interrogatoires préalables?*

[23] Reconnaissant que les requêtes en jugement sommaire sont un outil important pour améliorer l'accès à la justice, la plupart des provinces ont adopté des règles de procédure civile qui prévoient un tel mécanisme, dans le but d'assurer un équilibre raisonnable entre la rapidité et l'équité du règlement des litiges. Selon la Cour suprême du Canada, ces règles doivent être interprétées largement de manière à promouvoir un règlement abordable, expéditif et juste des poursuites civiles (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87 (*Hryniak*), au paragraphe 5). La citation suivante résume bien la justification et l'objectif des jugements sommaires :

... The summary judgment rule serves an important purpose in the civil litigation system. It prevents claims or defences that have no chance of success from proceeding to trial. Trying unmeritorious claims imposes a heavy price in terms of time and costs on the parties to the litigation and on the justice system. It is essential to the proper operation of the justice system and beneficial to the parties that claims that have no chance of success be weeded out at an early stage. Conversely, it is essential to justice that claims disclosing real issues that may be successful proceed to trial.

Canada (Attorney General) v. Lameman, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372 (*Lameman*), at paragraph 10.

[24] At the federal level, rule 215 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) requires the Court to grant summary judgment if it is satisfied that there is “no genuine issue for trial” with respect to a claim or defence. A motion for summary judgment may be brought “at any time after the defendant has filed a defence”, but “before the time and place for trial have been fixed” (rule 213). The test is not whether a party cannot possibly succeed at trial, but rather whether the case is clearly without foundation, or is so doubtful that it does not deserve consideration by the trier of fact at a future trial. There does not appear to be any definitive or determinative formulation of the test, but the underlying rationale is clear: a case ought not to proceed to trial, with all the consequences that would follow for the parties and the costs involved for the administration of justice, unless there is a genuine issue that can only be resolved through the full apparatus of a trial. See: *Premakumaran v. Canada*, 2006 FCA 213, [2007] 2 F.C.R. 191, at paragraph 8; *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68, (1995), 184 N.R. 307 (C.A.) (*Feoso Oil*), at paragraph 13 [at pages 80–81 of [1995] 3 F.C. 68; *Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 FC 996, 375 F.T.R. 38 (*Garford Pty*), at paragraph 2, affd 2012 FCA 48, 99 C.P.R. (4th) 392. This should obviously translate into a heavy burden on the moving party.

[25] In the case at bar, there is no suggestion that Justice Manson failed to apply the correct test. The appellant rather

[...] La règle du jugement sommaire sert une fin importante dans le système de justice civile. Elle permet d’empêcher les demandes et les défenses qui n’ont aucune chance de succès de se rendre jusqu’à l’étape du procès. L’instruction de prétentions manifestement non fondées a un prix très élevé, en temps et en argent, pour les parties au litige comme pour le système judiciaire. Il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et avantageux pour les parties, que les demandes qui n’ont aucune chance de succès soient écartées tôt dans le processus. Inversement, la justice exige que les prétentions qui soulèvent de véritables questions litigieuses susceptibles d’être accueillies soient instruites.

(*Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372 (*Lameman*), au paragraphe 10.)

[24] En droit fédéral, la règle 215 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), exige que la Cour rende un jugement sommaire si elle est convaincue qu’il « n’existe pas de véritable question litigieuse » quant à une déclaration ou à une défense. Une requête en jugement sommaire peut être déposée « après le dépôt de la défense du défendeur », mais « avant que les heure, date et lieu de l’instruction soient fixés » (la règle 213 des Règles). Le critère est non pas de savoir si une partie a des chances d’obtenir gain de cause au procès, mais plutôt de déterminer si l’affaire est clairement sans fondement ou si son succès est tellement douteux qu’elle ne mérite pas d’être examinée par le juge des faits au procès ultérieur. Bien que ce critère ne semble pas être formulé de manière définitive ou absolue, le fondement qui le sous-tend est clair : un procès, avec toutes les conséquences qui en résulteraient pour les parties et les coûts associés à l’administration de la justice, n’est tenu que s’il existe une véritable question litigieuse qui ne peut être tranchée autrement. (Voir *Premakumaran c. Canada*, 2006 CAF 213, [2007] 2 R.C.F. 191, au paragraphe 8; *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.) (*Feoso Oil*), au paragraphe 13 [aux pages 80 et 81]; *Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.*, 2010 CF 996 (*Garford Pty*), au paragraphe 2, conf. par 2012 CAF 48). Manifestement, il ressort de ce qui précède qu’il incombe au requérant un lourd fardeau.

[25] Dans l’affaire en instance, personne ne conteste le choix du critère appliqué par le juge Manson. L’appelante

contends that it was premature to grant summary judgment, as the Court had not been presented with the entirety of the evidence which would have been relevant to the alleged infringement of the '376 patent. Indeed, argues the appellant, it could not possibly have lead evidence or consulted with experts to take a position on infringement without any access to the respondent's manufacturing facility and in the absence of discovery. As it states, "the Appellant should not have to establish its case by cross-examination on the selected evidence led by the Respondent as a substitute for discovery" (appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 19). The determination of this allegation is obviously a mixed question of fact and law, and as such it is reviewable on the standard of palpable and overriding error: *Hryniak*, at paragraph 81.

[26] There is no doubt that the timing of the motion for summary judgment was, strictly speaking, in conformity with rule 213 of the Rules. It was brought after the respondent's statement of defence was filed, but before a time and place for trial were fixed. Whether or not discovery had taken place at this stage is not a factor contemplated by rule 213, and ought not to be regarded as such.

[27] The legal burden to establish that there is no genuine issue for trial clearly falls on the moving party. That being said, once the moving party has discharged its burden, the evidentiary burden falls on the responding party, who cannot rest on its pleadings and must come up with specific facts showing that there is a genuine issue for trial: *Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 4, 56 Imm. L.R. (4th) 175, [2018] F.C.J. No. 21 (QL), at paragraph 23. As the Federal Court stated in *Watson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2017 FC 321, at paragraph 22, "[w]hile the burden falls on the moving party, both parties must put their best foot forward". See also: *Lameman*, at paragraph 11; *Feoso Oil*, at paragraphs 13–14 [at pages 80–83 of [1995] 3 F.C. 68; *Garford Pty*, at paragraph 6.

[28] The appellant submits that its hands were tied because it did not have access to the respondent's manufacturing facility to inspect its roasting method. As a result, it was unable to lead evidence or consult with experts to

prétend plutôt que le jugement sommaire était prématuré, car la Cour ne disposait pas de l'ensemble de la preuve qui aurait été pertinente pour appuyer les allégations de contrefaçon du brevet '376. De fait, prétend l'appelante, il lui a été impossible de présenter des éléments de preuve ou de consulter des experts pour prendre position sur la contrefaçon sans accès à l'installation de production de l'intimée et sans interrogatoire préalable. Elle mentionne que [TRADUCTION] « l'appelante n'aurait pas dû avoir à plaider sa cause en menant un contre-interrogatoire sur des éléments de preuve produits par l'intimée, à défaut d'un interrogatoire préalable » (mémoire des faits et du droit de l'appelante, au paragraphe 19). Cette allégation soulève manifestement une question de fait et de droit qui, en soi, est susceptible de contrôle selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Hryniak*, au paragraphe 81).

[26] Certes, à proprement parler, la requête en jugement sommaire a été déposée dans le délai prescrit par la règle 213 des Règles. Elle a été présentée après le dépôt de la défense de l'intimée et avant que la date, l'heure et le lieu de l'instruction soient fixés. La tenue ou non de l'interrogatoire préalable n'est pas un facteur exigé par la règle 213 et ne devrait pas l'être.

[27] Le fardeau ultime d'établir l'absence de véritable question litigieuse incombe manifestement à la partie qui présente la requête. Cela dit, lorsque la partie requérante s'en est acquittée, il incombe ensuite à la partie intimée de présenter des faits précis démontrant qu'il existe une véritable question litigieuse, et ce outre ses actes de procédure (*Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CAF 4, au paragraphe 23). Comme l'affirme la Cour fédérale dans l'arrêt *Watson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2017 CF 321, au paragraphe 22, « [l]e fardeau incombe à la partie requérante, mais les deux parties doivent présenter leurs meilleurs arguments ». (Voir aussi *Lameman*, au paragraphe 11; *Feoso Oil*, aux paragraphes 13 à 14 [aux pages 80 à 83]; *Garford Pty*, au paragraphe 6).

[28] L'appelante excipe de son impuissance parce qu'elle n'a pu avoir accès à l'installation de fabrication de l'intimée pour inspecter son procédé de grillage. Elle n'a donc pas été en mesure de présenter des éléments de

take a position on infringement. I appreciate that a party responding to a motion for summary judgment cannot be faulted for the absence of evidence if that evidence is in the exclusive control of the moving party: *Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, at paragraph 57. But this is not such a case. Once the respondent brought its motion for summary judgment and filed the affidavit of Mr. Popowich, the appellant knew that the respondent used a Micronizer to roast its flax seed and that such apparatus apparently did not use a stream of air to heat the flax seed. That was sufficient information to allow the appellant to marshal evidence, including expert evidence, as to the operation of the Micronizer and how it could potentially be modified, to show that it fell within Claim 1 of the '376 patent. Whether or not such evidence existed is a different issue; but it was reasonably clear what kind of evidence was required. In those circumstances, I am of the view that Justice Manson made no palpable and overriding error in concluding that there was no genuine issue for trial.

[29] Putting the matter another way, the appellant chose not to file any evidence with regard to whether the “stream of air” and the “insulated or partially insulated roasting chamber or tower” could be considered essential elements of Claim 1. Therefore, on an issue essentially centred on the claims of the '376 patent rather than on the respondent’s roasting process, the appellant did not file any evidence while it could have done so. Whether the Judge was required to consider expert evidence before interpreting the patent, and whether such evidence would have been found persuasive, had it been presented, is an entirely different issue which will be addressed in the next section.

[30] Finally, the fact that section 53.1 was being interpreted for the first time since its enactment is no proper basis for interfering with the Judge’s conclusion with respect to summary judgment.

preuve ou de consulter des experts pour prendre position sur la contrefaçon. Je reconnais qu’on ne peut reprocher à la partie qui répond à une requête en jugement sommaire de ne pas présenter d’éléments de preuve, si cette preuve est sous le contrôle exclusif de la partie requérante (*Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch*, 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1, au paragraphe 57). Toutefois, ce n’est pas le cas en l’espèce. Lorsque l’intimée a présenté sa requête en jugement sommaire et a déposé la déclaration sous serment de M. Popowich, l’appelante savait que l’intimée utilisait un microniseur pour faire griller les graines de lin et que cet appareil n’utilisait apparemment pas de circuit d’air pour chauffer les graines de lin. Ces renseignements étaient suffisants pour permettre à l’appelante de rassembler des éléments de preuve, y compris une preuve d’expert, sur le fonctionnement du microniseur et sur les modifications susceptibles d’y être apportées pour démontrer que l’appareil était visé par la revendication 1 du brevet '376. L’existence de ces éléments de preuve est une autre question; le type d’éléments de preuve requis était en revanche raisonnablement clair. Compte tenu de ces circonstances, je suis d’avis que le juge Manson n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante en concluant qu’il n’existait pas de véritable question litigieuse.

[29] Autrement dit, l’appelante a choisi de ne pas présenter d’éléments de preuve permettant d’établir si le « circuit d’air » et la « chambre ou [la] tour de grillage totalement ou partiellement isolée » pourraient être considérés comme des éléments essentiels de la revendication 1. L’appelante n’a donc présenté aucun élément de preuve, alors qu’elle aurait pu le faire, sur une question axée essentiellement sur les revendications du brevet '376 plutôt que sur le procédé de grillage de l’intimée. La question de savoir si le juge était tenu d’examiner des éléments de preuve d’expert avant d’interpréter le brevet, et si ces éléments de preuve auraient été jugés convaincants s’ils avaient été présentés, est une question totalement différente qui sera examinée dans la prochaine section.

[30] Enfin, le fait que l’article 53.1 était interprété pour la première fois depuis son adoption ne justifie pas l’infirmité de la conclusion du juge concernant le jugement sommaire.

B. *Did the Judge err in holding that the limitations with respect to the “stream of air” and the “insulated or partially insulated roasting chamber or tower” were essential elements of Claim 1?*

[31] The appellant’s submissions with respect to that issue are twofold. First, the appellant argues that Justice Manson erred in law upon determining that no expert evidence was needed to purposively construe the '376 patent. In order to give effect to the primacy of the claims themselves, the Court must first identify a person of ordinary skill in the art (POSITA), and the common general knowledge of such person, before effectively construing the claims. In the absence of any evidence which could enlighten the Court on the common general knowledge of a POSITA or the state of the art to which the '376 patent pertains, it was therefore not open for the Judge to construe the claims. While the appellant concedes that constructions put forward by experts are not binding, expert testimony is no less required, in its view, when determining patent cases.

[32] The modern approach to purposive construction of patent claims is now well settled and was set out by the Supreme Court in *Whirlpool*, at paragraphs 43 and 48 and *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 (*Free World Trust*), at paragraph 51. The scope of the monopoly must be established on the basis of the written claims, and they must be interpreted with a view to differentiate the essential features of the invention from the unessential, through the eyes of the POSITA having regard to the common general knowledge as of the date of publication. As Justice Binnie stated in *Free World Trust*, “[t]he involvement in claims construction of the skilled addressee holds out to the patentee the comfort that the claims will be read in light of the knowledge provided to the court by expert evidence on the technical meaning of the terms and concepts used in the claims” (at paragraph 51).

B. *Le juge a-t-il déclaré à mauvais droit que les limites relatives au « circuit d’air » et à « une chambre ou une tour de grillage totalement ou partiellement isolée » sont des éléments essentiels de la revendication 1?*

[31] Les observations de l’appelante sur cette question sont de deux ordres. Premièrement, l’appelante affirme que le juge Manson a conclu à mauvais droit qu’aucune preuve d’expert n’était requise pour l’interprétation téléologique du brevet '376. Pour donner effet à la primauté des revendications proprement dites, la Cour doit d’abord désigner une personne moyennement versée dans l’air et déterminer les connaissances générales courantes qu’aurait cette personne, avant de pouvoir interpréter les revendications. À défaut d’éléments de preuve susceptibles d’éclairer la Cour sur les connaissances générales courantes qu’aurait une personne moyennement versée dans l’art relativement au brevet '376, il n’était donc pas loisible au juge d’interpréter les revendications. Bien que l’appelante reconnaisse que les interprétations présentées par des experts ne sont pas contraignantes, il n’en est pas moins requis, estime-t-elle, d’avoir un témoignage d’expert pour statuer sur des affaires de brevet.

[32] L’approche moderne pour une interprétation téléologique des revendications de brevet est aujourd’hui bien établie et est décrite par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Whirlpool*, aux paragraphes 43 et 48, et *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 (*Free World Trust*), au paragraphe 51. La portée du monopole doit être établie en regard des revendications écrites, et celles-ci doivent être interprétées de manière à ce que soit établie une distinction entre les éléments essentiels de l’invention et ceux qui ne le sont pas, du point de vue de la personne moyennement versée dans l’art et compte tenu des connaissances générales courantes à la date de la publication. Comme l’affirme le juge Binnie dans l’arrêt *Free World Trust*, « [l]’interprétation des revendications avec le concours d’un destinataire versé dans l’art donne au breveté l’assurance que certains termes et concepts seront considérés par le tribunal à la lumière du témoignage d’un expert concernant leur sens technique » (au paragraphe 51).

[33] Must we infer from this, as the appellant would have us do, that the Court can never dispense with the need for expert evidence and that it will be an error of law for the Court to construe a patent in the absence of such expertise? This is the argument that was put forward before the Judge and that was, rightly in my opinion, rejected.

[34] Construction of a patent, like that of any other legal document, is always a matter of law for the Court. Of course, such an exercise will in most cases be done on the basis of the expertise and knowledge revealed by expert evidence, because the addressee of a patent is a person skilled in the art and not any ordinary person on the street. There is, however, no authority (or at least none has been provided by the appellant) to support the view that expert evidence is mandatorily required in every circumstance.

[35] The appellant takes issue with the Judge's reliance on the cases of *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FC 446, [2008] 1 F.C.R. 672 and *Excalibre Oil Tools Ltd. v. Advantage Products Inc.*, 2016 FC 1279, for the proposition that expert assistance may not be needed to determine the proper construction of patent claims. These cases are distinguishable, suggests the appellant, because in each of them there was expert evidence before the Court enabling it to put itself in the position of a POSITA. In other words, the determination as to whether evidence would be helpful or useful can only be made once it is received and reviewed.

[36] In my view, that argument is unconvincing. If the construction of a claim is a matter of law and the judge is entitled to adopt a construction different from that put forward by the parties and their experts, surely the judge can also construe a claim without relying on such evidence in appropriate circumstances. This is such a circumstance. The appellant did not tender any evidence to show that the words "stream of air" and "insulated", as used in Claim 1, would have a particular meaning to a person skilled in the art. Having failed to do so, the appellant cannot now argue that the Court is precluded from construing the terms of the patent according to the ordinary and grammatical meaning of the words used.

[33] Doit-on en déduire, comme le souhaite l'appelante, que la Cour ne peut jamais se passer de preuve d'expert et qu'elle commet une erreur de droit si elle interprète un brevet sans le bénéfice d'une telle expertise? Il s'agit de l'argument qui a été présenté au juge et qui, à juste titre à mon avis, a été rejeté.

[34] L'interprétation d'un brevet, comme de tout autre document juridique, est toujours une question de droit qu'il appartient à la Cour de trancher. Il est vrai que, dans la plupart des cas, un tel exercice repose sur l'expertise et les connaissances révélées par la preuve d'expert, car le destinataire du brevet est une personne versée dans l'art et non une personne ordinaire. Rien dans la jurisprudence ou la doctrine (ou, tout au moins, dans le dossier présenté par l'appelante) n'étaye la notion voulant que la preuve d'expert soit obligatoire dans tous les cas.

[35] L'appelante conteste le choix fait par le juge des décisions *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CF 446, [2008] 1 R.C.F. 672 et *Excalibre Oil Tools Ltd c. Advantage Products Canada Inc.*, 2016 CF 1279, au soutien de son affirmation selon laquelle l'aide d'un expert n'est pas nécessairement requise lorsqu'il s'agit de bien interpréter les revendications d'un brevet. Selon l'appelante, il est possible de distinguer ces affaires de la présente, car de la preuve d'expert a été présentée dans chacune d'entre elles, ce qui a permis à la Cour de se mettre à la place d'une personne moyennement versée dans l'art. Autrement dit, on ne peut juger de l'utilité d'éléments de preuve qu'après l'examen de ceux-ci.

[36] À mon avis, cet argument est très peu convaincant. Si l'interprétation d'un brevet est une question de droit et qu'il est loisible au juge d'adopter une interprétation différente de celle présentée par les parties et leurs experts, sans doute le juge peut-il interpréter une revendication sans avoir à se fonder sur une telle preuve dans certaines circonstances. C'est le cas en l'espèce. L'appelante n'a présenté aucun élément de preuve pour démontrer que les termes « circuit d'air » et « isolée », au sens de la revendication 1, auraient une signification particulière pour une personne versée dans l'art. Elle ne peut donc faire valoir qu'il est interdit à la Cour d'interpréter les revendications du brevet selon le sens ordinaire et grammatical des mots qui y sont utilisés.

[37] Of course, the judge who dispenses with expert evidence will do that at his or her own peril, and it is not a practice that should be lightly countenanced. Claims must always be construed in an informed and purposive way, and it is only in the clearest of cases that judges should feel confident enough to construe the claims of a patent as they would be understood by a skilled person, without the help of any expert evidence. In the case at bar, the appellant had the obligation to put its best foot forward: *Garford Pty*, at paragraph 6. However, it made the strategic decision not to present expert evidence on the summary judgment motion, thereby foregoing the possibility to impress upon the Judge the need to rely on such expertise to construe the patent. Be that as it may, what matters at the end of the day is not so much how and on what basis the judge came to his or her interpretation of a claim, but whether such interpretation is correct or flawed.

[38] This is precisely the focus of the appellant's second argument. The appellant contends that the Judge's actual construction of Claim 1 was unfounded in law in respect of the two elements of that claim that are at issue, namely the "stream of air" and the "insulated or partially insulated roasting chamber or tower". On the first element, the appellant submits that the Court failed to consider other dependent claims that inform the proper construction of Claim 1. In particular, the appellant argues that Claim 5, which provides that the oil seed is subjected to high velocity air jets through the heating method of Claim 4, is necessarily narrower than Claim 1. Claim 1 is written in much broader terms, argues the appellant. While Claim 5 is concerned with a particular heating method (the oil seed is heated "by means of" a stream of air), Claim 1 only provides for the circulation of heating air (the oil seed must be "in" a stream of air). It is impermissible to import limitations from dependent claims into the prior claims on which they depend.

[37] Bien sûr, le juge qui fait fi de la preuve d'expert le fait à ses risques et périls, et il ne s'agit pas d'une pratique qui devrait être cautionnée à la légère. Les revendications doivent toujours être interprétées d'une manière éclairée et téléologique, et ce n'est que dans les cas les plus manifestes que les juges devraient se sentir assez confiants pour interpréter, sans l'aide de quelque preuve d'expert, les revendications d'un brevet comme le comprendrait une personne versée dans l'art. Dans l'affaire en instance, l'appelante avait l'obligation de présenter ses meilleurs arguments (*Garford Pty*, au paragraphe 6). Elle a toutefois pris la décision stratégique de ne pas présenter de preuve d'expert lors de l'instruction de la requête en jugement sommaire; elle s'est ainsi privée de la possibilité de faire valoir auprès du juge l'importance de se fonder sur une telle expertise dans l'interprétation du brevet. Quoi qu'il en soit, ce qui importe, en définitive, n'est pas tant de savoir comment et sur quel fondement le juge en est arrivé à son interprétation d'une revendication; c'est plutôt de déterminer si cette interprétation est juste ou erronée.

[38] Il s'agit justement de l'objet du deuxième argument de l'appelante. Elle prétend que le juge a fait une interprétation non fondée en droit des deux éléments de la revendication 1 qui sont en litige, à savoir le « circuit d'air » et la « chambre ou [...] tour de grillage totalement ou partiellement isolée ». En ce qui concerne le premier élément, l'appelante prétend que la Cour n'a pas pris en compte d'autres revendications dépendantes qui éclairent la bonne interprétation de la revendication 1. Elle fait plus précisément valoir que la portée de la revendication 5, qui précise que les graines oléagineuses sont soumises à des jets d'air à grande vitesse durant le procédé de chauffage prévu à la revendication 4, est nécessairement plus restreinte que celle de la revendication 1. Selon l'appelante, la revendication 1 est rédigée en des termes qui ont un sens beaucoup plus large. Alors que la revendication 5 porte sur un procédé de chauffage particulier (les graines oléagineuses sont chauffées [TRADUCTION] « au moyen d'un » circuit d'air), la revendication 1 prévoit uniquement la circulation de l'air de chauffage (les graines oléagineuses doivent être « dans » un circuit d'air). Il est interdit d'introduire dans les revendications des limites provenant de revendications dépendantes.

[39] Similarly, and with regard to the second element, the appellant submits that the Judge failed to distinguish between two different considerations, namely the existence of insulation materials and the necessary insulating qualities of the equipment. Only the latter are essential to Claim 1, while the former are merely reflective of the patentee's preferred embodiments.

[40] The same arguments pertaining to the stream of air were made before the Judge, and were categorically rejected. Focusing on the language of the claim itself, Justice Manson wrote:

Hence, on a purposive construction, heating oil seed in a "stream of air", means that the oil seed is subjected to a stream of air to effectively achieve a suspended in air state such that the entire surface area of each flax seed is substantially uniformly exposed to the heating temperatures.

Reasons, at paragraph 90.

[41] The appellant has not demonstrated that the Judge erred in his construction of the claim, and I fail to see how it can be argued that the scope of Claim 1 is not limited to any particular type or source of heating. In my view, the use of the word "in" a stream of air, as opposed to "by means of" a stream of air, as suggested by the appellant, is without significance. What matters is the presence of a stream of air, and I agree with the Judge that this limitation excludes heating by other processes which do not comprise a stream of air. Claim 1 is not merely concerned with the circulation of air in the heating chamber. The "stream of air" cannot be understood as a distinct element from the roasting process itself, as the former expressly enables the latter.

[42] The disclosure makes clear that the "stream of air" is aimed at achieving a "suspended in air" state so that the entire surface area of the flax seed is uniformly exposed to the heating temperatures. The relevant portion of the disclosure, also reproduced by the Judge at paragraph 89 of his reasons, reads as follows:

[A]llowing heated air to circulate around and intersperse between the flax seed, effectively to cause the flax seed to

[39] De même, s'agissant du deuxième élément, l'appellante prétend que le juge n'a pas distingué les deux facteurs différents, à savoir l'existence de matériaux d'isolation et les qualités isolantes essentielles de l'équipement. Seul le dernier facteur est un élément essentiel de la revendication 1, le premier représentant uniquement les réalisations privilégiées par la brevetée.

[40] Les mêmes arguments concernant le circuit d'air ont été présentés au juge, qui les a catégoriquement rejetés. Dans son analyse du libellé de la revendication proprement dite, le juge Manson écrit :

En conséquence, selon une interprétation téléologique, le chauffage de graines oléagineuses dans un circuit d'air signifie que les graines sont soumises à un circuit d'air afin qu'elles se retrouvent en état de suspension dans l'air, et ce, de manière à ce que la surface complète de chaque graine soit sensiblement et uniformément exposée à la température de chauffage.

(Motifs, au paragraphe 90.)

[41] L'appellante n'a pas démontré que le juge a fait une interprétation erronée de la revendication. Je ne vois pas comment on peut prétendre que la portée de la revendication 1 n'est pas limitée à un type ou une source de chauffage en particulier. Je suis d'avis que l'emploi de l'expression « dans un circuit d'air », par rapport à l'expression « au moyen d'un circuit d'air », est sans importance, contrairement à ce que prétend l'appellante. Ce qui importe, c'est la présence d'un circuit d'air. Je conviens avec le juge que cette limite exclut le chauffage par d'autres procédés dépourvus de circuit d'air. La revendication 1 ne concerne pas simplement la circulation d'air dans la chambre de chauffage. Le « circuit d'air » ne saurait être distinct du procédé de chauffage en soi, car le premier permet directement la réalisation du second.

[42] La divulgation précise clairement que le « circuit d'air » vise à produire un état de « suspension dans l'air », de manière à ce que toute la surface des graines de lin soit exposée uniformément à la température de chauffage. La portion pertinente de la divulgation, qui est reprise par le juge au paragraphe 89 de ses motifs, est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] Laisser l'air chauffé circuler et s'intercaler entre les graines de lin de façon à ce qu'elles se retrouvent

achieve a “suspended in air” state. In this way, the entire surface area of each flax seed will be substantially uniformly exposed to the heating temperatures.

[43] A careful reading of pages 6–7 of the '376 patent (appeal book, Vol. 1, pages 167–168) makes it abundantly clear that whichever heating system is used to heat the flax seed, the oil seed must be subjected to a stream of air. It is true that the disclosure later referred to the temperature and the amount of time the flax seed is to be exposed (appeal book, Vol. 1, pages 168–169). This does not detract from the requirement that the heating step must involve a stream of air to ensure that each flax seed is “substantially uniformly exposed to the heating temperatures” (appeal book, Vol. 1, page 167).

[44] As for the appellant’s argument that Claim 1 (an independent claim) necessarily has a broader scope than Claim 5 (a dependent claim), and as a result the two may not be construed as having the same meaning, it must equally be rejected. This principle of claim differentiation, according to which it is impermissible to import limitations from dependent claims into the prior claims on which they depend, finds no application in the case at bar.

[45] Claim 5 specifies that the heating method of Claim 4 (which itself concerns a certain configuration of the heating method of Claim 1) is conducted using a fluidized bed apparatus that subjects the oil seed to high velocity air jets. There is nothing in the Judge’s “subjected to a stream of air” construction of Claim 1 that runs against the claim differentiation principle. If Claim 1 introduces the limitation of the “stream of air”, Claim 5 more specifically covers the apparatus needed to produce such stream (“a plurality of spaced-apart jet-tubes for directing air jets of heating air”).

[46] Turning to the “insulated or partially insulated roasting chamber or tower”, the appellant claims that the

en état de suspension dans l’air. De cette manière, la surface complète de chaque graine sera sensiblement et uniformément exposée à la température de chauffage.

[43] Il ressort clairement des pages 6 et 7 du brevet '376 (dossier d’appel, vol. 1, pages 167 et 168) que, quel que soit le système de chauffage des graines oléagineuses, ces dernières doivent être soumises à un circuit d’air. Certes, la divulgation renvoie par la suite à la température à laquelle les graines de lin sont exposées et à la durée de cette exposition (dossier d’appel, vol. 1, pages 168 et 169). Or, cette mention n’élimine pas pour autant l’exigence selon laquelle le procédé de chauffage doit comporter un circuit d’air pour que chaque graine de lin soit [TRADUCTION] « sensiblement et uniformément exposée à la température de chauffage » (dossier d’appel, vol. 1, page 167).

[44] Quant à l’argument de l’appelante selon lequel la portée de la revendication 1 (une revendication indépendante) est nécessairement plus vaste que celle de la revendication 5 (une revendication dépendante), et qu’on ne peut donc pas interpréter les deux revendications en leur donnant le même sens, il doit lui aussi être rejeté. Le principe de la différenciation des revendications, selon lequel il est interdit d’appliquer les limites prévues dans des revendications dépendantes aux revendications antérieures dont les premières dépendent, ne joue pas dans l’affaire en instance.

[45] La revendication 5 précise que le procédé de chauffage de la revendication 4 (qui mentionne une certaine configuration du procédé de chauffage de la revendication 1) fait intervenir un appareil à lit fluidisé dans lequel les graines oléagineuses sont soumises à des jets d’air à grande vitesse. Rien dans l’interprétation que fait le juge de l’expression « soumises à un circuit d’air » de la revendication 1 ne va à l’encontre du principe de différenciation des revendications. Si la revendication 1 introduit la limite du « circuit d’air », la revendication 5 décrit de manière plus précise l’appareil nécessaire à la production de ce circuit (c.-à-d. [TRADUCTION] « une série de tubes pulvérisateurs espacés de manière à diriger les jets d’air de chauffage »).

[46] Quant à l’expression « une chambre ou une tour de grillage totalement ou partiellement isolée », l’appelante

question is not whether the equipment has insulation “materials” but rather whether it has the necessary insulating “qualities”. Even assuming that such a distinction is warranted, the appellant has not even attempted to show that the roasting chamber does indeed possess insulating qualities despite the fact that it does not comprise insulation materials. At any rate, this argument was not seriously developed either in writing or at the hearing.

[47] In short, I find that the Judge did not err in his construction of Claim 1 of the '376 patent and of its essential elements. He applied the correct legal principles, and his purposive interpretation of that claim was entirely warranted having regard to the language of that claim itself and to the disclosure.

C. Did the Judge err in considering, under section 53.1 of the Patent Act, the prosecution history of a foreign patent application when purposively construing the '376 patent?

[48] While Justice Manson wrote that the Court “may” construe the patent and find no infringement without recourse to the prosecution history (reasons, at paragraph 79), his analysis relies in part on that evidence. At paragraphs 85–90 of his reasons, the Judge invokes the prosecution history to conclude that “[d]uring prosecution, the Plaintiff introduced both the ‘stream of air’ and ‘insulated or partially insulated roasting chamber or tower’ limitations to Claim 1”. This requires us to consider whether the judge erred in having recourse to the prosecution history, and in particular, prosecution history in another jurisdiction.

[49] Prior to the introduction of section 53.1 of the *Patent Act*, Canadian law was clear that the prosecution file was inadmissible for the purposes of claim construction. The doctrine of file wrapper estoppel has been aptly summarized by the Federal Court in the following terms:

...[File wrapper estoppel] is based on the principle that an inventor will not be allowed to make representations to the patent office, including amendments to a patent application, in order to avoid being refused a patent and later, in

allègue que la question est non pas de savoir si l'équipement est fait de « matériaux » isolants, mais plutôt s'il possède les « qualités » isolantes requises. Même en présumant qu'une telle distinction est justifiée, l'appelante n'a même pas tenté de démontrer que la chambre de grillage possède vraiment des qualités isolantes, bien qu'elle ne soit pas constituée de matériaux isolants. Quoi qu'il en soit, cet argument n'a pas été décrit en détail, que ce soit dans les observations écrites ou lors de l'audience.

[47] En résumé, je conclus que le juge n'a pas commis d'erreur dans son interprétation de la revendication 1 du brevet '376 et de ses éléments essentiels. Il a appliqué les bonnes règles de droit, et son interprétation téléologique de cette revendication était entièrement justifiée, compte tenu du libellé de cette revendication et de la divulgation.

C. Le juge a-t-il tenu compte à mauvais droit, sous le régime de l'article 53.1 de la Loi sur les brevets, de l'historique de poursuite d'une demande de brevet étrangère pour interpréter téléologiquement le brevet '376?

[48] Bien que le juge Manson écrive que la Cour « peut » interpréter le brevet et ne relever aucune contre-façon sans consulter l'historique de poursuite (motifs, au paragraphe 79), son analyse repose en partie sur cette preuve. Aux paragraphes 85 à 90 de ses motifs, le juge invoque l'historique de poursuite pour conclure que, « [l]ors de la poursuite, le défendeur a introduit les limites de la revendication 1 quant au circuit d'air et à la chambre ou à la tour de grillage totalement ou partiellement isolée ». Nous devons donc décider si le juge a commis une erreur en invoquant l'historique de poursuite et, plus précisément, l'historique de poursuite dans un autre pays.

[49] Avant l'introduction de l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, il ne faisait pas de doute en droit canadien que le dossier de poursuite était inadmissible aux fins de l'interprétation de revendications. La Cour fédérale résume habilement la doctrine de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier en ces termes :

L'irrecevabilité fondée sur le dossier de la demande de brevet [...] se fonde sur le principe qu'on ne peut admettre que l'inventeur fasse des déclarations à l'office des brevets, notamment des modifications de la demande de

the context of an infringement action assert that the patent covers elements or aspects of the subject which were disclaimed or abandoned in discussions with the patent office.

Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. Apotex Inc., 2001 FCT 1129, 15 C.P.R. (4th) 417, [2002] 1 F.C. D-25 (Digest) at paragraph 78, aff'd 2002 FCA 440, 22 C.P.R. (4th) 450.

[50] In *Free World Trust*, the Supreme Court explicitly rejected the possibility of importing into Canadian law the American file wrapper estoppel doctrine. The Court stated that “[t]o allow such extrinsic evidence for the purpose of defining the monopoly would undermine the public notice function of the claims, and increase uncertainty as well as fuelling the already overheated engines of patent litigation” (*Free World Trust*, at paragraph 66). The Court also noted that Canadian patent law’s emphasis on purposive construction “seems also to be inconsistent with opening the Pandora’s box of file wrapper estoppel” (*Free World Trust*, at paragraph 66). The concept of using file wrapper estoppel for ascertaining the scope of patent claims in infringement cases has been subsequently discarded by the courts throughout the years.

[51] This is not to say that this blanket prohibition on the use of patent prosecution history did not occasionally create some uneasiness, as demonstrated in certain decisions from the Federal Court. In *Distrimed Inc. v. Dispill Inc.*, 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209 (*Distrimed*), for example, I noted that “purposive construction should ... focus on the wording of a claim, obviously, but this is a far cry from saying that nothing else should be considered” (at paragraph 210). On that occasion, I drew a distinction between a representation made to the Patent Office and a change initiated by a patentee in the wording of a claim as a result of an objection from the Patent Office: while the former was strictly held inadmissible, the latter was deemed “an objective fact from which an inference may be drawn” (*Distrimed*, at paragraph 210).

brevet, pour éviter de se voir refuser le brevet, puis, par la suite, dans le contexte d’une action en contrefaçon, prétend que le brevet couvre des éléments ou des aspects du sujet qui ont fait l’objet d’un désistement ou d’un abandon dans les discussions avec l’office des brevets.

(*Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2001 CFPI 1129, [2002] 1 C.F. F-25 (Fiche analytique), au paragraphe 78, conf. par 2002 CAF 440.)

[50] Dans l’arrêt *Free World Trust*, la Cour suprême du Canada rejette explicitement la possibilité d’importer dans le droit canadien la doctrine américaine de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier. La Cour suprême affirme qu’« [a]utoriser la mise en preuve de tels éléments extrinsèques pour déterminer l’étendue d’un monopole compromettrait le rôle des revendications dans l’information du public et ajouterait à l’incertitude, tout en attisant le brasier déjà intense du contentieux en matière de brevets » (*Free World Trust*, au paragraphe 66). La Cour souligne en outre le fait que l’importance accordée à l’interprétation téléologique dans le droit canadien des brevets « paraît également incompatible avec l’ouverture de la boîte de Pandore que serait la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier » (*Free World Trust*, au paragraphe 66). Au fil des ans, les tribunaux ont rejeté l’application de la doctrine de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier lorsqu’il s’agit de déterminer la portée de revendications de brevet dans des affaires de contrefaçon.

[51] Or, cette interdiction générale visant le recours à l’historique de la poursuite relative à un brevet a créé, à l’occasion, un certain malaise, comme en témoignent certaines décisions de la Cour fédérale. Dans l’affaire *Distrimed Inc. c. Dispill Inc.*, 2013 CF 1043 (*Distrimed*), par exemple, je signale que « [l]’interprétation téléologique devrait [...] être axée sur le libellé de la revendication, mais la possibilité de tenir compte d’autres facteurs est loin d’être exclue pour autant » (au paragraphe 210). Dans cette affaire, j’établis une distinction entre, d’une part, une observation faite au Bureau des brevets et, d’autre part, une modification apportée par le titulaire du brevet au libellé d’une revendication à la suite d’une objection provenant du Bureau des brevets : alors que la première est jugée strictement inadmissible, la seconde est considérée comme « un

[52] Similarly, my colleague Justice Locke (then of the Federal Court) expressed his dismay at the notion that one could never look at a file prosecution history to interpret a claim, and found it “breathhtaking” that the patent owner took an opposite position for claims construction during the patent’s prosecution, than the one it advanced in the course of litigation: *Pollard Banknote Limited v. BABN Technologies Corp.*, 2016 FC 883, 141 C.P.R. (4th) 329 (*Pollard Banknote*), at paragraph 237.

[53] Section 53.1 of the *Patent Act* has brought about a significant shift in the Canadian approach to file wrapper estoppel. Not only does it appear to pay heed to the disquiet expressed by some judges at the notion that a patentee’s dealings with the Patent Office should always be out of bounds for the purpose of construing a claim, but it can also be perceived as a step to better align Canadian law with its British and American counterparts.

[54] In the United States, file wrapper estoppel has long been a feature of claim construction. In *Vitronics v. Conceptoronic, Inc.*, 90 F.3d 1576 (Fed. Cir. 1996), at page 1582, the United States Court of Appeals (Federal Circuit) stated:

It is well-settled that, in interpreting an asserted claim, the Court should look first to the intrinsic evidence of record, i.e., the patent itself, including the claims, the specification and, if in evidence, the prosecution history. ... Such intrinsic evidence is the most significant source of the legally operative meaning of disputed claim language.

[55] In *Free World Trust*, the Supreme Court referenced the United States Supreme Court decision in *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17, 117 S. Ct. 1040 (1997) (*Warner-Jenkinson*), where the doctrine of equivalents in U.S. patent law was reaffirmed.

fait objectif à partir duquel une conclusion peut être tirée » (*Distrimedic*, au paragraphe 210).

[52] De même, mon collègue, le juge Locke (à l’époque juge à la Cour fédérale) s’est dit stupéfait par l’idée que l’historique de poursuite ne puisse jamais être pris en compte dans l’interprétation d’une revendication, jugeant « époustoufflant » que le titulaire du brevet ait adopté, durant la poursuite de sa demande de brevet, une thèse contraire à celle qu’il fait valoir durant l’instance relativement à l’interprétation des revendications (*Pollard Banknote Limited c. BABN Technologies Corp.*, 2016 CF 883 (*Pollard Banknote*), au paragraphe 237).

[53] L’article 53.1 de la *Loi sur les brevets* a introduit un changement majeur dans l’approche canadienne à l’égard de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier. Non seulement cette disposition semble-t-elle tenir compte des réserves exprimées par certains juges quant à l’idée que les communications d’un breveté avec le Bureau des brevets devraient toujours être exclues de l’interprétation d’une revendication, mais elle peut également être perçue comme une mesure visant à harmoniser le droit canadien avec ceux du Royaume-Uni et des États-Unis.

[54] Aux États-Unis, la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier est depuis longtemps un facteur pris en compte dans l’interprétation des revendications. Dans l’arrêt *Vitronics v. Conceptoronic, Inc.*, 90 F.3d 1576 (Fed. Cir. 1996), à la page 1582, la Cour d’appel des États-Unis (circuit fédéral) déclare ce qui suit :

[TRADUCTION] Il est bien établi que, pour l’interprétation d’une revendication alléguée, la Cour doit d’abord examiner la preuve intrinsèque au dossier, c’est-à-dire le brevet, y compris les revendications, le mémoire descriptif et, s’il est présenté à titre d’élément de preuve, l’historique de poursuite. [...] Cette preuve intrinsèque est la source la plus importante lorsqu’il s’agit de déterminer le sens légalement exécutoire du libellé des revendications faisant l’objet du litige.

[55] Dans l’arrêt *Free World Trust*, la Cour suprême du Canada renvoie à la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l’affaire *Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.*, 520 U.S. 17, 117 S. Ct. 1040 (1997) (*Warner-Jenkinson*), qui confirme la doctrine

This doctrine prevents unscrupulous infringers from substituting immaterial variants to avoid infringement. In that case, the United States highest Court noted that during the patent claim construction process, the burden should be placed on the patent-holder to establish the reason for their amendments to their claim. In the absence of an explanation sufficient to overcome prosecution history estoppel, the Court was entitled to presume that the PTO had a substantial reason related to patentability for including the limiting element added by the amendment. In such circumstances, the patent owner would be barred from claiming the application of the doctrine of equivalents, thereby being prevented from recapturing ground conceded by limiting amendments during negotiations with the PTO.

[56] Following the 1997 decision in *Warner-Jenkinson*, the U.S. Supreme Court again considered file wrapper estoppel in *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, 535 U.S. 722, 122 S. Ct. 1831 (2002). In that case, the Court found that file wrapper estoppel applies to all types of amendments made during prosecution, and not just to those intended to narrow the patented invention's subject matter (to avoid prior art, for example). It made clear that when an applicant purposefully chose to forego a subject matter from its claims by narrowing them, it would be unfair to allow the patentee to reclaim this subject matter by virtue of the doctrine of equivalents. As the Court stated (at page 733):

Prosecution history estoppel requires that the claims of a patent be interpreted in light of the proceedings in the PTO during the application process. Estoppel is a "rule of patent construction" that ensures that claims are interpreted by reference to those "that have been cancelled or rejected." ... The doctrine of equivalents allows the patentee to claim those insubstantial alterations that were not captured in drafting the original patent claim but which could be created through trivial changes. When, however, the patentee originally claimed the subject matter alleged to infringe but then narrowed the claim in response to a rejection, he may

des équivalents dans le droit américain des brevets. Cette doctrine empêche des contrefacteurs sans scrupule de substituer des variantes sans importance pour éviter la contrefaçon. Dans cette affaire, le plus haut tribunal des États-Unis affirme que, durant le processus d'interprétation des revendications d'un brevet, il doit incomber au titulaire du brevet d'établir les raisons justifiant les modifications apportées à ses revendications. À défaut d'explications suffisantes pour écarter la préclusion fondée sur l'historique de poursuite, il est loisible à la Cour de présumer que le PTO avait un motif valable lié à la brevetabilité pour intégrer l'élément restrictif ajouté par voie de modification. En pareilles circonstances, il serait interdit au titulaire de brevet d'invoquer l'application de la doctrine des équivalents, et ce dernier ne pourrait donc pas reprendre le terrain qu'il avait cédé en apportant des modifications restrictives durant les négociations avec le PTO.

[56] Après la décision rendue en 1997 dans l'affaire *Warner-Jenkinson*, la Cour suprême des États-Unis examine de nouveau la question de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier, cette fois-ci dans l'affaire *Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.*, 535 U.S. 722, 122 S. Ct. 1831 (2002). Dans cette dernière, cette cour conclut que la doctrine de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier s'applique à tous les types de modifications apportées durant la poursuite, et pas seulement à celles visant à restreindre l'objet de l'invention brevetée (par exemple, pour éviter l'antériorité). Elle indique expressément qu'il serait injuste qu'un breveté, qui a délibérément choisi d'écarter un objet pour restreindre la portée de ses revendications lors de sa demande de brevet, puisse ultérieurement revendiquer de nouveau cet objet en invoquant la doctrine des équivalents. Comme l'affirme cette cour (à la page 733) :

[TRADUCTION] La préclusion fondée sur l'historique de poursuite exige que les revendications d'un brevet soient interprétées à la lumière de l'instance devant le PTO durant le processus de demande. La préclusion est une « règle d'interprétation des brevets » suivant laquelle les revendications sont interprétées « compte tenu de celles qui ont été annulées ou rejetées ». [...] La doctrine des équivalents permet au titulaire de brevet de revendiquer des modifications sans importance qui n'ont pas été intégrées dans le libellé de la revendication initiale, mais qui pourraient être obtenues au moyen de changements mineurs. Cependant, si le breveté

not argue that the surrendered territory comprised unforeseen subject matter that should be deemed equivalent to the literal claims of the issued patent. On the contrary, “[b]y the amendment [the patentee] recognized and emphasized the difference between the two phrases [,] ... and [t]he difference which [the patentee] thus disclaimed must be regarded as material.” [References omitted.]

[57] In the United Kingdom, a more cautious approach has traditionally been followed with respect to patent prosecution evidence. Historically, just like in Canada, the focus of the enquiry has been to determine the essential elements of an invention so that any variant would fall outside the scope of the claims of a patent: see *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.) (*Catnic*), at pages 242–243; *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.).

[58] Such insistence on the objective manifestation of the inventor’s intention in the patent claims has nevertheless been relaxed in recent years. In the case of *Rohm and Haas Co. & Anor v. Collag Ltd. & Anor*, [2001] EWCA Civ. 1589 (BAILII), [2002] F.S.R. 28, the England and Wales Court of Appeal noted that the court below would have been entitled to take account of the prosecution process had it been necessary for the judge to resolve an issue of construction (at paragraph. 42).

[59] Shortly thereafter, in *Kirin-Amgen Inc. & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd. & Ors*, [2004] UKHL 46 (BAILII), [2005] R.P.C. 9 (*Kirin-Amgen*), the House of Lords cautioned about the extent to which prosecution history should be used in assessing patent claims. Relying on Article 69 of the European Patent Convention [*Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention)*, October 5, 1973], pursuant to which the extent of protections “shall be determined by the terms of the claims”, and on *Catnic*, the Court stated emphatically that the door for any doctrine extending protection outside the claims is “firmly [shut]” (*Kirin-Amgen*, at paragraph 44). And the Court added: “I cannot say that I am sorry because the *Festo* litigation suggests, with all respect to the courts of the United States, that American patent litigants

a initialement revendiqué l’objet allégué de la contrefaçon, puis a réduit la portée de la revendication en réponse à un rejet, il ne peut prétendre que le terrain cédé comportait un objet imprévu qui devrait être considéré comme équivalent aux revendications textuelles du brevet délivré. Au contraire, « [e]n le modifiant, [le breveté] a reconnu et souligné les différences entre les deux phrases [,] [...], et [l]es différences que [le breveté] a ainsi abandonnées doivent être considérées comme substantielles ». [Renvois omis.]

[57] Au Royaume-Uni, une approche plus prudente est généralement adoptée quant à la preuve relative à la poursuite de demandes de brevet. Historiquement, tout comme au Canada, l’analyse vise principalement à déterminer les éléments essentiels de l’invention afin que toute variante échappe à la portée des revendications du brevet (voir *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.) (*Catnic*), aux pages 242 et 243; *Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.*, [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.)).

[58] Cette insistance sur l’expression objective de l’intention de l’inventeur dans les revendications du brevet a toutefois été assouplie au cours des dernières années. Dans l’affaire *Rohm and Haas Co. & Anor v. Collag Ltd. & Anor*, [2001] EWCA Civ. 1589 (BAILII), [2002] F.S.R. 28, la Cour d’appel de l’Angleterre et du pays de Galles déclare que le tribunal de première instance aurait pu tenir compte de la procédure de poursuite si une telle démarche avait été nécessaire pour lui permettre de trancher une question d’interprétation (au paragraphe 42).

[59] Peu après, dans l’affaire *Kirin-Amgen Inc. & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd. & Ors*, [2004] UKHL 46 (BAILII), [2005] R.P.C. 9 (*Kirin-Amgen*), la Chambre des Lords fait une mise en garde sur le recours à l’historique de poursuite dans l’évaluation des revendications d’un brevet. Invoquant l’article 69 de la Convention sur le brevet européen (CBE) [*Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen)*, 5 octobre 1973], aux termes duquel l’étendue des protections « est déterminée par les revendications », et l’affaire *Catnic*, elle déclare que la porte est [TRADUCTION] « fermée catégoriquement » à toute doctrine étendant la protection au-delà des revendications (*Kirin-Amgen*, au paragraphe 44). Elle ajoute ce qui suit : [TRADUCTION] « Je ne peux pas dire que cela me désole, car l’affaire *Festo* semble indiquer,

pay dearly for results which are no more just or predictable than could be achieved by simply reading the claims” (*Kirin-Amgen*, at paragraph 44).

[60] This last remark from the Court must be understood against the backdrop of its previous analysis of American law. Starting from the premise that literalism must be avoided to ensure that patent claims are constructed so as to give fair protection to the patentee, the Court reasoned, based on its review of both the United Kingdom and American jurisprudence, that there are two ways to achieve that objective.

[61] The first is to adhere to literalism in construing the claims, and to evolve a doctrine which supplements the claims by extending protection to equivalents. This strategy is fraught with difficulties, because the doctrine of equivalents can take a life of its own, unbounded by the patent claims, such that it is difficult to know where the limits of the monopoly should be drawn. This is why the American courts have come up with the doctrine of file wrapper estoppel, which is itself not free from difficulties. The investigation of the patent file, however thorough and expensive it may be, does not always decisively inform what part of the claim should be taken to have been withdrawn. The second, privileged by the House of Lords, is to abandon literalism and to adopt a principle of construction which actually gives effect to what the person skilled in the art would have understood the patentee to be claiming.

[62] Despite these concerns about the use of patent prosecution history, the U.K. Supreme Court recently revisited the issue and came to a more nuanced approach to that doctrine in *Eli Lilly and Company v. Actavis UK Limited and others*, [2017] UKSC 48, [2017] R.P.C. 21. There, after reviewing the U.K. and European jurisprudence on the subject, the Court stated [at paragraphs 87–88] the following:

avec tout le respect que l’on doit aux tribunaux des États-Unis, que les parties à un litige en matière de brevets aux États-Unis paient chèrement pour obtenir des résultats qui ne sont ni plus justes ni plus prévisibles que ceux qui seraient obtenus par une simple interprétation des revendications » (*Kirin-Amgen*, au paragraphe 44).

[60] Cette dernière remarque de la Cour doit être interprétée à la lumière de son analyse précédente du droit américain. En partant du principe qu’il faut éviter la littéralité pour veiller à ce que l’interprétation des revendications de brevet offre une protection équitable au breveté, la Cour, sur le fondement de son examen de la jurisprudence britannique et américaine, conclut qu’il existe deux façons d’atteindre cet objectif.

[61] La première consiste à faire une interprétation littérale des revendications et à élaborer une doctrine qui complète les revendications en étendant la protection aux équivalents. Cette stratégie pose toutefois des difficultés, car la doctrine des équivalents peut mener à l’amplification, sans égard aux revendications du brevet, de sorte qu’il est difficile de savoir où tracer les limites du monopole. Voilà pourquoi les tribunaux américains ont élaboré la doctrine de la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier qui, elle-même, n’est pas sans poser de difficultés. L’examen du dossier du brevet, aussi exhaustif et coûteux soit-il, ne renseigne pas toujours de manière concluante sur les éléments d’une revendication qui devraient être considérés comme ayant été retirés. La deuxième façon, privilégiée par la Chambre des Lords, consiste à abandonner la littéralité au profit d’un principe d’interprétation qui met réellement en application ce que la personne versée dans l’art aurait compris des revendications du brevet.

[62] Malgré ces préoccupations au sujet du recours à l’historique de la poursuite de demandes de brevet, la Cour suprême du Royaume-Uni réexamine récemment la question et énonce une doctrine plus nuancée dans l’arrêt *Eli Lilly and Company v. Actavis UK Limited and others*, [2017] UKSC 48, [2017] R.P.C. 21. Dans cette affaire, à la lumière de la jurisprudence britannique et européenne sur le sujet, la Cour affirme ce qui suit [aux paragraphes 87 et 88] :

In my judgment, it is appropriate for the UK courts to adopt a sceptical, but not absolutist, attitude to a suggestion that the contents of the prosecution file of a patent should be referred to when considering a question of interpretation or infringement, along substantially the same lines as the German and Dutch courts. It is tempting to exclude the file on the basis that anyone concerned about, or affected by, a patent should be entitled to rely on its contents without searching other records such as the prosecution file, as a matter of both principle and practicality. However, given that the contents of the file are publicly available (by virtue of article 128 EPC 2000) and (at least according to what we were told) are unlikely to be extensive, there will be occasions when justice may fairly be said to require reference to be made to the contents of the file. However, not least in the light of the wording of article 69 EPC 2000, which is discussed above, the circumstances in which a court can rely on the prosecution history to determine the extent of protection or scope of a patent must be limited.

While it would be arrogant to exclude the existence of any other circumstances, my current view is that reference to the file would only be appropriate where (i) the point at issue is truly unclear if one confines oneself to the specification and claims of the patent, and the contents of the file unambiguously resolve the point, or (ii) it would be contrary to the public interest for the contents of the file to be ignored. The first type of circumstance is, I hope, self-explanatory; the second would be exemplified by a case where the patentee had made it clear to the EPO that he was not seeking to contend that his patent, if granted, would extend its scope to the sort of variant which he now claims infringes. [Emphasis added.]

[63] Section 53.1 of the *Patent Act* echoes, it seems, the type of circumstance underlined above, and thus similarly circumscribes the evidentiary use that can be made of the file prosecution history. As the Judge correctly pointed out, “[t]o the extent that the [respondent] wishes to introduce communications made in the course of prosecution of the ‘376 patent, these communications are only admissible for the limited purpose of rebutting a representation made by the patentee as to the construction of a claim in that patent” (reasons, at paragraph 63). Moreover, this newly enacted provision only allows written communications made between the patentee and the Patent Office

[TRADUCTION] Je suis d’avis qu’il y a lieu, pour les tribunaux du Royaume-Uni, d’adopter une attitude empreinte de scepticisme, mais non d’absolutisme, pour déterminer si le dossier de poursuite d’une demande de brevet devrait être pris en compte durant l’examen d’une question d’interprétation ou de contrefaçon, essentiellement comme les tribunaux allemands et hollandais. Il est tentant d’exclure le dossier au motif que quiconque est visé ou touché par un brevet devrait avoir le droit de se fonder sur le libellé même, sans avoir à consulter d’autres dossiers comme le dossier de poursuite, à la fois par principe et pour des raisons pratiques. Cependant, comme la teneur des dossiers est du domaine public (selon l’article 128 de la CBE de 2000) et qu’il est peu probable (du moins d’après ce qui nous a été dit) que ces dossiers soient volumineux, il y aura des cas où l’on pourra, à juste titre, dire que la justice exige que l’on renvoie au dossier. Cependant, et surtout à la lumière du libellé de l’article 69 de la CBE [de] 2000 dont il est question plus haut, il faut limiter les circonstances dans lesquelles un tribunal peut se fonder sur l’historique de la poursuite pour déterminer la portée d’un brevet ou l’étendue de la protection qu’il confère.

Alors qu’il serait arrogant d’exclure l’existence de toute autre circonstance, je suis actuellement d’avis que le renvoi au dossier ne conviendrait que (i) si la question en litige est véritablement imprécise lorsqu’on se fie uniquement au mémoire descriptif et aux revendications du brevet et que le dossier permet de clarifier la question de façon non ambiguë, ou (ii) s’il est contraire à l’intérêt public de faire abstraction du dossier. Le premier type de circonstances est, je l’espère, suffisamment explicite; le deuxième correspondrait, par exemple, au cas où le breveté avait clairement fait savoir à l’Organisation européenne des brevets qu’il ne cherchait pas à prétendre que la portée de son brevet – si celui-ci était délivré – s’étendrait au type de variante qui, allègue-t-il maintenant, constitue une contrefaçon. [Non souligné dans l’original.]

[63] L’article 53.1 de la *Loi sur les brevets* envisage, semble-t-il, le type de circonstances énoncées plus haut et restreint ainsi, de la même manière, l’utilisation qui peut être faite en preuve de l’historique de poursuite d’une demande. Comme le souligne le juge, à juste titre, « [d]ans la mesure où [l’intimée] souhaite introduire des communications effectuées lors de la poursuite du brevet ‘376, ces dernières ne sont admissibles que dans le but restreint de réfuter une déclaration que le breveté a faite au sujet de l’interprétation d’une revendication de ce brevet » (motifs, au paragraphe 63). De plus, selon cette nouvelle disposition, seules les communications écrites entre le titulaire du

during the prosecution of the Canadian patent application to be admitted into evidence.

[64] The appellant seems to downplay the consequences of the recent enactment of this provision, and to sever prosecution history from the analytical framework of patent construction. Admittedly, a strict reading of section 53.1 does not sanction the use of the prosecution file as an independent, stand-alone aid to construction of a patent claim. The prosecution file nonetheless does play a role in construing claims, along with the claims themselves and disclosure, to the extent that it may rebut a patentee's representation. In the case at bar, the appellant has made numerous representations to the effect that Claim 1 was not restricted to a particular type of heating, and that the cooling towers' insulation was optional. Subject to the discussion that follows, these are precisely the kind of representations, as the Judge noted, that are contemplated by section 53.1. That much, it seems to me, is uncontroversial.

[65] In light of these considerations, there is no need for me to weigh in on the apparent controversy that seems to have emerged in the Federal Court as to the extent and purpose for which prosecution communications can be introduced. In both the decision under appeal and *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2020 FC 814, 181 C.P.R. (4th) 1 (*Eli Lilly*), the Federal Court insisted on the limited purpose of introducing prosecution communications, that is the rebuttal of a representation made by the patentee as to the construction of the claim. Such an interpretation would confine section 53.1 to an evidentiary rule not dissimilar to the U.S. notion of estoppel.

[66] In *Bauer Hockey Ltd. v. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 FC 624 (*Bauer Hockey*), however, the Federal Court put forward a somewhat different approach to section 53.1. While the decision under appeal and *Eli Lilly* seem to suggest that the use of prosecution history is limited to the rebuttal of identifiable representations, the

brevet et le Bureau des brevets dans le cadre de la poursuite d'une demande de brevet canadien peuvent être admises en preuve.

[64] L'appelante semble minimiser les conséquences de l'adoption récente de cette disposition et séparer l'historique de la poursuite du cadre d'analyse qu'appelle l'interprétation du brevet. Certes, une interprétation littérale de l'article 53.1 ne sanctionne pas le recours au dossier de poursuite comme outil indépendant d'interprétation des revendications d'un brevet. Le dossier de la poursuite joue néanmoins un rôle dans l'interprétation des revendications, au même titre que les revendications proprement dites et la divulgation, dans la mesure où il peut réfuter des observations faites par le breveté. Dans l'affaire en instance, suivant nombre d'observations de l'appelante, la revendication 1 ne se limite pas à un type particulier de chauffage, et l'isolation des tours de refroidissement est facultative. Sous réserve de l'analyse ci-après, il s'agit précisément, comme le fait remarquer le juge, du type d'observations qui relèvent de l'article 53.1. Ce fait est, à mon avis, incontestable.

[65] Eu égard à ces considérations, il n'y a pas lieu pour moi de me prononcer sur la controverse apparente qui semble exister au sein de la Cour fédérale, quant à savoir dans quelle mesure et à quelles fins les communications dans le cadre de la poursuite d'une demande peuvent être admises à titre de preuve. Dans la décision actuellement en appel ainsi que dans l'affaire *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2020 CF 814 (*Eli Lilly*), la Cour fédérale insiste sur le fait que les communications dans le cadre de la poursuite d'une demande ne sont admissibles à titre d'éléments de preuve que dans un but restreint, celui de réfuter une observation du breveté relative à l'interprétation d'une revendication. Une telle interprétation limiterait l'article 53.1 à une règle de preuve s'apparentant à la notion de préclusion dans le droit américain.

[66] Cependant, dans l'affaire *Bauer Hockey Ltd. c. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)*, 2020 CF 624 (*Bauer Hockey*), la Cour fédérale présente une approche quelque peu différente à l'égard de l'article 53.1. Bien que la décision faisant l'objet du présent appel et l'affaire *Eli Lilly* semblent indiquer que l'historique de la poursuite ne peut

Court in *Bauer Hockey* departs from that approach in holding that prosecution history is admissible whenever the issue is one of claims construction. The emphasis, therefore, is not so much on the rebuttal of a particular representation, but rather on the interpretive process itself. As the Court stated in *Bauer Hockey*, “there is no need to identify a particular representation and rebuttal every time a reference is made to the prosecution history. It is simply integrated in the interpretive process” (at paragraph 65).

[67] The resolution of this dispute is best left for another day, as the facts of this case clearly meet the more restricted interpretation of section 53.1 and do not require a broader reading of that section. More germane to the resolution of the case at bar is whether this new provision allows for the consideration of foreign prosecution files.

[68] It will be remembered that Justice Manson, though acknowledging that section 53.1 limits the communications that can be admitted into evidence to those between the patentee and the Canadian Patent Office, nevertheless accepted that the Court is allowed to look at foreign prosecution history in “extraordinary circumstances”. This will be the case, as in the case at bar, when the patentee “specifically referred to the corresponding U.S. application prosecution history and acknowledged that the amendments to the claims in the '376 file history were made to overcome novelty and obviousness concerns as raised in the U.S. application prosecution history” (reasons, at paragraph 70).

[69] The appellant objects to that finding, emphasizing that the wording of section 53.1 only makes admissible communications between an applicant or patentee and the Commissioner, an officer or employee of the Patent Office of Canada. As such, argues the appellant, Justice Manson erred in interpreting section 53.1 so as to permit the use of the U.S. prosecution history in a related application for

être invoqué que pour réfuter des observations en particulier, la Cour dans la décision *Bauer Hockey* s'écarte de cette approche et soutient que l'historique de poursuite est admissible chaque fois que la question en litige porte sur l'interprétation d'une revendication. Cette approche insiste moins sur la réfutation d'une observation particulière, et davantage sur le processus d'interprétation proprement dit. Comme le dit la Cour fédérale dans la décision *Bauer Hockey*, « il n'est pas nécessaire d'isoler une déclaration et une réfutation en particulier chaque fois que l'on renvoie à l'historique de l'examen. Cela fait simplement partie intégrante du processus d'interprétation » (au paragraphe 65).

[67] Il est préférable de reporter à un autre moment l'examen de cette question, car les faits en l'espèce satisfont manifestement à l'interprétation plus restreinte de l'article 53.1 et n'exigent pas une interprétation élargie de cette disposition. Ce qu'il faut plutôt savoir, en l'occurrence, est si cette nouvelle disposition autorise la prise en compte de dossiers de poursuite étrangers.

[68] Il ne faut pas oublier que le juge Manson, tout en reconnaissant que l'article 53.1 limite les communications pouvant être admises en preuve à celles faites entre le titulaire du brevet et le Bureau canadien des brevets, admet néanmoins que la Cour peut prendre en considération l'historique de poursuite étranger dans des « circonstances extraordinaires ». De telles circonstances surviennent, comme dans l'affaire en instance, lorsque la brevetée « a fait expressément référence à l'historique de poursuite de la demande américaine correspondante et a reconnu que les modifications apportées aux revendications dans l'historique de poursuite de la demande '376 avaient pour but de réfuter les préoccupations en matière de nouveauté et d'évidence qui avaient été soulevées dans l'historique de poursuite de la demande américaine » (motifs, au paragraphe 70).

[69] L'appelante s'oppose à cette conclusion et insiste sur le fait que le libellé de l'article 53.1 n'autorise en preuve que les communications entre un demandeur ou un titulaire de brevet et le commissaire ou un membre du personnel du Bureau canadien des brevets. À ce titre, l'appelante soutient que le juge Manson a commis une erreur dans son interprétation de l'article 53.1, en autorisant

the purposes of claim construction. In the appellant's view, Justice Manson further compounded his error by introducing the American doctrine of incorporation by reference, whereby external documents are cited in such a manner that they effectively become part of the host document. Not only does Canadian law prohibit the incorporation by reference of documents into patent specifications (*Patent Rules*, SOR/2019-251, paragraph 57(1)), but the prosecution file of the '376 patent does not clearly incorporate the '405 application. In the appellant's view, therefore, the mention of "a related United States application" in the '376 patent is no more than a general reference from which no inference should have been drawn.

[70] I agree with the appellant that courts should be wary to extend the detailed language of section 53.1, which is specific about the communications being limited to those with the Canadian Patent Office. The legislation is carefully tailored, and it would go against statutory interpretation principles to try to go beyond its original intent.

[71] There are also public policy reasons for treading carefully in allowing extrinsic evidence. Opening the door to allowing foreign patent prosecution history into the analysis might lead to overly contentious and expensive litigation. Moreover, different countries have different patent registration processes. While the global system has become more interconnected, a party may disclaim an element in one country that they need not disclaim in another. For instance, in this case, the patent application in the United States was eventually dropped, while registration in Canada was completed. Along with differences in patent processes between countries, there also lies differences in the language of patent claims; allowing for foreign prosecution evidence can lead to potential issues of translation, and given that language is such an important part of claim construction, this could lead to major problems in the interpretation of the claims.

que l'historique de poursuite d'une demande américaine correspondante éclaire l'interprétation des revendications. Selon l'appelante, le juge Manson a aggravé son erreur en introduisant la doctrine américaine de l'incorporation par renvoi, selon laquelle des documents externes sont mentionnés de telle manière qu'ils deviennent effectivement partie intégrante du document original. Non seulement le droit canadien interdit-il l'incorporation par renvoi de documents dans le mémoire descriptif du brevet (*Règles sur les brevets*, DORS/2019-251, paragraphe 57(1)), mais le dossier de poursuite du brevet '376 n'incorpore pas clairement la demande '405. L'appelante est donc d'avis que la mention « une demande américaine correspondante » dans le brevet '376 n'est rien de plus qu'un renvoi général duquel on ne devrait tirer aucune conclusion.

[70] Je conviens avec l'appelante que les tribunaux devraient hésiter à élargir le libellé détaillé de l'article 53.1, lequel précise que les communications se limitent à celles avec le Bureau canadien des brevets. La disposition est soigneusement rédigée; tenter d'aller au-delà de son objet initial irait à l'encontre des principes d'interprétation des lois.

[71] Il existe également des motifs d'intérêt public qui justifient que l'on hésite à admettre une preuve extrinsèque. Permettre l'admission en preuve de l'historique de poursuite lié à des demandes de brevets étrangères risque de mener à des instances excessivement litigieuses et coûteuses. De plus, la procédure d'enregistrement des brevets diffère d'un pays à l'autre. Si le système mondial s'est resserré, il peut arriver qu'une partie doive, dans un pays, renoncer à un élément auquel elle n'aura pas à renoncer dans un autre pays. En l'espèce, par exemple, la demande de brevet a finalement été abandonnée aux États-Unis, alors que le brevet a été enregistré au Canada. Non seulement la procédure diffère-t-elle d'un pays à l'autre, mais il existe également des différences dans la langue des revendications de brevet. Ainsi, permettre que soient invoqués des éléments de preuve provenant de poursuites étrangères risque de mener à des problèmes potentiels de traduction. Vu l'importance capitale du libellé dans l'interprétation des revendications, il pourrait en découler de graves problèmes dans l'interprétation des revendications.

[72] That being said, one should not underplay the public interest in keeping those who have previously disclaimed elements from their patent from re-claiming them in future infringement cases. This was clearly an important policy consideration for Justice Manson, in the case at bar, in order to extend the admissibility of prosecution history to foreign applications. As he stated, at paragraph 72 of his reasons:

... if the Court were to ignore consideration of the prosecution history of the corresponding U.S. application in circumstances such as are present here, patent applicants in Canada would be incentivized to intentionally refrain from being transparent with the Canadian Patent Office as to why amendments were made to limit claims during prosecution. If section 53.1 were interpreted to never allow consideration of foreign prosecution histories where limitations were specifically added to overcome novelty and obviousness objections and those limitations were subsequently adopted in the prosecution of the corresponding Canadian claims, applicants could rely on co-pending foreign applications to effectively avoid any application of section 53.1.

[73] In this specific instance, if one looks to the U.S. application, it is clear that CanMar's patent was amended specifically to avoid infringing on the patent claim of the Micronizer patent-holder: see Permann affidavit, appeal book, Vol. 1, pages 148–152. Given that the respondent is using a Micronizer as the sole method for roasting flax, the evidence from the U.S. patent prosecution may appear, from the outset, as useful in disposing of the claim. In the *Pollard Banknote* case cited above, a similar circumstance happened where the Federal Court likely would have changed its decision if it had been allowed to consider the patent prosecution history (at paragraphs 238–239). Justice Locke noted that “[he] would expect that [the patent-owner]’s argument would never have made it to a trial in the US where the principle of file wrapper estoppel applies. There, [the patent-owner] would likely not have been allowed to argue a claim construction that attempts to recapture ground conceded during prosecution of the patent application to avoid prior art” (*Pollard Banknote*, at paragraph 238).

[72] Cela dit, il ne faudrait pas minimiser l’aspect d’intérêt public visant à éviter que des personnes ayant précédemment renoncé à des éléments de leur brevet ne tentent de les revendiquer de nouveau lors de futures affaires de contrefaçon. Dans l’affaire en instance, le juge Manson accorde manifestement beaucoup d’importance à ce facteur, qui justifie à son avis que l’on élargisse l’admissibilité de l’historique de la poursuite aux demandes étrangères. Au paragraphe 72 de ses motifs, le juge affirme ce qui suit :

[...] s’il fallait que la Cour fasse abstraction de l’historique de poursuite de la demande américaine correspondante dans des circonstances comme celles qui sont présentes en l’espèce, cela inciterait les demandeurs de brevet au Canada à s’abstenir délibérément de faire preuve de transparence auprès du Bureau des brevets canadien quant à la raison pour laquelle des modifications ont été apportées pour limiter des revendications lors de la poursuite. Si l’on considérait que l’article 53.1 n’autorise jamais à examiner les historiques de poursuite étrangers dans le cadre desquels des limites ont été expressément ajoutées pour réfuter des objections en matière de nouveauté et d’évidence et si ces limites étaient adoptées par la suite lors de la poursuite des revendications canadiennes correspondantes, les demandeurs pourraient se fonder sur des demandes étrangères simultanément en instance pour se soustraire concrètement à toute application de l’article 53.1.

[73] En l’espèce, il ne fait aucun doute, lorsqu’on examine la demande américaine, que le brevet de CanMar a été modifié expressément pour éviter de contrefaire la revendication du brevet délivré pour le microniseur (voir la déclaration sous serment de M^{me} Permann, dossier d’appel, vol. 1, pages 148 à 152). Comme le microniseur est le seul procédé utilisé par l’intimée pour faire griller les graines de lin, les éléments de preuve provenant de la poursuite de la demande de brevet aux États-Unis pourraient a priori paraître utiles lorsqu’il faut statuer sur la revendication. Dans l’affaire *Pollard Banknote*, une situation comparable s’est présentée, où la Cour fédérale aurait probablement modifié sa décision si elle avait pu prendre en compte l’historique de poursuite du brevet (aux paragraphes 238 et 239). Dans cette affaire, le juge Locke opine : « [j]e pense que l’argument [du breveté] n’aurait jamais résisté à un procès aux États-Unis, là où la préclusion fondée sur les notes apposées au dossier s’applique. Là-bas, [le breveté] n’aurait probablement pas eu la possibilité de soutenir une interprétation de revendication qui tente de reprendre le

[74] Yet, whether the doctrine of incorporation by reference should formally be treated as an exception to the general prohibition on foreign prosecution files, is a question best left for another day. Not only should courts refrain from deciding beyond what is strictly necessary for the resolution of the case of which they are seized, but the facts of this case, in my view, do not lend themselves to a proper finding of incorporation by reference.

[75] There is nothing in the prosecution file of the '376 patent that identifies with any detailed particularity what specific “written communication” from the U.S. prosecution history is incorporated and where that written communication can be found. The only mention of that written communication is found in the following paragraph of a response dated August 24, 2012, to the February 27, 2012, Examiner’s Report:

At the outset, the Examiner is advised that the claims on file have been replaced with a new set of claims fully supported by the description as filed and believed to more accurately and appropriately define the scope of protection sought for the invention. New claims 1-19 correspond substantially to those submitted during prosecution of a related United States application. Former claims 22-27 have been renumbered as new claims 20-25 flowing from new claims 1-19.

Appeal book, Vol. 1, page 253; emphasis added.

[76] It is a stretch to say that the prosecution of the U.S. application is incorporated by reference when the specific application is not even cited within the document. Justice Manson heavily relies on the case of *Abbott Labs* for the proposition that exceptional circumstances may be found when prosecution of the foreign application is made part of the prosecution history of the Canadian patent. But in

terrain qui a été cédé au cours de la poursuite de demande de brevet pour éviter l’antériorité » (*Pollard Banknote*, au paragraphe 238).

[74] Néanmoins, il vaut mieux reporter à une autre fois l’examen de la question visant à savoir si la doctrine de l’incorporation par renvoi devrait officiellement être considérée comme une exception à l’interdiction générale d’invoquer des dossiers de poursuite étrangers. Non seulement les tribunaux devraient-ils s’abstenir de statuer sur des questions autres que celles étant strictement essentielles au règlement de l’affaire dont ils sont saisis, mais, à mon avis, les faits en l’espèce ne se prêtent pas à la formulation d’une conclusion sur la question de l’incorporation par renvoi.

[75] Rien dans le dossier de poursuite du brevet '376 n’indique de façon détaillée quelles « communications écrites » précises extraites de l’historique de poursuite de la demande américaine sont incorporées dans le brevet, ni où se trouvent ces communications. La seule mention des communications écrites se trouve dans le paragraphe qui suit, qui est extrait d’une réponse datée du 24 août 2012 au rapport de l’examinateur du 27 février 2012 :

[TRADUCTION] D’entrée de jeu, nous tenons à informer l’examinateur que les revendications au dossier ont été remplacées par une nouvelle série de revendications entièrement corroborées par le mémoire descriptif qui a été déposé et qui sont présumées donner une définition plus précise et plus adéquate de la portée de la protection revendiquée pour l’invention. Les nouvelles revendications 1 à 19 correspondent essentiellement à celles qui ont été présentées durant la poursuite d’une demande américaine connexe. Les anciennes revendications 22 à 27 ont été renumérotées et correspondent désormais aux nouvelles revendications 20 à 25, découlant des nouvelles revendications 1 à 19.

(Dossier d’appel, vol. 1, page 253; non souligné dans l’original.)

[76] Il est exagéré de dire que l’historique de la poursuite de la demande américaine a été incorporé par renvoi, alors que la demande comme telle n’est même pas mentionnée dans le document. Le juge Manson se fonde largement sur l’affaire *Abbott Labs* pour indiquer qu’une circonstance exceptionnelle peut exister si la poursuite de la demande étrangère fait partie de l’historique de poursuite du brevet

that case, the U.S. patent claimed priority from the application of the foreign patent (*Abbott Labs*, at page 1290), which necessarily entails that express reference to the foreign patent was made. Such is not the case here. More relevant is the case of *Paice LLC v. Ford Motor Company*, 881 F.3d. 894 (2018) (*Paice LLC*), where the United States Court of Appeals (Federal Circuit) quoted with approval a prior decision to the effect that “[t]o incorporate material by reference, the host document must identify with detailed particularity what specific material it incorporates and clearly indicate where that material is found in the various documents” (*Paice LLC*, at pages 906–907, citing *Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University*, 212 F.3d 1272 (2000), at page 1282).

[77] For all of the above reasons, I am of the view that the Judge should have refrained from taking into consideration the prosecution history of the corresponding U.S. application in the circumstances of this case. With respect to the broader issue of whether the prosecution history of a foreign application can ever be considered pursuant to section 53.1 of the *Patent Act*, as a result of incorporation by reference or otherwise, I wish to express no firm views on the matter.

D. *Did the Judge err in considering the evidence contained in the Popowich affidavit?*

[78] The thrust of the appellant’s argument on this issue is that the appellant was not invited to the respondent’s experimental testing of the Micronizer, from which the evidence of the Popowich affidavit was impermissibly obtained. The appellant was left unable to respond with its own evidence, and was therefore inexcusably prejudiced.

[79] The appellant also briefly questions the witness’ credibility. In his testimony in chief, Mr. Popowich distinguished the terms “roasting” and “pasteurizing” while on cross-examination he did not. Such contradiction further highlights the lack of evidence on the respondent’s roasting process.

canadien. Dans cette affaire, toutefois, le brevet américain revendiquait la priorité par rapport à la demande de brevet étranger (*Abbott Labs*, à la page 1290), ce qui implique nécessairement un renvoi exprès au brevet étranger. Ce n’est pas le cas en l’espèce. Une autre affaire est plus pertinente, soit l’arrêt *Paice LLC v. Ford Motor Company*, 881 F.3d. 894 (2018) (*Paice LLC*), où la Cour d’appel des États-Unis (circuit fédéral) a cité avec approbation une décision antérieure selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e document appelé à incorporer du matériel par renvoi doit préciser en détail le matériel qui est incorporé, et indiquer clairement où se trouve ce matériel dans les divers documents » (*Paice LLC*, aux pages 906 et 907, citant *Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University*, 212 F.3d 1272 (2000), à la page 1282).

[77] Pour tous les motifs qui précèdent, je suis d’avis que le juge aurait dû s’abstenir de tenir compte de l’historique de poursuite de la demande américaine correspondante dans les circonstances de l’espèce. En ce qui concerne la question plus générale visant à déterminer s’il y a des cas où l’historique de poursuite d’une demande étrangère peut être pris en compte sous le régime de l’article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, à la suite d’une incorporation par renvoi ou par quelque autre moyen, je ne souhaite pas formuler d’opinion ferme sur la question.

D. *Le juge a-t-il tenu compte à mauvais droit des éléments de preuve énoncés dans la déclaration sous serment de M. Popowich?*

[78] L’argument de l’appelante repose essentiellement sur le fait qu’elle n’a pas été invitée à l’essai expérimental du microniseur de l’intimée, à partir duquel les éléments de preuve énoncés dans la déclaration sous serment de M. Popowich ont été obtenus de façon inadmissible. L’appelante n’a donc pas été en mesure de présenter une réponse énonçant ses propres éléments de preuve et a de ce fait subi un préjudice inexcusable.

[79] L’appelante a également brièvement mis en doute la crédibilité du témoin. M. Popowich a établi une distinction entre les termes « grillage » et « pasteurisation » durant son témoignage principal, mais il ne l’a pas fait durant son contre-interrogatoire. Une telle contradiction souligne

[80] Finally, in the course of the respondent's experimental testing, no measurements were taken with regard to air circulation in the heating chamber, and heat transfer in the auger trough and cooling tower. Specifically with regard to air circulation, the appellant argues that the Judge equates heating the flax seed by means of infrared radiation to a finding that the flax seed is not subjected to a stream of air. Such inference is illogical, says the appellant, and unsupported by the respondent's evidence.

[81] Having carefully reviewed the evidence that was before the Judge, I am of the view that his findings of fact were entirely supported by the evidentiary record. The appellant has failed to convince me that he made any palpable and overriding error in this regard.

[82] In particular, I find that there is no basis for interfering with the Judge's conclusion that the respondent did not run an experimental test, but rather conducted a demonstration run in the normal course of commercial production. The witness was merely measuring the temperature during production runs, and there was therefore no need for *inter partes* experimentation.

[83] The same can be said of the Judge's dismissal of the appellant's attempt at distinguishing the terms "roasting" and "pasteurizing". The evidence is to the effect that the same machine and the same process are used for pasteurizing, roasting and cooking, and the appellant has not explained the difference between these three terms, let alone its potential impact on claim construction or infringement. The respondent uses only one type of machine (the Micronizer), and it is used in the way it was intended to be used. Moreover, there is no issue that this machine was manufactured in 1994, ten years before the priority date of the '376 patent. It seems highly unlikely, to say the least, that a device created prior to the issuance of a patent claim can infringe that claim, especially if it is being used as per the manufacturer's specifications.

encore plus l'absence d'éléments de preuve sur le procédé de grillage de l'intimée.

[80] Enfin, dans le cadre de l'essai expérimental de l'intimée, aucune mesure n'a été prise de la circulation d'air à l'intérieur de la chambre de chauffage, ni du transfert de chaleur dans la vis sans fin et la tour de refroidissement. En ce qui a trait plus précisément à la circulation d'air, selon l'appelante, le juge a conclu que le chauffage des graines de lin par rayonnement infrarouge signifiait que les graines de lin n'étaient pas soumises à un circuit d'air. L'appelante affirme qu'un tel raisonnement est dépourvu de logique et qu'il n'est pas corroboré par les éléments de preuve de l'intimée.

[81] Après avoir examiné avec soin les éléments de preuve dont le juge était saisi, je suis d'avis que le dossier de preuve étaye parfaitement ses conclusions de fait. L'appelante n'a pas réussi à me convaincre que le juge a commis une erreur manifeste et dominante sur cette question.

[82] Je conclus plus précisément que rien ne justifie d'infirmer la conclusion du juge — selon laquelle l'intimée n'a pas mené un test expérimental, mais a plutôt réalisé un essai de démonstration dans le cours normal de la production commerciale. Le témoin n'a fait que mesurer la température durant les cycles de production; il n'y avait donc pas lieu de réaliser des essais *inter partes*.

[83] On peut formuler la même conclusion au sujet du rejet par le juge de la tentative de l'appelante d'établir une distinction entre les termes « grillage » et « pasteurisation ». Selon les éléments de preuve, un même appareil et un même procédé sont utilisés pour la pasteurisation, le grillage et la cuisson, mais l'appelante n'a pas expliqué la différence entre ces trois termes, sans parler de leurs répercussions potentielles sur l'interprétation ou la contrefaçon des revendications. L'intimée n'utilise qu'un seul type d'appareil (le microniseur) et elle l'utilise en conformité avec son mode d'emploi. De plus, personne ne conteste que cet appareil a été fabriqué en 1994, dix ans avant la date de priorité du brevet '376. Il semble à tout le moins hautement improbable qu'un appareil fabriqué avant la date d'une revendication de brevet puisse contrefaire cette

[84] As for the lack of measurements of the air circulation and the heat transfer, I find that the appellant's submissions are simply a reiteration of its prior arguments concerning the essential elements of Claim 1, which I have already disposed of. I agree with the Judge that the issue of infringement does not turn on these measurements, but rather on whether the two essential elements of heating oil seed "in a stream of air" and an "insulated or partially insulated roasting chamber or tower" have been breached.

V. Conclusion

[85] For all of the aforementioned reasons, I would dismiss the appeal, with costs to the respondent.

PELLETIER J.A.: I agree.

RIVOALEN J.A.: I agree.

revendication, surtout si cet appareil est utilisé conformément au mode d'emploi du fabricant.

[84] Quant à l'absence de mesures sur la circulation d'air et le transfert de chaleur, je conclus que les observations de l'appelante ne sont qu'une simple répétition d'arguments antérieurs sur les éléments essentiels de la revendication 1, sur lesquels j'ai déjà statué. Je conviens avec le juge que ces mesures ne sont pas utiles à l'examen de la question de la contrefaçon, laquelle consiste plutôt à déterminer s'il y a eu violation des deux éléments essentiels du chauffage des graines oléagineuses « dans un circuit d'air » et dans « une chambre ou une tour de grillage totalement ou partiellement isolée ».

V. Conclusion

[85] Pour tous les motifs qui précèdent, je rejeterais l'appel, et j'adjugerais les dépens à l'intimée.

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

LA JUGE RIVOALEN, 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.**

ABORIGINAL PEOPLES

ELECTIONS

Judicial review of Thunderchild First Nation Appeal Tribunal decision removing applicant from elected position of Headman (or councillor) — Applicant failing to establish his residence on Thunderchild lands after his election — Admitting residing in Saskatoon — Thunderchild citizens applying to Appeal Tribunal to remove applicant from council, as applicant failing to comply with *Thunderchild First Nation Election Act* (Election Act), s. 3.02(g) — Applicant, Thunderchild Government submitting that residency requirement found in s. 3.02(g),(h) contrary to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15 insofar as pertaining to Headmen — Appeal Tribunal refusing to strike down s. 3.02(g),(h) — Stating its jurisdiction not including ability to strike out legislation interpreted as being in violation of Charter — Whether Appeal Tribunal having jurisdiction to decide if residency requirement contrary to Charter — Appeal Tribunal having jurisdiction to hear applicant’s claim that s. 3.02(g),(h) of no force or effect — Questions raised as to whether Charter applying to Indigenous legislation such as Election Act; if so, who has jurisdiction to decide issue — Federal Court of Appeal’s decision in *Taypotat v. Kahkewistahaw First Nation*, 2013 FCA 192 binding authority to effect Charter applying to First Nation election legislation, such as Election Act — First Nation election appeal tribunal presumed to have jurisdiction to deal with constitutional questions unless specific exclusion in its enabling legislation — This presumption not rebutted in present case — Thunderchild Constitution giving Appeal Tribunal prominent role in this regard — Thus, Appeal Tribunal having jurisdiction to decide that certain provisions of Election Law contrary to Charter, invalid — Thunderchild, Canadian laws separate legal systems, sharing certain common values, principles, contact points — One contact point directly relevant to matter at hand creation of governance system in Thunderchild Constitution, Election Act recognized by other orders of government in Canada — Use of concept “band custom” in Election Act, Appeal Tribunal Act evincing intention to establish contact point between Thunderchild, Canadian law with respect to governance — One must presume that Thunderchild intended to create governance system effectively recognized pursuant to federal legislation — This suggesting that it wanted its governance system to comply with Charter — Thus, to ensure recognition, Appeal Tribunal’s power to “determine any question of law,” in Appeal Tribunal Act, s. 5.04c) must include questions of Canadian law, in particular Charter issues — Appeal Tribunal assuming degree of separation between Thunderchild, Canadian law not supported by Thunderchild’s own constitutional, legislative texts — Commonplace today to ask courts of one legal system to take into account rules of another legal system — Decision quashed, matter remanded to Appeal Tribunal for redetermination — Application allowed in part.

LINKLATER V. THUNDERCHILD FIRST NATION (T-892-20, 2020 FC 1065, Grammond J., reasons for judgment dated November 25, 2020, 23 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

IMMIGRATION PRACTICE

Application by respondent for order pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 87 for non-disclosure of information or other evidence redacted from certified tribunal record — Respondent seeking to protect information

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

that provides reason for cancellation of applicant’s visa — Applicant, citizen of Kazakhstan, challenging visa officer’s decision to cancel his Canadian multiple-entry visa on basis that purpose of his visit “was in doubt” — Applicant, wife, daughter using visas for short period in 2017 to visit applicant’s step-daughter — Couple divorcing shortly after — Wife bringing their daughter to Canada without his permission in 2018 — Applicant attempting to return to enforce family court ruling, but visa cancelled because visa not used for intended purpose, i.e. tourism — Respondent filing motion on basis that disclosure of redacted information injurious to national security or endangering safety of any person — Whether s. 87 applying to evidence that respondent seeking to protect in underlying application for judicial review — Information respondent seeking to protect in this file not falling within ambit of Act, Division 9, cannot be protected by way of s. 87 motion — Conflict herein matter of statutory interpretation — Information under Division 9 defined as “security or criminal intelligence information and information that is obtained in confidence from a source in Canada, the Government of a foreign state, an international organization of states or an institution of such a government or international organization” — Jurisdiction to hear cases under Division 9 limited to that of Chief Justice or to judge specifically designated by Chief Justice — Division 9 cannot be read to apply to any confidential information that needs to be protected in any judicial review conducted under Act — Limitations to scope of Division 9 excluding information respondent seeking to protect in within application from ambit of s. 87 — Changes to Act, ss. 86, 87 intended for process to be applicable to inadmissibility proceedings, other immigration proceedings involving secret or classified information — Significant difference between, on one hand, confidential, secret, top secret or classified information as contemplated in various pieces of legislation concerning national security and, on the other hand, confidential or personal information as contemplated in privacy, personal information protection legislation — Type of information protected under s. 87 never disclosed to permanent resident or foreign national, dealt with in exceptional procedures before Court — S. 87 affording unique, robust layer of protection to secret or classified information not generally afforded to confidential or personal information protected by privacy laws or business interests — Visa officer concerned with privacy rights, not national security protection — S. 87 restricted to, *inter alia*, information pertaining to identity of targets of surveillance, technical means and sources of surveillance, method of surveillance — Parliament intending to limit “safety of any person” to individuals impacted by disclosure of secret or classified information — Other means for protecting personal, confidential information available, including confidentiality order issued pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 151 — Respondent’s interpretation of s. 87 could lead to abuse, eventually interfere with international child custody battles — Respondent failing to convince Court that disclosure of redacted evidence injurious to national security or endangering safety of any person — Motion dismissed.

X V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (CONF-4-20, 2020 FC 864, Gagné A.C.J., reasons for order dated June 24, 2020, 19 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Appeal Division (RAD) decision rejecting applicant’s refugee claim on basis that applicant’s narrative found implausible since not according with objective evidence about Hezbollah’s recruitment practices in Lebanon, that aspects of applicant’s account inconsistent with assertion that Hezbollah interested in forcing him to fight — Applicant arguing that RAD’s decision contrary to *Valtchev* principle that implausibility findings should be made only in “clearest of cases”: *Valtchev v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 776 — Heart of applicant’s claim for refugee protection was that Hezbollah tried to forcibly recruit him to fight for them in Syria; would do so if he returned to Lebanon — Applicant recounted Hezbollah’s efforts to recruit him in Beirut from 2013 to 2016 — RAD concluded that applicant’s narrative of attempted forcible recruitment by Hezbollah not credible for two primary reasons: (i) inconsistency with objective documentary evidence regarding Hezbollah’s recruitment practices; (ii) inconsistencies between applicant’s narrative, assertion that Hezbollah was trying to forcibly recruit applicant — Whether RAD erring in concluding that applicant’s account of his attempted forcible recruitment by Hezbollah was implausible; whether RAD erring in its assessment of other documents filed in support of applicant’s application — RAD’s finding that applicant’s story not credible was implausibility finding, such implausibility finding reasonable — RAD’s reasons showing RAD adopted framework established by Court regarding implausibility findings; applied that framework to evidence in reasonable manner — *Valtchev* not creating standard of impossibility; not limiting implausibility findings to cases where it is impossible that alleged events occurred — RAD’s distinction between “implausibility”, “impossibility” consistent with Court’s case law, reasonable — *Valtchev* not displacing overall burden on refugee claimant to establish their claim on balance of probabilities — “Clearest of cases” standard from *Valtchev* neither displacing balance of probabilities standard nor reversing legal burden of proof — *Valtchev* also seeking to ensure that implausibility findings do not rely on misplaced assumptions about what is likely or rational from Canadian

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

frame of reference — Not precluding consideration of plausibility or likelihood in making credibility assessments — *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v Vavilov*, 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1 confirming that factual findings reviewed on reasonableness standard, that such review not entailing reweighing or reassessing evidence — Thus, RAD’s statements that “implausibility” is not same as “impossibility”, that “clearest of cases” standard not displacing general standard of balance of probabilities, reasonable — RAD undertaking detailed consideration of objective evidence, including both those elements in evidence indicating that forcible recruitment did not happen, those elements describing reported instances of it having occurred — RAD’s assessment of plausibility not solely based on its assessment that objective evidence not supporting forcible recruitment by Hezbollah of men with applicant’s profile — RAD also assessed applicant’s specific factual allegations — RAD expressly concluding that based on both country condition evidence, applicant’s factual account, events described were outside realm of what could reasonably be expected in present circumstances — This was assessment required by *Valtchev* — Based on review of RAD’s decision, satisfied that RAD understood, applied appropriate approach to its implausibility finding, that its finding reasonable — Other supporting documents applicant submitting not helpful to corroborating his claim, not resolving credibility issues raised by assessment that applicant’s story implausible — Therefore, RAD’s assessment of supporting documents applicant filing reasonable — Application dismissed.

AL DYA V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4025-19, 2020 FC 901, McHaffie J., reasons for judgment dated September 17, 2020, 27 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**CUSTOMS ACT**

Appeal brought under *Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1, s. 68 from Canadian International Trade Tribunal (Tribunal) decision regarding tariff classification of disposable shoe covers imported by respondent (Appeal No. AP-2017-065) — Tribunal finding that goods in issue classifiable under tariff item No. 3926.20.95 of Schedule to *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36 (Tariff Schedule) as other articles of apparel, accessories, of plastics combined with nonwovens, as opposed to tariff item No. 6307.90.99, which applicable to other made up articles, including dress patterns, of other textile materials, as determined by taxing authority, Canadian Border Services Agency (CBSA) — Goods in issue imported in 2015, 2016 under tariff item No. 6307.90.99 — Applicable tariff for that item is 18% — Pursuant to Act, ss. 59(1), 60(1) respectively, respondent unsuccessfully seeking redetermination, then further redetermination of that decision, claiming that goods in issue ought to be classified under tariff item No. 3926.20.95 — Goods imported under that tariff item subject to lower tariff of 6.5% — Parties agreeing that goods in issue composed of layer of thermally bonded spunbond polypropylene (PP), textile, laminated on one side to sheet of chlorinated polyethylene (CPE), plastic — According to record, goods produced from rectangular-shaped cut-out of that material, bonded by heat-sealing; designed to be worn over shoes, have applications in clean rooms, food processing, real estate, health care, construction, manufacturing, energy, research, development — Customs Tariff implementing Canada’s obligations under *International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System* — Customs Tariff, ss. 10, 11 applying in present case — Harmonized System referred to in s. 10(1) using eight-digit classification system divided into sections, chapters, with each chapter listing goods under headings, subheadings associated to specific tariff item — Parties claiming that classification of goods in issue may be determined on application of General Rules for the Interpretation of the Harmonized System, Rule 1 alone, which provides that for legal purposes, classification to be determined according to terms of headings, any relative section or chapter Notes — Therefore, no need to consider remaining interpretative rules of Harmonized System — Tariff item No. 3926.20.95 found applicable to goods in issue by Tribunal found in Chapter 39 of Section VII of Tariff Schedule (Plastics and Articles thereof; Rubber and Articles thereof); referring more particularly to goods found under subheading No. 3926.20 (Articles of apparel and clothing accessories (including gloves, mittens and mitts)) of heading No. 39.26 (Other articles of plastics and articles of other materials of headings Nos. 39.01 to 39.14) — Item No. 6307.90.99 found applicable to goods in issue by CBSA found in Chapter 63 of Section XI of the Tariff Schedule (Textiles and Textiles Articles); referring more particularly to goods found under subheading No. 6307.90 (Other) of heading No. 63.07 (Other made up articles, including dress patterns) — After concluding that constituent material of goods in issue – nonwoven laminated with plastics – more specifically described in heading No. 39.26, Tribunal determining that goods coming within purview of tariff item No. 3926.20.95 as other similar articles; pursuant to Explanatory Notes to Chapter 63, were excluded from heading No. 63.07 — Pursuant to Act, s. 68(1), tariff classification decisions made under Act, ss. 60, 61 can be appealed to Court but on questions of law only — Appellant raising two questions of law — Claiming Tribunal erring in law by interpreting Note 8(a) to Section XI in such way to prevent reference to Chapters 50 to 60, in particular to Chapter 56, when determining whether constituent material of goods in issue can be classified as articles of textile under Chapters 61 to 63 — Further contending that Tribunal committed another

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

error of law by failing to take into account Note 1 to Chapter 39, which provides that “any reference to ‘plastics’ ... does not apply to materials regarded as textile materials of Section XI,” when it classified goods in issue as articles of plastics — Whether Tribunal erring in its interpretation of Note 8(a) to Section XI ; whether Tribunal erring in law in not considering Note 1 to Chapter 39 — Respondent’s entire position resting on mischaracterization of Tribunal’s findings — Mischaracterization lying in assertion that Tribunal found goods’ constituent material to be intermediate “made up” material, that is material comprised of single sheet of PP nonwoven, CPE plastic *cut to shape*, sealed to create *sheeting of plastics*, thereby excluding, even having regard to interpretation of Note 8(a) advanced by appellant, any consideration of heading No. 56.03 in assessment of goods’ constituent material — No statement in Tribunal’s reasons supporting such assertion — While Tribunal, upon determining that goods in issue without “applied soles”, could not, therefore, be classified under Chapter 64 of Section XII as footwear articles, stated that goods were “made of ‘sheeting of plastics’”, Tribunal holding that next step in Rule 1 analysis was to classify goods according to their constituent material, implying thereby that goods’ constituent material had not yet been identified — Therefore, no indication whatsoever in Tribunal’s findings of existence of “intermediate material” of kind put forward by respondent, *i.e.* material that is “made up” because it is “further worked” by being “cut to shape” — Approach of Tribunal in interpretation of Note 8(a) incorrect in law to extent that preventing application of Chapter 56 to constituent material of goods because goods themselves “made up” within meaning of Note 7 — In doing so, Tribunal conflating two distinct steps of classification analysis, failing, as a result, to draw distinction between determination of goods’ constituent material on one hand, goods’ classification on other — While clear that combined effect of Notes 7, 8(a) to Section XI preventing goods themselves from being classified under Chapter 56 because they are “made up”, Chapter 56 remaining relevant as aid to assessment of goods’ constituent materials — Tribunal’s contrary view incorrectly departing from modern approach to statutory interpretation — Modern approach to statutory interpretation remaining relevant in tariff classification matters meaning that as any other legislative provisions, Note 8(a) to Section XI must be read in its entire context, in its grammatical, ordinary sense harmoniously with scheme of Act, object of Act, intention of Parliament — Once first step of Rule 1 analysis proves inconclusive of goods’ classification, analysis, as properly determined by Tribunal, shifting to goods’ constituent material — As such, appellant right that proper analysis of whether goods in issue are “of other textile materials”, as contemplated by Chapter 63, requires assessment of whether material from which these goods are made can be classified as textile in Chapter 56 — Nothing in wording of Note 8(a) preventing Tribunal from undertaking such an analysis — Quite the contrary, prior reference to Chapters 50 to 60 crucial to determining whether “made up” shoe covers were of “textile materials” — Such interpretation consistent with scheme, structure of Tariff Schedule — Tribunal’s error in interpreting Note 8(a) vitiated remainder of its analysis — Tribunal proceeded from incorrect interpretation of Note 8(a) that had effect of ousting consideration of Chapters 50 to 60 in relation to constituent material — Tribunal’s error further exacerbated by fact that it took approach that departs from analytical framework set out in *Sher-Wood Hockey Inc. v. President of the Canada Border Services Agency*, 15 T.T.R. (2d) 336, 2011 CarswellNat 7159 (WL Can) (C.I.T.T.), *Louise Paris Ltd. v. President of the Canada Border Services Agency*, AP-2017-001, 2019 CanLII 110897 (C.I.T.T.) for determining classification of textile, plastics combinations — According to that framework, Tribunal must first examine how constituent material would be classified before then classifying goods themselves — It was open to Tribunal to assess whether goods’ constituent material, consisting of combination of textile, plastics, either was or wasn’t textile under Chapter 56 — However, not open for Tribunal to sidestep that analysis entirely — In doing so, Tribunal committed error of law — Regarding second issue, having to determine whether presence of these mutually exclusive clauses suggests that steps involved in deciding whether goods combining textiles, plastics fall under Section XI or Chapter 39 should follow specific order, with first step in analysis being whether goods are textiles — Note 1 to Chapter 39 does provide for specific order in which materials, goods to be assessed — Review of exclusionary clauses at issue showing that broad exclusionary rule found in Notes 1 and 2(p) to Chapter 39 having no equivalent in said Section — Thus, while textile materials of Section XI not to be considered plastics within meaning of heading Nos. 39.01 to 39.14, converse not necessarily true, as plastic materials of Chapter 39 could possibly be considered textiles within meaning of Section XI — This is why Tribunal must first determine whether materials are textiles and then, only then, if finding they are not, further consider whether they are plastics as defined in Chapter 39 — In context of mutually exclusive headings such as heading Nos. 63.07, 39.26, Note 1 to Chapter 39 provides specific order in which materials, by extension, goods to be assessed — Thus, Tribunal not properly dismissing appellant’s proposed characterization of goods’ constituent material as textile before finding that goods were made of plastics — In so doing, Tribunal failing to apply Note 1 to Chapter 39 — Therefore, Tribunal’s decision set aside, matter remitted to different panel of Tribunal for redetermination in accordance with present reasons — Appeal allowed.

EMPLOYMENT INSURANCE

Earnings — Judicial review of decision of Social Security Tribunal, Appeal Division affirming General Division’s finding that payment to applicant of settlement funds for her wrongful dismissal claim resulted in overpayment of benefits previously paid to her during periods of maternity, parental leave — Appeal Division also determining no error in law in General Division’s interpretation of *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 45, *Employment Insurance Regulations*, SOR/96-332, s. 36(9) — Applicant’s employment terminated during her pregnancy — Applicant receiving maternity, parental benefits — Later suing her former employer for wrongful dismissal, breach of contract — Parties settling suit, applicant receiving \$33,828.83 after deduction of legal expenses — Canada Employment Insurance Commission notifying applicant that settlement representing earnings, creating overpayment of her maternity, parental leave benefits — Act, s. 45 preventing “double-dipping” or “double-recovery”, requiring claimants in certain circumstances to return benefits to Receiver General — Applicant arguing Appeal Division misinterpreting s. 45, Regulations — Submitting, *inter alia*, Appeal Division’s interpretation not adequately taking into account her singular circumstances of employment, which included her “vested legal right to unpaid maternity and parental leave” when her employment terminated — Arguing Regulations, s. 36 contemplating that earnings to be allocated only to those weeks where claimant actually earned employment income — Whether Appeal Division’s interpretations of Act, s. 45, Regulations, s. 36(9) reasonable — Appeal Division reasonably interpreting those provisions — If claimant received benefits under Act, for same period received monies from settlement of wrongful dismissal claim, plain reading of s. 45 clear — S. 45 referring only to “benefits”, which includes any regular, special benefits, refers specifically to “damages for wrongful dismissal” as earnings — Presumption that award for wrongful dismissal or settlement funds “earnings” under Regulations, s. 35 — Plain reading of Regulations, s. 36(9) also clear — S. 45 read in conjunction with s. 36(9) operating so that once settlement monies received, applicant required to repay amount determined as overpayment of unemployment benefits regardless of period in respect of which earnings purported to be paid — Appeal Division demonstrably justifying its interpretation of s. 45, related Regulations while taking into consideration context surrounding applicant’s maternity leave, termination from employment — Applicant’s reliance on *Whelehan v. Laidlaw Environmental Services Ltd.*, 1998 CanLII 6137, 55 B.C.L.R. (3d) 129 (B.C.S.C.), *Wells v. Patina Salons Ltd.*, 2003 BCSC 1731, 29 C.C.E.L. (3d) 211, misplaced — Those cases standing for proposition that employer obligated to pay damages for wrongful dismissal not entitled to deduct from those damages whatever benefits received by terminated employee on maternity leave — Open to Appeal Division to conclude that applicant required to apply monies received from settlement to pay back special benefits she received — In context of facts before it, Appeal Division properly considering pertinent aspects of text, context, purpose of s. 45, related Regulations — Application dismissed.

COURT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-100-19, 2020 FCA 199, Rivoalen J.A., reasons for judgment dated November 16, 2020, 22 pp.)

FISHERIES

Judicial review of decision issued by Deputy Minister (DM) of Department of Fisheries and Oceans Canada (DFO), denying applicant’s request for ongoing authorization to use medical substitute operator (MSO) for his lobster fishing licence — DM denying applicant’s request on basis request exceeded five-year limitation to use of MSO set out in DFO’s *Commercial Fisheries Licensing Policy for Eastern Canada, 1996* (1996 Policy), s. 11(11) — DM concluded that circumstances applicant raising to support request for exception to policy not constituting extenuating circumstances warranting exception — Applicant, fisherman who holds owner-operator licence authorizing him to fish lobster in Nova Scotia — Licence subject of this application authorizing applicant to fish lobster on southwest coast of Nova Scotia — Applicant holding licence since 2007; fished it personally on full-time basis until medical condition prevented him from doing so — Applicant having medical condition relating to legs; because of condition, unable to meet daily physical demands of operating fishing vessel on full-time basis — Thus, requested, received from DFO authorization to use MSO — Purpose of MSO authorization to allow another person to carry out activities authorized under fishing licence where holder of licence affected by illness preventing person from personally operating fishing vessel — In decision subject of judicial review, DM denying applicant’s appeal on recommendations made by Atlantic Fisheries Licence Appeal Board (AFLAB), DFO — Decision at issue referencing *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 23(2) made under *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, 1996 Policy, s. 11(11) — In decision, DM not expressly referencing applicant’s *Canadian Charter of Rights and Freedoms* arguments — Nevertheless, throughout ensuing legal proceedings, DFO continued to authorize applicant to use MSO to fish his licence, up to fishing season ending on July 31, 2019 but not beyond that date — Applicant seeking, obtaining interlocutory relief from Federal Court pending outcome of judicial review — This relief authorizing applicant to use MSO for remaining fishing period in 2019 calendar year — Applicant seeking, in particular; order quashing DM decision as incorrect or unreasonable; declaration that decision discriminatory, contrary to Charter, s. 15(1); declaration that five year limit in 1996 Policy, s. 11(11) infringing Charter, s. 15(1); declaration that any discretion delegated by Minister

FISHERIES—Concluded

of Fisheries and Oceans (Minister) to DM with respect to licensing is subject to Charter s, 15(1) — Main issues whether decision correct or reasonable; whether five-year limit in 1996 Policy discriminatory, of no force, effect because infringing Charter — Protections must be affected as little as reasonably possible in light of applicable statutory objectives — Not meaning that administrative decision maker must choose option that limits Charter protection least — However, if decision maker rejecting reasonably available option or avenue that would reduce impact on protected right, while still permitting sufficient furtherance of relevant statutory objectives, such decision would not fall within range of reasonable outcomes on judicial review, would not represent required proportionate balancing — Test set out in *Quebec (Attorney General) v. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 SCC 17, [2018] 1 S.C.R. 464 (*Alliance*), governing preliminary question of whether Charter, s. 15 applying to decision — Two-stage test stating: considering whether impugned law, on its face or in its impact, creating distinction based on enumerated or analogous ground; if so, considering whether law imposing burdens or denying benefit in manner that has effect of reinforcing, perpetuating, or exacerbating disadvantages — Both stages of *Alliance* test met — Minister’s decision declining to grant applicant authorization to use MSO, which is only way applicant can fish his licence, necessarily engaging applicant’s Charter, s. 15(1) rights as person with physical disability — Applicant advanced Charter arguments in relation to both 1996 Policy, decision itself — AFLAB concluded that evaluating Charter, s. 15(1) issue would be outside its mandate; therefore chose not to make recommendation on that issue — While recommendation documents involved demonstrating consideration of policy objective of supporting owner-operator fleet, concern that more liberal access to MSO authorizations could contribute to abuse that would conflict with such objective, neither recommendation documents nor decision itself demonstrating any consideration of impact of those policy considerations upon applicant’s equality rights — Conclusion that five years was reasonable time to make alternate arrangements (i.e. to exit fishery), if licence holder unable to personally operate licence, missed thrust of applicant’s Charter argument, i.e. that, as a person with disability, applicant should not be required to give up chosen livelihood — No balancing of severity of that result against policy objectives or consideration of whether those objectives could reasonably be achieved in manner that reduced impact on applicant’s equality rights — Decision not demonstrating that DM was alive to requirement to strike such balance — S. 15(1) equality rights applying to decision, such rights not considered — Although Regulations, ss. 22, 23 clearly authorizing Minister to impose licence conditions, including authorizing person other than license holder to carry out activity under license where holder unable to engage in activity because of circumstances beyond holder’s control, these sections not authorizing Minister to create binding policy rules governing exercise of that authority — Policies such as 1996 Policy which Minister having authority to adopt not law, cannot be treated as such by decision maker — S. 11(11) contemplating DFO permitting designation of MSO for term of licence, stating that such designation may not exceed total period of five years — However, five-year limitation clearly not intended to be binding — If it was, would conflict with Regulations, s. 23, which contemplates no such limitation, would represent unlawful fetter upon Minister’s discretion — Therefore, 1996 Policy, s. 11(11) not legislative in nature; not subject to challenge under *Constitution Act, 1982*, s. 52 — Decision set aside, returned to decision-maker for re-determination in accordance with reasons — Application allowed.

ROBINSON V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-562-19, 2020 FC 942, Southcott J., reasons for judgment dated September 30, 2020, 40 pp.)

HUMAN RIGHTS

Judicial review of Canadian Human Rights Commission decision made under *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 41(1) dealing with respondent’s complaint — Absent exceptional circumstances, parties to administrative proceeding expected to exhaust their remedies in that proceeding before pursuing recourse to courts — This principle applied in context of decision dealing with human rights complaint under s. 41(1) in *Laurentian Bank of Canada v. Fortin*, 2020 FC 921 (*Laurentian Bank*) wherein Court finding application for judicial review premature — Here, applicant arguing unreasonable for Commission to: conclude that respondent’s complaint not frivolous; disregard its objection to complaint on timeliness grounds; deal with complaint despite it being vexatious — Applicant submitting that Laurentian Bank wrongly decided, inconsistent with past case law — Whether application herein should be dismissed as premature — Application premature — Act designed on “gatekeeper” model in contrast with “direct access” model — S. 41(1) requiring Commission to “deal with” any complaint filed unless it “appears to the Commission” that one of five situations applying — Given “gatekeeping” nature of s. 41(1), Commission should only decline to deal with complaint where “plain and obvious” that complaint falling under one of grounds for not dealing with it — In deciding to deal with complaint, Commission not rendering final decision or deciding any substantive right of parties, rather performing screening, filtering role — In all cases cited by applicant, issue of prematurity not addressed by Court or even raised — Those cases not standing for principle that judicial review not premature when that question not addressed — Judicial review inherently discretionary remedy — That the Court may have exercised its discretion to hear judicial review on merits in

HUMAN RIGHTS—Concluded

other cases in which question of prematurity not raised not making it incorrect to apply principle of non-interference in declining to exercise jurisdiction in later case — Cases cited by applicant not overruling binding authority of Federal Court of Appeal in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 wherein Court setting out that courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until available, effective remedies exhausted — While legislative framework in *CB Powell* involving statutory appeal mechanism, broader principle affirmed by Federal Court of Appeal applying well beyond that administrative context — While Parliament creating mechanism by which non-meritorious complaints could be screened out at early stage, this not meaning that it intended judicial oversight at every stage of human rights complaint process — Expression “appears to the Commission” indicating intention to leave determination in hands of administrative decision maker — *Laurentian Bank* not wrongly decided, consistent with case law interpreting s. 41(1), applying general principle of non-interference with ongoing administrative processes — Applications for judicial review of Commission decision s. 41(1) premature absent exceptional circumstances — No exceptional circumstances in this case — Application dismissed.

BANK OF NOVA SCOTIA V. WILLIAMS (T-1189-19, 2020 FC 1127, McHaffie J., reasons for judgment dated December 7, 2020, 17 pp.)

INCOME TAX

ASSESSMENT AND REASSESSMENT

Allowable business investment loss — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2019 TCC 161) dismissing appellant’s reassessment denying its claims for allowable business investment loss (ABIL), deduction for certain interest expense in its 2011 taxation year — Appellant wholly-owned subsidiary of B.W. Strassburger Ltd. (BWS) — BWS acquiring common, non-voting preferred shares of Vidabode, concrete producer — Arranging for GE Capital to provide financing to Vidabode — Appellant, BWS guaranteeing debt to GE Capital — Vidabode incurring losses between 2005–2009 — Appellant borrowing over \$14 million from TD Bank to pay subscription price payable to Vidabode for shares issued to appellant — Vidabode in turn using funds to pay its debt to GE Capital — Total of 19 343 493 common shares issued to appellant — Appellant claiming ABIL for half the value of shares issued — Parties agreeing, prior to T.C.C. hearing, that fair market value of shares acquired by appellant nil — If appellant, Vidabode not dealing with each other at arm’s length, appellant would be deemed to have acquired shares at that amount — If adjusted cost base of shares nil, there would be no capital loss, hence no ABIL on disposition of these shares — T.C.C. finding that appellant, Vidabode not dealing with each other at arm’s length for purposes of *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 — Therefore no ABIL realized by appellant — With respect to interest on money borrowed by appellant to acquire shares, T.C.C. finding that loan not incurred for purpose of earning income — As result, appellant could not claim deduction for this interest — Main issue whether T.C.C. erring in finding that Vidabode, appellant not dealing with each other at arm’s length — T.C.C. not erring in concluding that appellant, Vidabode not dealing at arm’s length when appellant acquired shares of Vidabode — ABIL only available in relation to capital loss realized as result of disposition of shares of small business corporation (Act, s. 248(1)), or disposition of debt owing by small business corporation, (Act, s. 39(1)(c)) — If taxpayer corporation, debt must be owing to it by another corporation with which it deals at arm’s length (Act, s. 39(1)(c)(iv)) — Little evidence of any dealings between appellant, Vidabode in relation to acquisition of shares in issue — Necessary to determine meaning of “dealing at arm’s length” for purposes of Act — Question in this case whether appellant was dealing at arm’s length with Vidabode when it acquired shares of Vidabode, not whether appellant controlled, directly or indirectly in any manner whatever, Vidabode, for purposes of Act, s. 256(5.1) — T.C.C. erring in law in relying on *McGillivray Restaurant Ltd. v. Canada*, 2016 FCA 99, [2017] 1 F.C.R. 209 (*McGillivray Restaurant*) — Issue therein was whether two corporations were associated with each other — Question here whether appellant dealing at arm’s length with Vidabode when acquiring shares thereof — Necessary to look at case law addressing that issue — No practical difference between concepts of *de facto* control, directing mind in relation to determination of whether two persons dealing with each other at arm’s length — Appellant only source of funds to repay GE Capital — More likely than not that appellant controlled both sides of transaction related to issue of shares by Vidabode to appellant — Vidabode also completely captive to interests of appellant, BWS — Degree of financial dependence of Vidabode on appellant, BWS significant factor pointing towards finding that appellant, Vidabode not dealing with each other at arm’s length — Where a person pays in excess of \$14 million for shares having no value, magnitude of discrepancy raising doubts that parties dealing at arm’s length — More likely than not that appellant was directing mind of both parties to transaction related to its acquisition of common shares of Vidabode — Appeal dismissed.

KEYBRAND FOODS INC. V. CANADA (A-354-19, 2020 FCA 201, Webb J.A., reasons for judgment dated November 19, 2020, 34 pp.)

INCOME TAX—Concluded

PRACTICE

Judicial reviews of requirements for information (RFIs) issued by Minister of National Revenue delegate under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 231.2(1) — Applicants two individuals, one corporation — RFIs requesting, *inter alia*, production of information, documents relating to certain corporations, foreign corporations, subsidiaries, in particular banking information — Main issues whether RFIs invalid because Minister failed: to obtain judicial authorization required under Act, s. 231.2(2) for unnamed persons requirement; to comply with criteria in Act, s. 231.6 for foreign-based information — Dispute surrounding meaning of term “unnamed persons” in ss. 231.2(2), (3) — Applicants submitting that it means unnamed in RFI, Respondent submitting that it means unknown to Minister — Court having to decide whether reasonable for decision maker to issue RFIs without first seeking judicial authorization under s. 231.2(3) — Decision that no judicial authorization required in advance of issuance of RFIs best characterized as an implicit decision — Assessment of reasonableness turning on outcome of decision not to pursue the ss. 231.2(2), (3) process — Conclusion in *Canadian Forest Products Ltd. v. Minister of National Revenue* (1996), 119 F.T.R. 152 (F.C.T.D.) to effect that unnamed persons provisions engaged whenever Minister sought information about unnamed person, regardless of whether unnamed person subject of investigation, clearly no longer good law — Decision maker hardly expected to pursue application under s. 231.2(3), in effort to satisfy Court that persons Minister wishing to investigate were ascertainable, when identities of those persons actually known to Minister — Reasonable for decision maker to have issued RFIs without seeking judicial authorization in advance — No basis to conclude, based on applicants’ arguments surrounding foreign-based information provisions, that decision maker acted unreasonably in issuing RFIs under s. 231.2(1) — No convincing evidence that statutory scheme of Act permitting Minister to require production of foreign-based information through s. 231.2(1) — Record not indicating where requested material actually located — Court’s role herein to assess whether reasonable for decision maker to issue RFIs under s. 231.2 rather than s. 231.6 — Minister entitled to pursue process of “poke-and-check” in its efforts to verify person’s compliance with Act — Determination of location of requested material need not take place before requirement issued — No inconsistency shown herein in simultaneous use of both ss. 231.2, 231.6 — Applications in T-1439-18, T-1440-18, T-1451-18, T-1452-18 dismissed — Application in T-1501-18 allowed.

GHERMEZIAN v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1439-18, T-1440-18, T-1451-18, T-1452-18, T-1501-18, 2020 FC 1137, Southcott J., reasons for judgment dated December 9, 2020, 83 pp.)

PATENTS

Judicial review of decisions by Minister of Health (respondent) wherein respondent failing to issue notice of compliance (NOC) to applicant in respect of its new drug submission for drug product IDACIO — IDACIO biosimilar of AbbVie Biotechnology Ltd.’s (AbbVie) drug HUMIRA — AbbVie owner of Canadian patents listed in Patent Register in respect of HUMIRA — Applicant sought to address each of listed patents when seeking issuance of NOC, pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (NOC Regulations), ss. 7(1),(2) — AbbVie, applicant entering into confidential licensing agreement authorizing applicant to perform certain acts under listed patents — S. 7(2) exempting applicant from meeting certain conditions set out in s. 7(1) — AbbVie expressing forms of consent to respondent on several occasions, including consent to issuance of NOC in accordance with confidential agreement — Respondent’s first decision explained that effective date of consent being sought from AbbVie, prior to issuance of NOC — Second decision confirming that respondent remaining of view that NOC cannot issue until effective date of consent of February 15, 2021, when AbbVie provided consent to all four activities in s. 7(2), i.e. making, constructing, using or selling — Respondent finding that use of word “or” to connect the four activities in s. 7(2) cannot be interpreted in manner leading to absurd result or undermining effective patent enforcement mechanism of NOC Regulations — Applicant of position that consent to any single patent right under subsection 7(2) allowing respondent to issue NOC, respondent’s reading of s. 7(2) contrary to its plain text, inconsistent with its purpose — Whether respondent’s refusal to issue NOC until February 15, 2021, on basis of its interpretation of effective consent under s. 7(2), unreasonable — Whether Court should grant order of *mandamus* if respondent’s decisions unreasonable — *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(1) providing for “early-working” exception, where subsequent entry drug manufacturers may use patented, innovative drug as it relates to seeking approvals in respect of competing version of that drug — NOC Regulations preventing abuse of exception by setting out conditions under s. 7(1) that must be met prior to issuance of NOC — These conditions not applying where evidence of consent provided by patent owner in accordance with s. 7(2) — Respondent’s decisions unreasonable — Temporal nature of AbbVie’s consent not rendering it ineffective — Consent clear, unequivocal as to patent owner’s intentions — Temporal nature of consent to all four activities not supporting finding that consent only effective as of February 15, 2021 — Respondent circumvented textual reading of s. 7(2) by stating that “or” should be read conjunctively, rather than disjunctively,

PATENTS—Concluded

to avoid absurd result — In circumventing textual analysis, respondent also failing to recognize that consent provided here to all four listed activities in s. 7(2) — Decisions in issue failing to account for entire context, purpose of NOC Regulations, narrowly focusing on enforcement aspect — Dual purpose of NOC Regulations to balance effective patent enforcement over new, innovative drugs with timely market entry of their lower-priced generic competitors — This dual purpose consistent with limited scope of Act, s. 55.2(4) — Interpretation of s. 7(2) that withholds NOC where consent clearly provided by patent owner unreasonable — Choice of patent owner to consent to all four activities at different points in time not amounting to absurdity meriting correction of inclusive disjunctive understanding of word “or” to read as conjunctive “and” — Issuance of NOC on basis of consent provided by patent owner cannot be considered incoherent or incompatible having regard to dual purposes of NOC Regulations, express language of s. 7(2) — No discretion under NOC Regulations to withhold NOC once patent owner providing requisite consent — Appropriate herein to grant order of *mandamus* — Application allowed.

FRESENIUS KABI CANADA LTD. v. CANADA (HEALTH) (T-870-20, T-1048-20, 2020 FC 1013, Manson J., reasons for judgment dated October 29, 2020, 18 pp.)

PRACTICE**CLASS PROCEEDINGS**

Certification — Motion by applicants seeking certification of underlying amended application as class proceeding under *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 334.14(2),(3), 334.16, on terms, conditions under r. 334.17, with proposed class being class of respondents (as opposed to plaintiff or applicant class) — Applicants film production companies alleging that their copyrights in several films infringed online — Alleging that respondents illegally uploading, downloading their films using peer-to-peer networks, advertising that films available for download, failing to take reasonable steps to ensure that first, second unlawful acts not taking place in respect of Internet accounts controlled by Internet account subscribers, i.e. persons contractually obligated to an Internet service provider (ISP) to pay for Internet services — Applicants initially seeking to describe class of respondents as being all natural persons residing in Canada defined as either direct infringers or authorizing infringers, or both. — Clarifying herein that proposed class comprising Direct Infringers or Authorizing Infringers who are also Internet account subscribers — Respondents denying committing unlawful acts, claiming to have no personal knowledge of anyone using respondent Robert Salna’s Internet connection to download applicants’ films — Respondent Salna providing Internet access as part of tenancies at his rental property — Saying never controlled or monitored tenants’ Internet usage — Applicants contending that application meeting conditions mandated under r. 334.16(1), that application disclosing reasonable cause of action, class of two or more respondent persons identified, claims of class members raising common issues of fact or law — Respondents of view that proposed reverse class proceeding not suitable for certification — Claiming, *inter alia*, application lacking commonality, raising individual issues requiring complex fact-finding process for each class member — Whether applicants meeting criteria for certification — Applicants’ pleadings not disclosing reasonable cause of action with respect to primary infringement — Failing to identify a direct, secondary infringers in their amended notice of application — Without identifiable respondent, action cannot appropriately go forward as class proceeding — Applicants unjustifiably relying upon overly broad reading of *Society of Composers, Authors and Music Publishers in Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427 in claiming that authorizing infringer having legal obligation to monitor Internet activity of those using their Internet connection after receipt of notice of alleged infringement under “notice-and-notice” regime under *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42 — Not pleading necessary facts for “advertising the work for download” claim — Applicants not providing material facts necessary to meet “some basis in fact” threshold to show identifiable class of two or more persons — Applicants’ allegations of being in possession of thousands of IP addresses allegedly infringing copyrights in films insufficient to constitute some basis in fact as to actual existence of class of two or more persons — At best, applicants providing evidence of only one infringing IP address — Determining class membership not ascertainable without in-depth examination of merits of individual liability issues — Nexus between IP address, person responsible for copyright infringement highly technical, difficult to assess without consideration of merits of those issues — Applicants not advancing any common issues beyond two questions — Applicants’ litigation plan unmanageable — Cass proceeding not preferable procedure because application predominantly raising individual issues within proposed class — Plan also relying mostly on public resources as means to its end, which is private in nature — Depending, in large part, on notice-and-notice regime — This unsustainable, unfairly overburdening ISPs — Notice-and-notice regime not intending to establish comprehensive framework by which instances of online infringement could be eliminated altogether — By relying on notice-and-notice regime, applicants diverting Parliament’s purpose, intention for its own purposes — Joinder under Rules, rr. 102, 105 preferable procedure to proposed class proceeding — Proposed representative respondents

PRACTICE—Continued

lacking necessary incentive to defend application with diligence, vigor — Applicants’ proposed reverse class proceeding not certified — Applicants failed to fulfill all requirements in r. 334.16 — Motion dismissed.

VOLTAGE PICTURES, LLC CANADA V. SALNA (T-662-16, 2019 FC 1412, Boswell J., reasons for judgment dated November 12, 2019, 55 pp.)

DISCOVERY

Production of Documents

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2019 TCC 121) dismissing appellant’s motion to compel respondent, as part of discovery, to provide certain documents, answers to certain questions — Motion in context of appeal before T.C.C. concerning whether trading activities of appellant constituting carrying on business so as to require payment of tax despite appellant being Tax-Free Savings Account (TFSA) trustee — Appellant alleging many errors by the T.C.C. — Appellant arguing that T.C.C. erred in its application of law to facts of this case — T.C.C. finding that certain documents sought by appellant in public domain — Such documents publicly available even if allegedly difficult to obtain — T.C.C. not erring in characterizing appellant’s request as effort to have respondent do its research, in refusing to order production of such documents — Tax Court also refusing to order production of, and answers to questions about, internal Department of Finance documents — Court addressing appellant’s questions regarding redacted table comparing tax characteristics of proposed TFSA, RRSP, RESP from January 2007 obtained pursuant to request under *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 — Appellant asking, *inter alia*, about meaning of certain references in table, whether table reflecting “legislative intent, policy” of Department of Finance, Parliament, any changes to such policy, documents related to any such changed policy — Arguing that redacted internal Department of Finance documents relevant to statutory interpretation, should be produced in unredacted form — Respondent responding that documents must be publicly available in order to be relevant to statutory interpretation — Whether documents in question in present appeal having institutional quality such that they could represent government’s position concerning legislation at issue — If not, such documents not relevant — Whether T.C.C. erring in applying law to facts — T.C.C. making no palpable, overriding error in refusing to order production of unredacted copies of internal documents in question, in refusing to order that the respondent answer questions related to such documents — T.C.C. not erring either in observing that factual assumptions matters for pleading, not discovery, or in finding that respondent has already communicated its legal position — Party may not use discovery to question opposing party as to which documents on record will be relied on for which legal arguments — Such questions essentially seeking opponent’s legal argument rather than its legal position — Appeal dismissed.

AHAMED V. CANADA (A-206-19, 2020 FCA 213, Locke J.A., reasons for judgment dated December 10, 2020, 18 pp.)

PLEADINGS

Motion to Strike

Motion to strike plaintiffs’ statement of claim without leave to amend brought by defendants on basis that statement of claim disclosing no reasonable cause of action, pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 221 — Plaintiffs, fifteen children, youth from across Canada — Statement of claim describing each of plaintiffs’ specific experiences with climate change — While their locations, particular circumstances vary, plaintiffs collectively describing that climate change negatively impacted their physical, mental, social health, well-being; alleging it has further threatened their homes, cultural heritage, hopes, aspirations for future — As children, youth, plaintiffs claiming particular vulnerability to climate change, owed to their stage of development, increased exposure risk, overall susceptibility — Plaintiffs’ statement of claim particularly focused on contribution of greenhouse gases (GHGs) to climate change; discussing link between cumulative impacts of GHGs, changes occurring in environment; challenging entirety of defendants’ alleged conduct that plaintiffs associate with GHG emissions — At issue was justiciability of claim, whether plaintiffs raising valid causes of action under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15 — Parties also disagreeing on whether “public trust doctrine” could be relied upon, argued at trial, based on common law or as unwritten constitutional principle — Plaintiffs alleging that various conduct on part of defendants continuing to cause, contribute to, allow GHG emissions that are incompatible with “Stable Climate System”; alleging that impugned conduct unjustifiably infringing their rights (including rights of all children, youth in Canada) under Charter, ss. 7, 15 — Further alleging that defendants failing to discharge their public trust obligations with respect to identified public resources, arguing breach of obligations they claim falling under “public trust doctrine” — Plaintiffs claiming various forms of relief including order declaring that

PRACTICE—Continued

defendants having common law, constitutional obligation to act in manner compatible with maintaining Stable Climate System — Whether plain, obvious that pleadings disclosing no reasonable cause of action or that claim having no reasonable prospect of success — Inquiry involving four sub-issues: whether claims justiciable; whether Charter, s. 7 claim disclosing reasonable cause of action; whether Charter, s. 15 claim disclosing reasonable cause of action; whether claim pursuant to “public trust doctrine” disclosing reasonable cause of action — Both Charter claims under ss. 7, 15 not justiciable but question relating to public trust doctrine justiciable — Justiciability concerned with Court’s proper role within Canada’s constitutional framework, “time-honoured” demarcation of powers between Courts, other branches of government; relating to subject matter of dispute, whether issue appropriate for Court to decide — Plaintiffs arguing that their claim, while systemic, complex in nature, should not be rendered non-justiciable; that asking Court to declare defendants’ conduct unconstitutional is justiciable, well within institutional legitimacy, capacity of Courts but argument rejected — Plaintiffs’ position failing on basis some questions so political that Courts are incapable or unsuited to deal with them, including questions of public policy approaches or approaches to issues of significant societal concern — To be reviewable under Charter, policy responses must be translated into law or state action — While government policy or network of government programs can be subject to Charter review, plaintiffs’ approach of alleging overly broad, unquantifiable number of actions, inactions on part of defendants not meeting threshold requirement; effectively attempting to subject holistic policy response to climate change to Charter review — Finding on justiciability supported both by undue breadth, diffuse nature of impugned conduct, inappropriate remedies sought by plaintiffs — Diffuse nature of impugned conduct, as described by plaintiffs, effectively putting entirety of Canada’s policy response to climate change in issue — Plaintiffs’ position undermining function of Charter review, which is to ensure constitutionality of laws, state action, if assessments of Charter infringement cannot be connected to specific laws or state action — Moreover, diffuse nature of claim that targets all conduct leading to GHG emissions cannot be characterized in way other than to suggest plaintiffs seeking judicial involvement in Canada’s overall policy response to climate change — When policy choices are translated into law or state action, that resulting law or state action must not infringe plaintiffs’ constitutional rights — As such, it is specific law or state action – or possibly a network thereof – that is subject to Charter review, that forms basis upon which rest of Charter analysis can occur — While Charter remedies having air of *prima facie* legal remedies, plaintiffs failing to consider that overall context of relief sought, in relation to undue breadth of claim, pushing Court into role outside confines imposed by justiciability — While availability of Charter remedies broad, proposed remedies here not legitimate within framework of Canada’s constitutional democracy — Declaratory relief relating to finding that plaintiffs’ Charter, ss. 7, 15 rights have been unjustifiably infringed, that defendants in breach of public trust doctrine, not addressing underlying harms created by law or state action — Breadth of impugned conduct subject to review effectively asking Court to take on public inquiry role, whereby it determines whether defendants’ overall approach to climate change effective — Appropriate, just remedy in context of Charter claim must employ means that are legitimate within framework of our constitutional democracy — Even though novel, creative remedies may be warranted in order to be responsive to needs of given case, matter herein not such case — Statement of claim not disclosing reasonable cause of action — On basis of pleadings, both Charter, ss. 7, 15 claims, claim in relation to public trust doctrine, having no reasonable prospect of success — Specifically, undue breadth, diffuse nature of impugned conduct cannot sustain Charter, s. 7 analysis — Plaintiffs failing to disclose distinction on basis of state action or law, required for purposes of Charter, s. 15 analysis — Moreover, existence of public trust doctrine, as pleaded by plaintiffs, not supported in Canadian law — Plain, obvious that claims relating to public trust doctrine failing to disclose reasonable cause of action — Motion granted.

LA ROSE V. CANADA (T-1750-19, 2020 FC 1008, Manson J., reasons for judgment dated October 27, 2020, 38 pp.)

PRIVILEGE

Appeal from Prothonotary’s order dismissing defendant Distrimedica’s motion seeking order that plaintiff Richards Packaging Inc. could not assert privilege over documents listed in its Updated Privilege Log submitted to counsel for defendant under confidential seal — Parties direct competitors in field of medical products — Plaintiff filing action against defendant for infringement of three of its Canadian patents — Defendant alleging that one patent invalid because reissued in 2018 specifically to target defendant’s products — Application to reissue made on basis that patent agency had erred in filing initial patent application — Plaintiff, law firm exchanging documents, communications from 2015 through 2018, including documents, communications previously exchanged between plaintiff, patent agency — Prothonotary concluding that all documents listed privileged, no evidence to support loss or waiver of privilege — Setting out three limited exceptions to confidentiality of solicitor-client communications, including the one at issue in this appeal: “in situations where there are criminal communications or communications that have the purpose of furthering criminal acts or unlawful conduct” — Concluding, *inter alia*, that plaintiff not waiving privilege in redacted sections of communications provided to Patent Office — Rejecting defendant’s argument that privilege not applying because documents served to facilitate reissue of patent for improper or unlawful purpose — Finally, concluding

PRACTICE—Concluded

that limitation set forth in *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 16.1(6) not defeating existence of patent agent privilege in communications between plaintiff, patent agents in reissue proceedings that have remained confidential — Defendant submitting that Prothonotary made error of statutory interpretation in concluding that words “action or proceeding” in s. 16.1(6) must be read as referring to actions or proceedings that remain ongoing — Main issue whether Prothonotary erring in interpreting s. 16.1(6) — Prothonotary making no error in concluding that s. 16.1(6) extending patent agent privilege, as contemplated in s. 16.1(1), retroactively except in context of ongoing proceeding instituted before June 24, 2016 — Purpose of last sentence of s. 16.1(6) to maintain rules of disclosure applicable in proceeding that was in progress when s. 16.1 enacted — Ss. 16.1(1), (6) having to be read together — Communications between client, patent agent enjoying same protections as solicitor-client communications — Exception in the last sentence of s. 16.1(6) narrow — Excluding from retroactive protection proceedings underway at its enactment — Prothonotary not failing to properly analyze reissue proceedings, plaintiff’s disclosure of certain communications with its original patent agents — Not failing to consider evidence of misconduct by plaintiff in seeking reissue of patent — Appeal dismissed.

RICHARDS PACKAGING INC. v. DISTRIMEDIC INC. (T-1606-18, 2020 FC 1162, Walker J., reasons for order dated December 17, 2020, 28 pp.)

RAILWAYS

Track safety — Judicial review of Transportation Appeal Tribunal of Canada (appeal panel) decision upholding conclusion of review member that applicant violating *Railway Safety Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 32, s. 17.2, upholding administrative monetary penalty — Applicant alleged to have failed to maintain railway work on two sections of track where each rail not bolted with at least two bolts as per Transport Canada’s *Rules Respecting Track Safety* (Track Safety Rules), Part II, Subpart D, Section V, subsection (d) (hereinafter referred to as paragraph (d)) — Missing bolts found by inspectors travelling along tracks in assessment vehicle — Each missing bolt replaced by applicant employee as inspection proceeding — Transport Canada finding that number of missing bolts being reported “abnormally” high — Review member finding, *inter alia*, that if railway industry determined that less than stipulated number of bolts safe, industry would have included exemptions or different requirements; despite due diligence, applicant not exempted from complying with safety rules — Appeal panel agreeing with review member that Track Safety Rules clearly state physical condition of safe rail structure — Finding that Minister establishing deficiency set out in Notice of Violation on balance of probabilities — Agreeing with review member in rejecting defence of due diligence — Applicant arguing impossible for railway company to comply with appeal panel’s interpretation of paragraph (d) — Stating that delict alleged not simply for bolts to be missing but, rather, for company to have failed to immediately take remedial action or appropriate precautionary measures until known deficiency rectified — Arguing only when railway company failing to do so that it would commit offence under s. 17.2 — Contending that appeal panel erred by ignoring evidence relevant to its defence of due diligence — Whether appeal panel erring in its understanding of requirements of Track Safety Rules pertaining to rail joint bolts, in rejecting applicant’s defence of due diligence — Appeal panel reasonably determining that paragraph (d) meaning just what it says, i.e. railway must be joined with minimum of two bolts in each rail — Words used in paragraph (d) precise, unequivocal, entirely reasonable for appeal panel to rely on their ordinary meaning — Compliance of track joints with paragraph (d) simply one of things railway companies must inspect for, take immediate action to rectify when required — Broken, loose bolt not creating offence of absolute liability — Paragraph (d) having to be read in conjunction with s. 17.2 — Initial burden on Minister to prove *actus reus* when defendant charged with violating s. 17.2 by failing to maintain railway in compliance with Track Safety Rules denies allegation — No need for Minister to prove existence of *mens rea* — Applicant entitled in this case to raise defence that it was not negligent — Appeal panel’s determination with respect to applicant’s defence of due diligence unreasonable — Deficiency to which due diligence having to be directed cannot be simple fact that bolts were missing — Rather, it is that more bolts were missing than would be expected to happen through normal use of tracks between inspections — Under the Track Safety Rules, applicant required to do visual inspections of subdivisions in question at least twice weekly — No suggestion applicant failing to do so or not doing so properly — Radically different baselines for number of missing bolts suggested by parties giving rise to different standards of care — These standards having direct bearing on whether applicant established its defence of due diligence or not — Appeal panel, review member not determining whose standard was right — Absent any determination by appeal panel with respect to baseline, adverse inference it drew from fact that applicant had not provided more evidence about its maintenance, inspection practices not rationally supported — Application allowed.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY COMPANY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-36-20, 2020 FC 1119, Norris J., reasons for judgment dated December 4, 2020, 39 pp.)

RCMP

Appeal from Federal Court judgment (2018 FC 1122) granting respondent's application for judicial review of decision of Level II Adjudicator appointed under *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C., 1985, c. R-10 — Adjudicator denying respondent's grievance in which respondent seeking service pay included in lump sum payout of annual leave he received when retiring from RCMP — Respondent then seeking judicial review before Federal Court — Federal Court finding that Adjudicator's decision unreasonable, remitted matter back with directions for Adjudicator to adopt interpretation upholding respondent's position — Before retiring, respondent regular member of RCMP; had 37 years of service with Force; held rank of staff sergeant — When employed, respondent entitled to paid annual leave, service pay, amount paid to entitled RCMP members on each bi-weekly pay cheque which based on their length of service — At time of retirement, respondent receiving service pay at maximum rate of 10.5% of his staff sergeant's salary — Just prior to retirement in 2012, respondent accumulated 1,398 hours of annual leave that he had not been able to use during his career — In such situation, respondent chose to retire, electing to be paid out unused annual leave in lump sum rather than taking leave, postponing retirement date until after leave credits exhausted — Following respondent's retirement, discharge from Force, RCMP paid respondent value of his accumulated annual leave credits but did not add amount for service pay on annual leave — RCMP's Administration and National Compensation Manuals set out terms, conditions of service for RCMP members — Key provision in present appeal was s. 7.1 in chapter 19.1 of Administration Manual, which provided at relevant time that when member discharged from RCMP or dies, member or his/her estate will be paid amount equal to number of days of earned but unused annual leave to member's credit, **calculated at his/her substantive salary** on date of discharge or death — Terms "substantive salary", "substantive" not defined in either manual — RCMP's National Compensation Manual, at relevant time, provided in "Definitions" section that term "salary" meaning annual **rate of pay; not an allowance** or any other compensation — Respondent filing grievance seeking among other things, payment of disputed service pay — At time, Act, *Commissioner's Standing Orders (Grievances)*, SOR/2003-181 provided for two-level grievance process, where second level hearings conducted on *de novo* basis — Whether Federal Court properly reviewed Adjudicator's decision — *Per Boivin J.A. (Rivoalen J.A. concurring)*: Adjudicator's decision reasonable — Although it would have been preferable for Adjudicator to acknowledge definition of "allowance" in finding that service pay was "allowance" that is excluded from definition of "salary", this alleged shortcoming not justifying finding that decision unreasonable as a whole — Not only does record demonstrate that definition of "allowance" not central to respondent's submissions at administrative stage but not determinative of matter — Whether service pay considered to be "allowance" that is excluded from definition of "salary" or not, Adjudicator still required to address effect of term "substantive" in s. 7.1 of RCMP's Administration Manual — Adjudicator doing just that, making other findings that were independent from notion that service pay is "allowance", that justified her ultimate conclusion that respondent not demonstrating that payout he received inconsistent with relevant legislation, policies — On basis of record before her, Adjudicator appropriately observing that crux of dispute concerned definition of "substantive salary" in s. 7.1 of Chapter 19.1 of RCMP's Administration Manual; signalled her focus on this chapter, which pertains to annual leave — Instead of relying on her finding that service pay was "allowance", Adjudicator also addressed impact of word "substantive" in s. 7.1 — In circumstances where "substantive salary" not defined in applicable policy manuals or enabling legislation at relevant time, Adjudicator reasonably concluded that term "substantive" having restrictive connotation, denoted basic salary void of any other form of compensation — Adjudicator also responsive to respondent's argument that excluding service pay from "substantive salary" in s. 7.1 of Chapter 19.1 of RCMP's Administration Manual created inequity — Furthermore, Adjudicator provided coherent, intelligible explanation for why service pay not tied to annual leave but to member's bi-weekly salary instead, which discharged member no longer receives — None of these additional findings depended on notion that service pay is "allowance" but instead demonstrated appropriate analysis of s. 7.1 of RCMP's Administration Manual in context, leading to transparent, intelligible, justifiable conclusion that payout of annual leave respondent receiving was appropriately calculated to exclude service pay in accordance with relevant legislation, policies — Adjudicator also not required to explicitly address, in reasons, amendment to RCMP's National Compensation Manual subsequent to respondent's retirement regarding service pay; such omission relatively insignificant — Adjudicator's decision reasonable; her reasons demonstrated as much — Federal Court correctly identified applicable standard of review as reasonableness — However, it conducted its own analysis of how relevant provisions of RCMP's Administration Manual and National Compensation Manual should be interpreted — Consequently, Federal Court insufficiently deferential, clearly engaged in disguised correctness review, erroneously focused on its own interpretation of RCMP's policy manuals, compared that interpretation to that of Adjudicator, using its own interpretation as yardstick to measure what Adjudicator did — Appeal therefore allowed, Federal Court judgment set aside, application for judicial review dismissed, Adjudicator's decision restored — *Per Gleason J.A. (dissenting)*: Adjudicator's decision unreasonable, had to be set aside — Level II Adjudicator's consideration of meaning to be given to term "substantive", consideration of dictionary definitions of that term entirely irrelevant to issues Adjudicator called upon to decide — Term "substantive" term of art used in Federal Public Service to denote permanent position to which employee has been appointed as opposed to acting assignment — Term "substantive" simply meaning in context of relevant provisions in RCMP Manuals that salary to be paid out on retirement is that applicable to retiring member's permanent or substantive position — Leaving

RCMP—Concluded

unanswered question that was crux of issue before Adjudicator, namely, whether salary for such position including service pay or not — Central to key issue were questions Adjudicator failed to grapple with, namely, how to reconcile conflicting definitions in Manuals of “salary”, “allowance”, one of which would include service pay in substantive salary, other of which would not — Failure to grapple with this conflict, as raised by respondent, rendering Level II Adjudicator’s decision unreasonable — Appeal allowed, Gleason J.A. dissenting.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ZALYS (A-406-18, 2020 FCA 81, Boivin and Gleason JJ.A., reasons for judgment dated April 28, 2020, 43 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.

ASSURANCE-EMPLOI

Rémunération — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale confirmant la conclusion de la division générale selon laquelle le versement à la demanderesse de sommes payées pour le règlement de sa poursuite pour congédiement abusif avait entraîné un versement excédentaire relativement aux prestations qui lui avaient été versées durant son congé de maternité et son congé parental — La division d'appel a jugé également qu'il n'y avait pas d'erreur de droit dans l'interprétation par la division générale de l'art. 45 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et de l'art. 36(9) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332 — La demanderesse a été congédiée pendant sa grossesse — Elle a reçu des prestations de maternité et parentales — Elle a ensuite poursuivi son ancien employeur pour congédiement abusif et rupture de contrat — Les parties ont réglé la poursuite à l'amiable et la demanderesse s'est retrouvée avec 33 828,83 \$ après déduction des frais juridiques — La Commission de l'assurance-emploi du Canada a informé la demanderesse que la somme reçue au titre du règlement constituait une rémunération et avait causé un versement excédentaire de prestations de congé de maternité et de congé parental — L'art. 45 de la LAE empêche le cumul de prestations ou le recouvrement faisant double emploi et exige que, dans certaines circonstances, les prestataires remboursent des prestations au receveur général — La demanderesse a fait valoir que la division d'appel a mal interprété l'art. 45 de la LAE et le Règlement — Elle a soutenu notamment que l'interprétation faite par la division d'appel ne tenait pas suffisamment compte des conditions d'emploi qui lui étaient propres, qui comprenaient « le droit acquis à un congé de maternité et à un congé parental non rémunérés » lorsque son emploi a pris fin — Elle a affirmé que l'art. 36 du Règlement dispose que la rémunération doit être répartie uniquement sur les semaines où le prestataire a effectivement gagné un revenu d'emploi — Il s'agissait de savoir si les interprétations de l'art. 45 de la LAE et de l'art. 36(9) du Règlement faites par la division d'appel étaient raisonnables — Les interprétations qu'a faites la division d'appel de ces dispositions étaient raisonnables — Si la prestataire a reçu des prestations au titre de la LAE et a reçu, pendant la même période, des sommes au titre du règlement d'une poursuite pour congédiement abusif, le sens ordinaire de l'art. 45 de la LAE est clair — L'art. 45 ne renvoie qu'à des « prestations », lesquelles comprennent toutes les prestations régulières et spéciales, et il inclut expressément les « dommages-intérêts pour congédiement abusif » dans la rémunération — Il existe une présomption selon laquelle les dommages-intérêts pour congédiement abusif ou les sommes versées à titre de règlement sont une « rémunération » pour l'application de l'art. 35 du Règlement — Le sens ordinaire de l'art. 36(9) du Règlement est également clair — L'art. 45 de la LAE, interprété en conjonction avec l'art. 36(9) du Règlement, s'applique de telle sorte qu'à la réception de la somme versée à titre de règlement, la demanderesse sera tenue de rembourser la somme considérée comme un versement excédentaire de prestations de chômage, quelle que soit la période pour laquelle la rémunération est censée avoir été versée — La division d'appel a clairement justifié son interprétation de l'art. 45 de la LAE et des règlements connexes, tout en tenant compte du contexte relatif au congé de maternité de la demanderesse et à la cessation de son emploi — La demanderesse a invoqué à tort les arrêts *Whelehan v. Laidlaw Environmental Services Ltd.*, B.C.L.R. (3d) 129, [1998] B.C.J. n° 847 (QL), et *Wells v. Patina Salons Ltd.*, 2003 BCSC 1731, [2003] B.C.J. n° 2615 (QL) — Ces arrêts établissent que l'employeur qui est tenu de payer des dommages-intérêts pour congédiement abusif n'a pas le droit de déduire de ces dommages-intérêts le montant des prestations reçues par l'employée licenciée qui est en congé de maternité — Il était loisible à la division d'appel de conclure que la demanderesse était tenue d'affecter la somme qu'elle a reçue au titre du règlement au remboursement des prestations

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

spéciales qu'elle avait reçues — Vu les faits dont elle était saisie, la division d'appel a correctement pris en compte les éléments pertinents du texte, du contexte et de l'objet de l'art. 45 de la LAE ainsi que du règlement connexe— Demande rejetée.

COURT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-100-19, 2020 CAF 199, juge Rivoalen, J.C.A., motifs du jugement en date du 16 novembre 2020, 22 p.)

BREVETS

Contrôle judiciaire visant des décisions du ministre de la Santé (le défendeur) dans lesquelles le défendeur a décidé de ne pas délivrer un avis de conformité (AC) à la demanderesse à l'égard de sa présentation de nouveau médicament concernant le médicament IDACIO — IDACIO est un biosimilaire d'un médicament fabriqué par AbbVie Biotechnology Ltd. (AbbVie) vendu sous le nom HUMIRA — AbbVie est la propriétaire des brevets canadiens inscrits au registre des brevets à l'égard d'HUMIRA — Dans sa demande d'avis de conformité présentée en vertu des art. 7(1) et (2) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement AC), la demanderesse s'est efforcée de traiter de chacun des brevets inscrits — AbbVie et la demanderesse ont conclu un contrat de licence confidentiel autorisant la demanderesse à accomplir certains actes au regard des brevets inscrits — L'art. 7(2) dispense la demanderesse de devoir remplir certaines conditions énoncées à l'art. 7(1) — AbbVie a plusieurs fois exprimé son consentement au défendeur sous diverses formes, notamment à la délivrance d'un avis de conformité conformément au contrat confidentiel — La première décision du défendeur a expliqué que la date de prise d'effet du consentement demandé à AbbVie était antérieure à la délivrance d'un avis de conformité — La deuxième décision a confirmé que le défendeur estimait encore que l'avis de conformité ne pouvait être délivré avant le 15 février 2021, date à laquelle AbbVie a effectivement consenti aux quatre activités énumérées à l'art. 7(2) — fabrication, construction, exploitation ou vente — Le défendeur a estimé que le terme « ou » utilisé pour relier les quatre activités énoncées à l'art. 7(2) ne pouvait être interprété de manière à obtenir un résultat absurde ou à entraver le mécanisme efficace d'application des droits conférés par les brevets prévu par le Règlement AC — La demanderesse a fait valoir que le consentement à l'un des droits de brevet au titre de l'art. 7(2) autorisait le défendeur à délivrer un avis de conformité et que la lecture que fait le défendeur de l'art. 7(2) était contraire à son simple libellé et incompatible avec son objet — Il s'agissait de savoir si le refus du défendeur de délivrer un avis de conformité avant le 15 février 2021, fondé sur son interprétation du consentement valide aux termes de l'art. 7(2), était déraisonnable — Il s'agissait de savoir si la Cour devrait rendre une ordonnance de *mandamus* si les décisions du défendeur étaient déraisonnables — L'art. 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, prévoit une exception pour les « travaux préliminaires » aux termes de laquelle les fabricants de médicaments inscrits subséquentement peuvent utiliser un médicament innovant et breveté pour solliciter des approbations pour une version concurrente de ce médicament — Le Règlement AC empêche le recours abusif à cette exception en prévoyant les conditions énoncées à l'art. 7(1) qui doivent être remplies avant qu'un avis de conformité ne soit délivré — Ces conditions ne s'appliquent pas lorsque la preuve du consentement est fournie par le propriétaire du brevet conformément à l'art. 7(2) — Les décisions du défendeur étaient déraisonnables — Le fait que le consentement de AbbVie avait un aspect temporel ne l'a pas rendu invalide — Ce consentement était clair et sans équivoque quant aux intentions de la propriétaire des brevets — La nature temporelle du consentement donné aux quatre activités n'a pas confirmé que ce consentement ne serait valide qu'à partir du 15 février 2021 — Le défendeur a contourné une lecture textuelle de l'art. 7(2) en affirmant que le « ou » devrait avoir un sens conjonctif plutôt que disjonctif afin d'éviter un résultat absurde — En contournant cette analyse textuelle, le défendeur n'a pas non plus reconnu que le consentement en cause visait les quatre activités énumérées à l'art. 7(2) — Les décisions contestées dans la présente affaire ne tenaient pas compte de l'ensemble du contexte et de l'objet du Règlement AC, et mettaient plutôt étroitement l'accent sur l'aspect mise en application des droits — Le double objet du Règlement AC est de créer un équilibre entre une mise en application efficace des droits conférés par les brevets à l'égard de médicaments nouveaux et innovants et l'entrée sur le marché en temps opportun des produits génériques concurrents moins chers — Ce double objet concorde avec la portée limitée de l'art. 55.2(4) de la Loi — Il était déraisonnable de donner à l'art. 7(2) une interprétation permettant de refuser la délivrance de l'avis de conformité alors que le consentement était clairement donné par la propriétaire du brevet — Le choix de la propriétaire du brevet de consentir aux quatre activités à différentes dates n'a pas créé d'absurdité devant être corrigée en donnant au « ou » inclusif et disjonctif le sens d'un « et » conjonctif — La délivrance d'un avis de conformité fondée sur le consentement donné par un propriétaire de brevet ne peut être jugée incohérente ou incompatible avec la loi compte tenu du double objet du Règlement AC et du libellé explicite de l'art. 7(2) — Le Règlement AC ne confère pas le pouvoir discrétionnaire de ne pas délivrer d'avis de conformité une fois que le propriétaire du brevet a fourni le consentement requis — La présente affaire réunissait les conditions requises pour qu'une ordonnance de *mandamus* soit rendue — Demande accueillie.

FRESENIUS KABI CANADA LTD. C. CANADA (SANTÉ) (T-870-20, T-1048-20, 2020 CF 1013, juge Manson, motifs du jugement en date du 29 octobre 2020, 18 p.)

CHEMINS DE FER

Sécurité des voies — Contrôle judiciaire de la décision du Tribunal d'appel des transports du Canada (comité) confirmant la conclusion d'un conseiller en révision selon laquelle la demanderesse a contrevenu à l'art. 17.2 de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 32, et confirmant la sanction administrative pécuniaire — Il a été allégué que la demanderesse a omis d'entretenir une installation ferroviaire sur deux sections de voies ferrées puisqu'au moins deux boulons n'étaient pas posés sur chaque rail ainsi que le prévoit la règle D.V.d) de la Partie II du *Règlement concernant la sécurité de la voie* de Transports Canada (*Règlement sur la sécurité de la voie*) (ci-après la règle d) — Des inspecteurs ont constaté qu'il manquait des boulons lorsqu'ils circulaient dans un véhicule d'évaluation — Chaque boulon manquant a été remplacé par un employé de la demanderesse au fil de l'inspection — Transports Canada a conclu que le nombre de boulons manquants signalé était « anormalement » élevé — Le conseiller en révision a conclu notamment que si l'industrie ferroviaire avait déterminé qu'un nombre inférieur de boulons à celui prévu était sûr, elle aurait prévu des dispenses ou des exigences différentes; bien qu'elle ait fait preuve de diligence raisonnable, la demanderesse n'était pas dispensée de se conformer au règlement sur la sécurité — Le comité a convenu avec le conseiller en révision que le Règlement sur la sécurité de la voie énonce clairement la condition physique d'une structure ferroviaire sûre — Il a conclu que le ministre avait établi le défaut décrit dans le procès-verbal selon la prépondérance des probabilités — Il a confirmé le rejet par le conseiller en révision de la défense de diligence raisonnable — La demanderesse a soutenu qu'il était impossible pour une compagnie de chemin de fer de se conformer à la règle d) telle qu'elle a été interprétée par le comité — Elle a affirmé que le délit allégué n'était pas simplement lié à des boulons manquants, mais qu'il tenait plutôt au fait que la compagnie n'a pas immédiatement pris des mesures correctives ni mis en place des mesures de précaution appropriées jusqu'à ce que le défaut connu soit corrigé — Elle a fait valoir que ce n'est que lorsqu'elles omettent de le faire que les compagnies commettent une infraction au titre de l'art. 17.2 — Elle a affirmé que le comité a eu tort de ne pas tenir compte de la preuve pertinente liée à sa défense de diligence raisonnable — Il s'agissait de savoir si le comité a mal interprété les exigences du Règlement sur la sécurité de la voie concernant les boulons des joints de rails et s'il a eu tort de rejeter la défense de diligence raisonnable de la demanderesse — Le comité a raisonnablement déterminé que le sens de la règle d) se trouve simplement dans son libellé, c'est-à-dire qu'au moins deux boulons doivent être posés sur chaque rail — Les termes utilisés dans cette disposition sont précis et sans équivoque et il était tout à fait raisonnable de la part du comité de s'appuyer sur leur sens ordinaire — La conformité des joints de voie à la règle d) ne constitue qu'un des éléments devant être inspectés par les compagnies de chemin de fer qui doivent, lorsque nécessaire, prendre des mesures correctives immédiates — Une infraction de responsabilité absolue n'est pas commise dès qu'un boulon se brise ou se desserre — La règle d) doit être lue conjointement avec l'art. 17.2 — Le fardeau initial incombe au ministre de prouver l'*actus reus* si le défendeur accusé d'avoir contrevenu à l'art. 17.2 pour défaut d'entretien d'une voie ferrée en conformité avec le Règlement sur la sécurité de la voie nie l'allégation — Le ministre n'a pas à prouver l'existence de la *mens rea* — En l'espèce, la demanderesse avait le droit de faire valoir en défense qu'elle n'avait pas été négligente — La décision du comité à l'égard de la défense de diligence raisonnable de la demanderesse était déraisonnable — Le défaut à l'égard duquel la diligence raisonnable doit être soulevée ne peut se rapporter au simple fait des boulons manquants — C'est plutôt le fait que le nombre de boulons manquants était plus important que ce à quoi l'on pourrait s'attendre du fait de l'usage normal des voies ferrées entre les inspections — Aux termes du Règlement sur la sécurité de la voie, la demanderesse était tenue d'effectuer des inspections visuelles des subdivisions en question au moins deux fois par semaine — Rien ne laisse croire que la demanderesse ne s'est pas acquittée de cette obligation ou qu'elle ne l'a pas fait convenablement — Les critères de référence radicalement différents suggérés par les parties ont donné lieu à des normes de diligence différentes — Ces normes ont une incidence directe sur la question de savoir si la demanderesse a établi ou non une défense de diligence raisonnable — Le comité n'a pas déterminé qui avait raison, et le conseiller en révision non plus — En l'absence d'une détermination par le comité du nombre de référence, l'inférence défavorable qu'il a tirée du défaut de la demanderesse de fournir davantage d'éléments de preuve sur ses activités d'entretien et d'inspection n'était pas étayée rationnellement — Demande accueillie.

COMPAGNIE DES CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-36-20, 2020 CF 1119, juge Norris, motifs du jugement en date du 4 décembre 2020, 39 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'ordonnance du défendeur, aux termes de l'art. 87 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, visant à interdire la divulgation des renseignements et autres éléments de preuve caviardés dans le dossier certifié du tribunal — Les renseignements que le défendeur cherchait à protéger fournissent la raison de l'annulation du visa du demandeur — Le demandeur, un citoyen du Kazakhstan, a contesté la décision d'un agent des visas d'annuler son visa canadien à entrées multiples au motif qu'il avait « un doute » quant au but de sa visite — Le demandeur, son épouse et sa fille ont utilisé des visas pour un court séjour en avril 2017 afin de rendre visite à la belle-fille du demandeur — Le couple a divorcé peu de

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

temps après — L'épouse a amené leur fille avec elle au Canada sans sa permission en 2018 — Le demandeur a planifié de se rendre au Canada pour faire appliquer le jugement du tribunal de la famille, mais son visa a été annulé parce qu'il n'avait pas été utilisé dans le but visé, soit pour le tourisme — Le défendeur a déposé une requête au motif que la divulgation des renseignements caviardés porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui — Il s'agissait de savoir si l'art. 87 s'applique aux éléments de preuve que le défendeur a cherché à protéger dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire — Les renseignements que le défendeur a cherché à protéger en l'espèce n'étaient pas visés par la section 9 de la Loi, et ils ne peuvent être protégés au moyen d'une requête présentée aux termes de l'art. 87 — Le différend en l'espèce était essentiellement une affaire d'interprétation des lois — La section 9 de la Loi définit le terme « renseignements » comme étant les « renseignements en matière de sécurité ou de criminalité et ceux obtenus, sous le sceau du secret, de source canadienne ou du gouvernement d'un État étranger, d'une organisation internationale mise sur pied par des États ou de l'un de leurs organismes » — Seul le juge en chef de la Cour, ou un juge expressément nommé par le juge en chef, a compétence pour entendre les affaires visées par la section 9 — La section 9 ne peut être interprétée comme s'appliquant à tout type de renseignement confidentiel devant être protégé lors de tout contrôle judiciaire mené aux termes de la LIPR — Les limites au champ d'application de la section 9 excluent les renseignements que le défendeur cherchait à protéger dans le cadre de la présente demande de la portée de l'art. 87 — Les modifications apportées aux art. 86 et 87 avaient pour but de rendre la procédure applicable aux instances en interdiction de territoire et autres instances en immigration mettant en cause des renseignements secrets ou classifiés — Il existe une différence importante entre, d'un côté, les renseignements confidentiels, secrets, très secrets ou classifiés visés par différentes lois concernant la sécurité nationale et, de l'autre côté, les renseignements confidentiels ou personnels visés par les lois sur la protection de la vie privée et des renseignements personnels — Le type de renseignement protégé aux termes de l'art. 87 n'est jamais communiqué au résident permanent ou au citoyen étranger et il est utilisé lors de procédures exceptionnelles devant la Cour — L'art. 87 offre aux renseignements secrets ou classifiés une couche de protection robuste et unique qui n'est généralement pas offerte aux renseignements confidentiels ou personnels protégés par les lois sur la protection de la vie privée ou des intérêts commerciaux — L'agent des visas n'était pas préoccupé par des questions de protection de la sécurité nationale, mais plutôt par la protection du droit à la vie privée — L'application de l'art. 87 se limite notamment aux renseignements relatifs à l'identité des personnes faisant l'objet d'une surveillance, aux moyens techniques et aux sources de la surveillance, et au mode opérationnel — Le législateur entendait limiter la « sécurité d'autrui » aux personnes qui pourraient être touchées par la divulgation de renseignements secrets ou classifiés — Il existe d'autres façons de protéger les renseignements personnels et confidentiels, notamment au moyen d'une ordonnance de confidentialité rendue aux termes de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — L'interprétation de l'art. 87 avancée par le défendeur pourrait mener à un abus, et en bout de ligne influencer sur des différends internationaux pour la garde d'enfants — Le défendeur n'a pas convaincu la Cour que la divulgation des éléments de preuve caviardés porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui — Requête rejetée.

X C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (CONF-4-20, 2020 CF 864, juge en chef adjointe Gagné, motifs d'ordonnance en date du 24 juin 2020, 19 p.)

STATUT AU CANADA*Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Contrôle judiciaire de la décision de la Section d'appel des réfugiés (la SAR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié rejetant la demande d'asile du demandeur au motif que son récit était invraisemblable parce qu'il ne concordait pas avec la preuve objective concernant les méthodes de recrutement du Hezbollah au Liban, et que certains des aspects de ce récit étaient incompatibles avec l'affirmation selon laquelle le Hezbollah voulait l'obliger à se battre — Le demandeur a allégué que la décision de la SAR était contraire au principe énoncé dans la décision *Valtchev*, à savoir qu'il ne faudrait tirer des conclusions d'invraisemblance que dans les « cas les plus évidents » : *Valtchev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 776 — L'élément principal de la demande d'asile du demandeur était que le Hezbollah a tenté de le recruter de force pour combattre dans ses rangs en Syrie, et qu'il le ferait à nouveau s'il était renvoyé au Liban — Il a relaté les efforts déployés par le Hezbollah pour le recruter à Beyrouth entre les années 2013 et 2016 — La SAR a conclu que le récit que le demandeur avait fait de la tentative du Hezbollah pour le recruter de force n'était pas crédible pour deux raisons principales : i) l'incohérence du récit avec la preuve documentaire objective concernant les méthodes de recrutement du Hezbollah, et ii) les incohérences relevées entre le récit du demandeur et son affirmation selon laquelle le Hezbollah essayait de le recruter de force — Il s'agissait de savoir si la SAR a commis une erreur en concluant que le récit fait par le demandeur au sujet de la tentative du Hezbollah pour le recruter de force était invraisemblable; et si la SAR a commis une erreur dans son évaluation des autres documents déposés à l'appui de la demande du demandeur — La conclusion de la SAR selon laquelle le récit du demandeur n'était

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

pas crédible était une conclusion d'in vraisemblance, et cette conclusion d'in vraisemblance était raisonnable — Les motifs de la SAR ont montré que cette dernière a adopté le cadre établi par notre Cour à l'égard des conclusions d'in vraisemblance et qu'elle l'a appliqué de manière raisonnable à la preuve — La décision *Valtchev* ne crée pas une norme d'impossibilité; elle ne limite pas les conclusions d'in vraisemblance aux cas où il est impossible que les faits allégués aient eu lieu — La distinction faite par la SAR entre une « in vraisemblance » et une « impossibilité » concordait avec la jurisprudence de la Cour et elle était raisonnable — La décision *Valtchev* n'écarte pas le fardeau général qu'a un demandeur d'asile d'établir sa demande d'asile selon la prépondérance des probabilités — La norme des « cas les plus évidents », tirée de la décision *Valtchev*, n'écarte pas la norme de la prépondérance des probabilités, pas plus qu'elle n'inverse le fardeau ultime de la preuve — La décision *Valtchev* vise aussi à garantir que les conclusions d'in vraisemblance ne reposent pas sur des présomptions injustifiées à propos de ce qui est vraisemblable ou rationnel d'après un cadre de référence canadien — Elle n'exclut pas l'idée de prendre en considération la vraisemblance ou la probabilité lorsqu'on procède à des évaluations de la crédibilité — L'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, confirme que les conclusions de fait sont contrôlées en fonction de la norme de la décision raisonnable, et que ce contrôle ne consiste pas à apprécier de nouveau la preuve — Par conséquent, les déclarations de la SAR selon lesquelles une « in vraisemblance » n'est pas la même chose qu'une « impossibilité » et que la norme des « cas les plus évidents » n'écarte pas la norme générale de la prépondérance des probabilités, étaient raisonnables — La SAR a examiné en détail la preuve objective, y compris les deux éléments qui indiquaient qu'il n'y avait pas de recrutement forcé, et ceux qui décrivaient les cas où cette pratique avait eu lieu — L'évaluation que la SAR a faite de la vraisemblance n'était pas seulement fondée sur son évaluation selon laquelle la preuve objective n'était pas le fait que le Hezbollah recrutait de force des hommes ayant le profil du demandeur — La SAR a également évalué les allégations factuelles précises de ce dernier — La SAR a expressément conclu que, d'après la preuve concernant la situation régnant dans le pays et le récit factuel du demandeur, les faits décrits débordaient du cadre de ce à quoi il est possible logiquement de s'attendre dans les circonstances actuelles — C'est là l'évaluation qu'exige la décision *Valtchev* — La Cour a été convaincue, après avoir examiné la décision de la SAR, que celle-ci a compris et appliqué l'approche qu'il fallait à l'égard de sa conclusion d'in vraisemblance, et que sa conclusion était raisonnable — D'autres documents fournis à l'appui par le demandeur n'ont pas été utiles pour corroborer son allégation ni pour régler les problèmes de crédibilité que soulevait l'évaluation selon laquelle le récit du demandeur était peu plausible — Par conséquent, la SAR a évalué de manière raisonnable les documents justificatifs que le demandeur a déposés — Demande rejetée.

AL DYA C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4025-19, 2020 CF 901, juge McHaffie, motifs du jugement en date du 17 septembre 2020, 27 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LES DOUANES**

Appel interjeté en vertu de l'art. 68 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 1, à l'encontre d'une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur (le Tribunal), concernant le classement tarifaire des couvre-chaussures jetables importés par l'intimée (appel n° AP-2017-065) — Le Tribunal a conclu que les marchandises en cause devaient être classées dans le numéro tarifaire 3926.20.95 de l'Annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36 (Annexe du Tarif) à titre d'autres vêtements et accessoires de vêtements, de matières plastiques combinées à des non tissés, plutôt que dans le numéro tarifaire 6307.90.99, qui s'applique aux autres articles confectionnés, y compris les patrons de vêtements, d'autres matières textiles, comme l'avait déterminé l'autorité taxatrice, l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) — Les marchandises en question ont été importées en 2015 et 2016 dans le numéro tarifaire 6307.90.99 — Le tarif applicable était de 18 % — L'intimée, en vertu des art. 59(1) et 60(1) de la Loi, a demandé la révision puis le réexamen de cette décision, en vain, faisant valoir que les marchandises en cause devaient être classées dans le numéro tarifaire 3926.20.95 — Les marchandises importées dans cette catégorie sont visées par un tarif de 6,5 % — Les parties ont convenu que les marchandises en cause sont composées d'une couche de polypropylène (PP) filé-lié thermolié, une matière textile, laminée sur un côté à une feuille de polyéthylène chloré (PE-C), une matière plastique — Selon le dossier, ces marchandises sont fabriquées à partir d'une découpe rectangulaire du matériau et sont thermoscellées; elles sont conçues pour être portées sur les chaussures et sont utilisées dans les salles blanches, la transformation alimentaire, l'immobilier, la santé, la construction, la fabrication, l'industrie énergétique et la recherche et le développement — Le Tarif des douanes met en œuvre les obligations du Canada prévues à la *Convention internationale sur le Système harmonisé de désignation et de codification des marchandises* — Les art. 10 et 11 du Tarif des douanes s'appliquaient dans la présente affaire — Le Système harmonisé visé à l'art. 10(1) présente une classification à huit chiffres divisée en sections et en chapitres, chaque chapitre énumérant les marchandises visées par les positions et sous-positions associées à un numéro tarifaire précis — Les parties ont affirmé que le classement des marchandises en cause peut être déterminé par la seule application de la règle 1 des

DOUANES ET ACCISE—Suite

Règles générales pour l'interprétation du système harmonisé, qui prévoit que le classement est déterminé légalement d'après les termes des positions et des Notes de Sections ou de Chapitres — Par conséquent, il n'était pas nécessaire de prendre en considération les autres règles interprétatives du Système harmonisé — Le numéro tarifaire 3926.20.95 – celui qui a été jugé applicable aux marchandises en cause par le Tribunal – se trouve au Chapitre 39 (Matières plastiques et ouvrages en ces matières) de la Section VII de l'Annexe du Tarif; il s'inscrit dans la sous-position n° 3926.20 (Vêtements et accessoires du vêtement (y compris les gants, mitaines et moufles)) de la position 39.26 (Autres ouvrages en matières plastiques et ouvrages en autres matières des nos 39.01 à 39.14.) — Le numéro tarifaire 6307.90.99 – applicable aux marchandises en cause selon l'ASFC – se trouve au Chapitre 63 (Autres articles textiles confectionnés) de la Section XI de l'Annexe du Tarif; il vise plus précisément les produits de la sous-position n° 6307.90 (Autres) de la position n° 63.07 (Autres articles confectionnés, y compris les patrons de vêtements) — Ayant conclu que la matière constitutive des marchandises en cause – un non-tissé stratifié avec des matières plastiques – était plus précisément décrite à la position n° 39.26, le Tribunal a déterminé que les marchandises étaient visées par le numéro tarifaire 3926.20.95 en tant qu'autres articles similaires; conformément aux Notes explicatives du Chapitre 63, elles ont été exclues de la position n° 63.07 — Aux termes de l'art. 68(1) de la Loi, les décisions de classement tarifaire rendues en application des art. 60 ou 61 de la Loi peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour, mais uniquement sur des questions de droit — L'appelant a soulevé deux questions de droit — Il a fait valoir que le Tribunal a commis une erreur de droit en affirmant que l'alinéa a) de la Note 8 de la Section XI empêche que l'on tienne compte des Chapitres 50 à 60, et notamment du Chapitre 56, pour déterminer si la matière constitutive des marchandises en cause peut être classée comme articles textiles au titre des Chapitres 61 à 63 — Il a soutenu en outre que le Tribunal a commis une autre erreur de droit en ne tenant pas compte de la Note 1 du Chapitre 39, qui prévoit que « l'expression matières plastiques [...] ne s'appliqu[e] [...] pas aux matières à considérer comme des matières textiles de la Section XI », lorsqu'il a classé les marchandises en cause comme des ouvrages en matières plastiques — Il s'agissait de savoir si le Tribunal a commis une erreur dans son interprétation de l'alinéa a) de la Note 8 de la Section XI; si le Tribunal a commis une erreur de droit en faisant fi de la Note 1 du Chapitre 39 — La thèse de l'intimée reposait entièrement sur une lecture erronée des conclusions du Tribunal — Cette lecture erronée reposait sur l'affirmation selon laquelle le Tribunal a conclu que la matière constitutive des marchandises était une matière intermédiaire « confectionnée », c'est-à-dire une matière composée d'une seule feuille de PP non tissée et de matière plastique de PE-C *découpée* et scellée pour créer une *feuille en matières plastiques*; cette thèse excluait tout examen de la position n° 56.03 dans l'évaluation de la matière constitutive des marchandises, même compte tenu de l'interprétation de l'alinéa a) de la Note 8 avancée par l'appelant — Rien dans les motifs du Tribunal ne permettait une telle affirmation — Si le Tribunal, après avoir déterminé que les marchandises en cause étaient dépourvues de « semelles rapportées » et ne pouvaient donc pas être classées sous le Chapitre 64 de la Section XII à titre de chaussures, a déclaré que les marchandises sont « fait[e]s [...] des “feuilles en matières plastiques” », il a dit estimer que l'étape suivante de son analyse au titre de la Règle 1 consistait à classer les marchandises en fonction de leur matière constitutive, qui n'était pas déterminée — Il n'y avait donc aucune indication, dans les conclusions du Tribunal, de l'existence d'une « matière intermédiaire » du type de celle avancée par l'intimée, c'est-à-dire une matière qui est « confectionnée » parce qu'elle est assujettie à une « ouvraison complémentaire » par « découpage » — L'interprétation de l'alinéa a) de la Note 8 par le Tribunal était erronée en droit, car elle empêchait l'application du Chapitre 56 à la matière constitutive des marchandises parce qu'elles sont « confectionnées » pour l'application de la Note 7 — Le Tribunal a ainsi confondu deux étapes distinctes de l'analyse du classement et, partant, n'a établi aucune distinction entre la détermination de la matière constitutive des marchandises, d'une part, et le classement des marchandises, d'autre part — S'il est clair que l'effet combiné de la Note 7 et de l'alinéa a) de la Note 8 de la Section XI empêche le classement des marchandises sous le Chapitre 56 parce qu'elles sont « confectionnées », le Chapitre 56 reste pertinent pour l'évaluation des matières constitutives des marchandises — L'avis contraire du Tribunal s'est écarté à tort de l'approche moderne d'interprétation des lois — L'approche moderne d'interprétation des lois demeure pertinente en matière de classement tarifaire, ce qui signifie qu'il faut lire l'alinéa a) de la Note 8 de la Section XI, comme toute autre disposition législative, dans son contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur — Dès lors que la première étape de l'analyse prévue à la règle 1 se révèle peu concluante quant au classement des marchandises, la seconde étape, telle qu'elle a été à juste titre déterminée par le Tribunal, porte ensuite sur la matière constitutive des marchandises — Pour cette raison, l'appelant a eu raison de dire que, pour savoir si les marchandises sont « d'autres articles textiles » pour l'application du Chapitre 63, il faut évaluer si la matière dont elles sont constituées peut être classée comme textile dans le Chapitre 56 — Rien dans le libellé de l'alinéa a) de la Note 8 n'empêchait le Tribunal de procéder à une telle analyse — Bien au contraire, le renvoi préalable aux Chapitres 50 à 60 était crucial pour déterminer si les couvre-chaussures « confectionnés » étaient ou non en « matières textiles » — Cette interprétation est conforme à l'économie de l'Annexe du Tarif — L'erreur du Tribunal dans l'interprétation de l'alinéa a) de la Note 8 a vicié le reste de son analyse — Le Tribunal, sur le fondement d'une interprétation incorrecte de l'alinéa a) de la Note 8, a fait fi des chapitres 50 à 60 à l'égard de la matière constitutive — Le Tribunal a aggravé l'erreur en adoptant une approche qui s'écarte du cadre analytique défini dans les décisions *Sher-Wood Hockey Inc. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada*, AP-2009-045 (CA TCCE) et

DOUANES ET ACCISE—Fin

Louise Paris Ltd. c. Président de l'Agence des services frontaliers du Canada, AP-2017-001, 2019 CanLII 110897 (CA TCCE) lorsqu'il s'agit de déterminer le classement des combinaisons de matières textiles et de matières plastiques — Selon ce cadre, le Tribunal doit d'abord déterminer le classement de la matière constitutive avant celui des marchandises elles-mêmes — Le Tribunal avait la possibilité d'évaluer si la matière constitutive des marchandises, une combinaison de matières textiles et de matières plastiques, correspondait ou non à un textile au sens du Chapitre 56 — Il n'était toutefois pas possible pour le Tribunal d'écarter entièrement cette analyse — Ce faisant, le Tribunal a commis une erreur de droit — En ce qui concerne la deuxième question, il s'agissait de savoir si la présence de ces dispositions d'incompatibilité suggère que l'analyse visant à décider si les marchandises combinant des matières textiles et des matières plastiques relèvent de la Section XI ou du Chapitre 39 doit respecter un ordre précis, la première étape de l'analyse étant de déterminer si les marchandises sont des matières textiles — La Note 1 du Chapitre 39 prévoit effectivement cet ordre précis dans lequel les matières et, par extension, les marchandises, doivent être évaluées — Un examen des dispositions d'incompatibilité montrait que la règle d'exclusion générale figurant à la Note 1 et à l'alinéa p) de la Note 2 du Chapitre 39 n'a pas d'équivalent dans cette dernière — Il en découlait que, si les matières textiles de la Section XI ne sauraient être considérées comme des matières plastiques pour l'application des positions nos 39.01 à 39.14, l'inverse n'était pas nécessairement vrai, car les matières plastiques du Chapitre 39 pourraient possiblement être considérées comme des matières textiles au sens de la Section XI — C'est pourquoi le Tribunal doit d'abord déterminer si les matières sont des matières textiles et ensuite, et seulement ensuite, si elles ne le sont pas, évaluer si elles sont des matières plastiques au sens du Chapitre 39 — Dans le cas de positions incompatibles telles que les positions nos 63.07 et 39.26, la Note 1 du Chapitre 39 prévoit un ordre précis dans lequel les matières et, par extension, les marchandises doivent être évaluées — Le Tribunal n'a donc pas rejeté en bonne et due forme la proposition de l'appelant, voulant que la matière constitutive des marchandises soit classée comme matière textile, avant de conclure que les marchandises étaient faites de matières plastiques — Ce faisant, il a fait fi de la Note 1 du Chapitre 39 — Par conséquent, la décision du Tribunal a été annulée et l'affaire a été renvoyée à une autre formation du Tribunal pour réexamen conforme aux présents motifs — Appel accueilli.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. IMPEX SOLUTIONS INC. (A-296-19, 2020 CAF 171, juge LeBlanc, J.C.A., motifs du jugement en date du 15 octobre 2020, 34 p.)

DROITS DE LA PERSONNE

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne a décidé, aux termes de l'art. 41(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6 (la Loi), de statuer sur la plainte du défendeur — En l'absence de circonstances exceptionnelles, les parties à une instance administrative doivent épuiser les recours dans le cadre de cette instance avant de s'adresser aux tribunaux judiciaires — Ce principe a été appliqué dans la décision *Banque Laurentienne du Canada c. Fortin*, 2020 CF 921 (*Banque Laurentienne*) à l'égard d'une décision de statuer sur une plainte en matière de droits de la personne, où la Cour a conclu que la demande de contrôle judiciaire était prématurée — En l'espèce, la demanderesse a fait valoir qu'il était déraisonnable de la part de la Commission : de conclure que la plainte du défendeur n'était pas frivole; d'écarter son objection à la plainte fondée sur des motifs liés aux délais, et d'examiner la plainte malgré son caractère vexatoire — La demanderesse a fait valoir que la décision *Banque Laurentienne* était erronée et incompatible avec la jurisprudence — Il s'agissait de savoir si la demande en l'espèce devait être rejetée en raison de son caractère prématuré — La demande était prématurée — La Loi est conçue sur un modèle de « surveillance », plutôt que d'« accès direct » — Aux termes de l'art. 41(1), la Commission « statue sur » toute plainte dont elle est saisie à moins qu'« elle estime » que l'une de cinq situations trouve à s'appliquer — Vu le rôle de « surveillance » décrit dans cette disposition, la Commission ne devrait refuser de statuer sur une plainte que s'il est « évident » qu'elle relève de l'un des motifs d'irrecevabilité — En acceptant de statuer sur la plainte, la Commission ne rend pas une décision finale et ne décide d'aucun droit substantif des parties, mais elle exerce plutôt un rôle d'examen préliminaire et de filtrage — Dans toutes les décisions citées par la demanderesse, la question de la prématurité n'a pas été abordée par la Cour, et elle n'a pas été soulevée — Ces décisions n'appuient pas le principe portant que le contrôle judiciaire n'est pas prématuré lorsque cette question n'a pas été abordée — Le contrôle judiciaire est un recours intrinsèquement discrétionnaire — Le fait que la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire d'instruire un contrôle judiciaire sur le fond dans d'autres affaires où la question de la prématurité n'était pas soulevée ne veut pas dire qu'elle a tort d'appliquer le principe de non-intervention lorsqu'elle refuse d'exercer sa compétence dans une affaire ultérieure — Les décisions citées par la demanderesse ne supplantent pas l'arrêt *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, un précédent contraignant de la Cour d'appel fédérale, où la Cour a déclaré que les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés — Même si le cadre législatif dans l'arrêt *C.B. Powell* prévoyait un mécanisme d'appel, le principe plus large affirmé par la Cour d'appel fédérale s'applique bien au-delà du contexte administratif — Bien que le législateur ait

DROITS DE LA PERSONNE—Fin

créé un mécanisme par lequel les plaintes non fondées pourraient être rejetées dès les premières étapes, cela ne signifie pas qu'il entendait exercer une surveillance judiciaire à chaque étape du processus de traitement des plaintes relatives aux droits de la personne — L'expression « [la Commission] estime » signale l'intention de confier la décision au décideur administratif — La décision *Banque Laurentienne* n'était pas erronée et elle concorde à la fois avec la jurisprudence interprétant l'art. 41(1) et avec celle qui applique le principe général de non-intervention dans les processus administratifs en cours — Les demandes de contrôle judiciaire visant une décision de la Commission prise aux termes de l'art. 41(1) de statuer sur une plainte sont prématurées en l'absence de circonstances exceptionnelles — Il n'existait pas de telles circonstances en l'espèce — Demande rejetée.

BANQUE DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE C. WILLIAMS (T-1189-19, 2020 CF 1127, juge McHaffie, motifs du jugement en date du 7 décembre 2020, 17 p.)

GRC

Appel du jugement de la Cour fédérale (2018 CF 1122), qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé concernant la décision rendue par une arbitre de niveau II nommée en application de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10 — L'arbitre avait rejeté le grief de l'intimé qui demandait que la solde de service soit incluse dans le montant forfaitaire des congés annuels qu'il a reçu lorsqu'il a pris sa retraite de la GRC — L'intimé a ensuite demandé un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale — La Cour fédérale a estimé que la décision de l'arbitre était déraisonnable et a renvoyé l'affaire avec des instructions pour que l'arbitre adopte une interprétation qui confirme la position de l'intimé — Avant de prendre sa retraite, l'intimé était un membre régulier de la GRC; il comptait 37 ans de service au sein de la GRC; il détenait le grade de sergent d'état-major — Lorsqu'il était employé, l'intimé avait droit à un congé annuel payé et à une solde de service, correspondant à la somme payée aux membres de la GRC qui y ont droit sur chaque chèque de paie reçu aux deux semaines et basée sur leur ancienneté — Au moment de prendre sa retraite, l'intimé percevait une solde de service au taux maximum de 10,5 % de sa rémunération en tant que sergent d'état-major — Juste avant de prendre sa retraite en 2012, l'intimé avait accumulé 1 398 heures de congé annuel qu'il n'avait pas pu utiliser au cours de sa carrière — Dans ce contexte, l'intimé a choisi de prendre sa retraite et de se faire payer un montant forfaitaire pour les congés annuels non utilisés plutôt que de prendre le congé et de reporter la date de son départ à la retraite jusqu'à ce que ses crédits de congé soient épuisés — À la suite du départ à la retraite et du renvoi de l'intimé, la GRC lui a versé la valeur de ses crédits de congé annuel accumulés, mais n'a pas ajouté aux congés annuels de montant pour la solde de service — Le Manuel d'administration et le Manuel national de la rémunération de la GRC définissent les conditions d'emploi des membres de la GRC — La disposition clé du présent appel était l'article 7.1 au chapitre 19.1 du Manuel d'administration, qui prescrivait à l'époque que, lorsque le membre est renvoyé de la GRC ou qu'il décède, le membre ou sa succession reçoit un montant égal au nombre de jours de congé annuel acquis mais non utilisés au crédit du membre, **calculé à son taux de rémunération du niveau de titularisation** [*« substantive salary » en anglais*] le jour du renvoi ou du décès — L'expression « *substantive salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération du niveau de titularisation ») et le terme « *substantive* » ([TRADUCTION] « niveau de titularisation ») ne sont définis dans aucun des deux manuels — Le Manuel national de la rémunération de la GRC, à l'époque pertinente, prescrivait dans la section [TRADUCTION] « Définitions » que le terme « *salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération ») signifie [TRADUCTION] « un taux de rémunération annuel; **pas une indemnité** ni aucune autre indemnisation [...] » — L'intimé a déposé un grief dans lequel il demandait, entre autres, le paiement de la solde de service contestée — À l'époque, la Loi et les *Consignes du commissaire (Griefs)*, DORS/2003-181, prévoyaient une procédure de règlement des griefs à deux niveaux, où les audiences au deuxième palier étaient menées *de novo* — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a correctement contrôlé la décision de l'arbitre — Le juge Boivin, J.C.A. (la juge Rivoalen, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La décision de l'arbitre était raisonnable — Bien qu'il aurait été préférable que l'arbitre reconnaisse la définition du terme [TRADUCTION] « indemnité » en concluant que la solde de service était une [TRADUCTION] « indemnité » exclue de la définition du terme « *salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération »), cette prétendue lacune ne justifiait pas à elle seule de conclure que la décision était déraisonnable dans son ensemble — Le dossier démontrait non seulement que la définition du terme [TRADUCTION] « indemnité » n'était pas au centre des observations de l'intimé au stade administratif, mais qu'elle n'était pas déterminante pour l'affaire — Que la solde de service soit considérée comme une [TRADUCTION] « indemnité » exclue de la définition du terme « *salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération ») ou non, l'arbitre devait encore se pencher sur l'effet du terme « *substantive* » ([TRADUCTION] « niveau de titularisation ») à l'art. 7.1 du Manuel d'administration de la GRC — C'est précisément ce qu'a fait l'arbitre, en formulant d'autres conclusions qui étaient indépendantes de la notion que la solde de service est une [TRADUCTION] « indemnité » et qui justifiaient sa conclusion finale selon laquelle l'intimé n'a pas démontré que le montant d'argent qu'il a reçu n'était pas conforme aux lois et aux politiques générales pertinentes — Selon le dossier qui lui a été soumis, l'arbitre a fait remarquer à juste titre que le [TRADUCTION] « nœud du litige » concernait la définition de l'expression « *substantive salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération du niveau de titularisation ») à l'art. 7.1 du chapitre 19.1 du Manuel

GRC—Fin

d'administration de la GRC et elle a signalé qu'elle se concentrait sur ce chapitre, qui concerne les congés annuels — Au lieu de s'appuyer sur sa conclusion que la solde de service était une [TRADUCTION] « indemnité », l'arbitre s'est penchée sur l'incidence du terme « *substantive* » ([TRADUCTION] « niveau de titularisation ») figurant à l'art. 7.1 — Dans les circonstances où l'expression « *substantive salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération du niveau de titularisation ») n'était pas définie dans les manuels de politique générale applicables ou dans les lois habilitantes à l'époque, elle a raisonnablement conclu que le terme « *substantive* » ([TRADUCTION] « niveau de titularisation ») avait une connotation restrictive et [TRADUCTION] « qualifi[ait] une rémunération de base dénuée de toute autre forme de rémunération » — L'arbitre a également répondu à l'argument de l'intimé selon lequel le fait d'exclure la solde de service du « *substantive salary* » ([TRADUCTION] « taux de rémunération du niveau de titularisation ») figurant à l'art. 7.1 du chapitre 19.1 du Manuel d'administration de la GRC créait une iniquité — En outre, l'arbitre a fourni une explication cohérente et intelligible de la raison pour laquelle la solde de service n'est pas liée aux congés annuels, mais à la rémunération aux deux semaines d'un membre, qu'un membre renvoyé ne reçoit plus — Aucune de ces conclusions supplémentaires ne dépendait de la notion selon laquelle la solde de service est une [TRADUCTION] « indemnité »; elles ont plutôt démontré une analyse appropriée de l'art. 7.1 du Manuel d'administration de la GRC dans son contexte, conduisant ainsi à une conclusion transparente, intelligible et justifiable que le paiement des congés annuels qu'a reçu l'intimé a été calculé correctement de manière à exclure la solde de service conformément aux lois et aux politiques générales pertinentes — L'arbitre n'était pas tenue d'aborder explicitement, dans ses motifs, une modification du Manuel national de la rémunération de la GRC, après le départ à la retraite de l'intimé, concernant la solde de service; cette omission était relativement insignifiante — La décision de l'arbitre était raisonnable et ses motifs l'ont démontré — La Cour fédérale a correctement déterminé la norme de contrôle applicable comme étant celle de la décision raisonnable — Toutefois, elle a procédé à sa propre analyse de la manière dont les dispositions pertinentes du Manuel d'administration de la GRC et du Manuel national de la rémunération devraient être interprétées — Par conséquent, elle n'a pas fait preuve de suffisamment de déférence et s'est clairement engagée dans un contrôle déguisé selon la norme de la décision correcte, s'est concentrée à tort sur sa propre interprétation des manuels de politique de la GRC et a comparé cette interprétation à celle de l'arbitre, en utilisant sa propre interprétation comme critère pour ensuite jauger ce qu'a fait l'arbitre — L'appel a par conséquent été accueilli, le jugement de la Cour fédérale a été annulé, la demande de contrôle judiciaire a été rejetée et la décision de l'arbitre a été rétablie — La juge Gleason, J.C.A. (dissidente) : La décision de l'arbitre était déraisonnable et devait être annulée — L'examen par l'arbitre de niveau II du sens à donner à l'adjectif « *substantive* » et l'examen des définitions du dictionnaire de ce mot étaient totalement hors de propos par rapport aux questions sur lesquelles l'arbitre a été appelée à se prononcer — L'adjectif « *substantive* » est un terme technique utilisé dans la fonction publique fédérale pour désigner le poste permanent auquel l'employé a été nommé, par opposition à une affectation intérimaire — Dans le contexte des dispositions pertinentes des manuels de la GRC, le terme « *substantive* » signifie simplement que la rémunération à verser au moment de la retraite est celle qui s'applique au poste permanent ou au poste d'attache du membre qui prend sa retraite — Cela laissait sans réponse la question qui était au cœur du litige que devait trancher l'arbitre, à savoir si le taux de rémunération pour ce poste incluait ou non la solde de service — Au centre de cette question clé se trouvaient les questions auxquelles l'arbitre ne s'est pas attaquées, à savoir comment concilier les définitions contradictoires, dans les manuels, des mots [TRADUCTION] « taux de rémunération » et [TRADUCTION] « indemnité », dont l'une inclurait la solde de service dans l'expression [TRADUCTION] « taux de rémunération du niveau de titularisation » [« *substantive salary* »], et l'autre non — L'omission d'aborder ce conflit – qui a été soulevé par l'intimé – a rendu la décision de l'arbitre de niveau II déraisonnable — Appel accueilli, la juge Gleason, J.C.A., étant dissidente.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. ZALYS (A-406-18, 2020 CAF 81, juges Boivin et Gleason, J.C.A., motifs du jugement en date du 28 avril 2020, 43 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

COTISATION ET NOUVELLE COTISATION

Perte déductible au titre d'un placement d'entreprise — Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2019 CCI 161) par laquelle celle-ci a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre la nouvelle cotisation lui refusant les déductions qu'elle avait demandées pour une perte déductible au titre d'un placement d'entreprise (PDTPE) et pour certains frais d'intérêts à l'égard de son année d'imposition 2011 — L'appelante est une filiale à cent pour cent de B.W. Strassburger Ltd. (BWS) — BWS a acquis des actions ordinaires et des actions privilégiées sans droit de vote de Vidabode, une société productrice de ciment — Elle a pris les dispositions nécessaires pour que GE Capital fournisse un financement à Vidabode — L'appelante et BWS ont garanti la dette envers GE Capital — Vidabode a enregistré des pertes entre 2005 et 2009 — L'appelante a emprunté plus de 14 million de dollars à la Banque TD pour payer le prix de souscription des actions de Vidabode émises à l'intention de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'appelante — Vidabode a dès lors utilisé cet argent pour rembourser GE Capital — Elle a émis à l'intention de l'appelante un total de 19 343 493 actions ordinaires — L'appelante a fait état d'une PDTPE de la moitié de la valeur des actions émises — Les parties avaient convenu, avant l'audience devant la C.C.I., que la juste valeur marchande des actions acquises par l'appelante était nulle — Si l'appelante et Vidabode avaient entre elles un lien de dépendance, la première serait réputée avoir acheté les actions pour cette somme — Si le prix de base rajusté des actions était nul, la disposition de celles-ci n'aurait pas entraîné de perte en capital, ni par conséquent de PDTPE — La C.C.I. a conclu que l'appelante et Vidabode avaient entre elles un lien de dépendance au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 — Par conséquent, l'appelante n'a pas réalisé de PDTPE — Concernant les intérêts à payer sur la somme empruntée par l'appelante pour acquérir les actions, la C.C.I. a conclu que cet emprunt n'avait pas été contracté en vue de gagner un revenu — Par conséquent, l'appelante ne pouvait se prévaloir d'une déduction pour ces intérêts — Il s'agissait principalement de savoir si la C.C.I. a commis une erreur en concluant que Vidabode et l'appelante avaient entre elles un lien de dépendance — La C.C.I. n'a pas commis d'erreur en concluant que l'appelante et Vidabode avaient entre elles un lien de dépendance lorsque la première a acquis des actions de la seconde — Une PDTPE ne peut être déclarée que relativement à une perte en capital réalisée par suite de la disposition d'actions d'une société exploitant une petite entreprise (au sens de l'art. 248(1) de la Loi), ou de la disposition d'une créance d'une telle société (art. 39(1)c) de la Loi) — Si le contribuable est une société, sa créance doit être sur une autre société avec laquelle il n'a pas de lien de dépendance (art. 39(1)c)(iv) de la Loi) — On n'a produit que très peu d'éléments de preuve éclairant les interactions entre l'appelante et Vidabode concernant l'acquisition des actions en cause — Il était nécessaire de définir l'expression « lien de dépendance » pour l'application de la Loi — La question en l'espèce était celle de savoir si l'appelante avait un lien de dépendance avec Vidabode lorsqu'elle a acquis les actions de cette dernière, et non celle de savoir si l'appelante contrôlait Vidabode, directement ou indirectement, de quelque manière que ce soit, pour l'application de l'art. 256(5.1) de la Loi — La C.C.I. a commis une erreur de droit en s'appuyant sur l'arrêt *McGillivray Restaurant Ltd. c. Canada*, 2016 CAF 99, [2017] 1 R.C.F. 209 (*McGillivray Restaurant*) — La question à trancher dans cette affaire était celle de savoir si deux sociétés étaient associées l'une à l'autre — La question en l'espèce était celle de savoir si l'appelante avait un lien de dépendance avec Vidabode lorsqu'elle a acquis les actions de cette dernière — Il était nécessaire d'examiner la jurisprudence portant sur cette question — Il n'existe pas de différence concrète entre les concepts de contrôle de fait et de « cerveau dirigeant » lorsqu'il s'agit d'établir si deux personnes ont ou non entre elles un lien de dépendance — La seule source possible de fonds pour rembourser GE Capital était l'appelante — Selon toute vraisemblance, l'appelante contrôlait les deux parties à l'opération portant sur l'émission d'actions de Vidabode à son intention — Vidabode était absolument esclave des intérêts de l'appelante et de BWS — Le degré de dépendance financière où se trouvait Vidabode à l'égard de l'appelante et de BWS constituait un facteur important montrant que l'appelante et Vidabode avaient entre elles un lien de dépendance — Dans un cas où l'on paie plus de 14 millions de dollars pour des actions de valeur nulle, l'ampleur de l'écart incite à douter de l'absence de lien de dépendance entre les parties à l'opération — En toute probabilité, l'appelante dirigeait les deux parties à l'opération liée à l'acquisition des actions ordinaires de Vidabode — Appel rejeté.

KEYBRAND FOODS INC. C. CANADA (A-354-19, 2020 CAF 201, juge Webb, J.C.A., motifs du jugement en date du 19 novembre 2020, 34 p.)

PRATIQUE

Demandes de contrôle judiciaire relatives à des demandes péremptoires de renseignements (DPR) délivrées par un représentant de la ministre du Revenu national au titre de l'art. 231.2(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 — Les demandeurs sont deux personnes physiques et une personne morale — Les DPR visaient notamment à obtenir la production de renseignements et de documents concernant certaines sociétés, sociétés étrangères et filiales et, plus précisément, des renseignements bancaires — Il s'agissait principalement de savoir si les DPR étaient invalides parce que la ministre n'avait pas obtenu l'autorisation judiciaire exigée par l'art. 231.2(2) de la Loi relativement aux personnes non désignées nommément et qu'elle n'a pas respecté les critères énoncés à l'art. 231.6 de la Loi à l'égard des renseignements étrangers — Le différend portait sur le sens des mots « personnes non désignées nommément » aux art. 231.2(2) et (3) — Les demandeurs ont fait valoir qu'il s'agit des personnes non désignées nommément dans les DPR alors que, de l'avis du défendeur, il s'agit des personnes inconnues de la ministre — La Cour devait décider s'il était raisonnable de la part du décideur de délivrer les DPR sans d'abord solliciter une autorisation judiciaire au titre de l'art. 231.2(3) — La décision selon laquelle aucune autorisation judiciaire ne devait être obtenue avant la délivrance des DPR peut être considérée comme une décision implicite — L'analyse du caractère raisonnable de la décision portait sur le résultat de la décision de ne pas suivre le processus visé aux art. 231.2(2) et (3) — La conclusion dans la décision *Canadian Forest Products Ltd. c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1996] A.C.F. n° 1147 (QL) (1^{re} inst.), selon laquelle les dispositions relatives aux personnes non désignées nommément s'appliquaient chaque fois que

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

le ministre sollicitait des renseignements au sujet d'une personne non désignée nommément, que cette personne fasse ou non l'objet de l'enquête, ne correspondait plus à l'état actuel du droit — Il était difficile de s'attendre à ce que le décideur présente une demande au titre de l'art. 231.2(3) afin de convaincre la Cour que les personnes au sujet desquelles la ministre souhaitait mener une enquête étaient identifiables, alors que la ministre connaissait effectivement l'identité des personnes en question — Il était raisonnable de la part du décideur de délivrer les DPR sans solliciter préalablement une autorisation judiciaire à cette fin — Il n'y avait aucune raison de conclure, à la lumière des arguments des demandeurs concernant les dispositions relatives aux renseignements étrangers, que le décideur avait agi de manière déraisonnable en délivrant les DPR au titre de l'art. 231.2(1) — Il n'y avait aucune preuve convaincante que le régime légal de la LIR permet à la ministre d'exiger la communication des renseignements étrangers au moyen de l'art. 231.2(1) — Le dossier n'indiquait pas l'endroit où se trouvaient les renseignements et documents demandés — Le rôle de la Cour consistait à déterminer s'il était raisonnable de la part du décideur de délivrer les DPR au titre de l'art. 231.2 plutôt que de l'art. 231.6 — La ministre a le droit de procéder à « une foule de contrôles » dans le cadre des efforts qu'elle déploie pour vérifier si une personne s'est conformée à la Loi — Il n'est pas nécessaire de déterminer l'emplacement des documents et renseignements demandés avant de délivrer la demande en question — Il n'a pas été établi que l'utilisation simultanée des art. 231.2 et 231.6 donne lieu à une contradiction — Les demandes ont été rejetées dans les dossiers T-1439-18, T-1440-18, T-1451-18 et T-1452-18 — La demande a été accueillie dans le dossier T-1501-18.

GHERMEZIAN C. CANADA (PROCURÉUR GÉNÉRAL) (T-1439-18, T-1440-18, T-1451-18, T-1452-18, T-1501-18, 2020 CF 1137, juge Southcott, motifs du jugement en date du 9 décembre 2020, 83 p.)

PÊCHES

Contrôle judiciaire de la décision rendue par le sous-ministre (SM) du ministère des Pêches et des Océans du Canada (MPO), qui a rejeté la demande d'autorisation du demandeur en vue de continuer à recourir à un exploitant substitut pour des raisons médicales (ESM) pour son permis de pêche au homard — Le SM a rejeté la demande du demandeur au motif que la période en question dépassait la limite de cinq ans pour recourir à un ESM, établie à l'art. 11(11) de la *Politique d'émission des permis pour la pêche commerciale dans l'Est du Canada – 1996* (la Politique de 1996) — Le SM a conclu que les circonstances invoquées par le demandeur pour appuyer sa demande d'exception à la politique en question ne constituaient pas des circonstances atténuantes justifiant une exception — Le demandeur est un pêcheur titulaire d'un permis de propriétaire-exploitant qui l'autorise à pêcher le homard en Nouvelle-Écosse — Le permis visé par la présente demande autorisait le demandeur à pêcher le homard sur la côte sud-ouest de la Nouvelle-Écosse — Le demandeur détenait le permis depuis 2007; il l'a exploité personnellement et a pêché à temps plein jusqu'à ce qu'un problème de santé l'en empêche — Le demandeur avait des problèmes aux jambes; en raison de son état, il était incapable de satisfaire aux exigences physiques quotidiennes associées à l'exploitation à temps plein de son bateau de pêche — Par conséquent, il a demandé au MPO une autorisation de recourir à un ESM, autorisation qui lui a été accordée — L'autorisation visant le recours à un ESM a pour but de permettre à une autre personne d'exercer les activités autorisées au titre d'un permis de pêche lorsque la maladie empêche le titulaire du permis d'exploiter personnellement un bateau de pêche — Dans la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire et sur la recommandation de l'Office des appels relatifs aux permis de pêche de l'Atlantique (OAPPA) et du MPO, le SM a rejeté l'appel du demandeur — Cette décision renvoyait à l'art. 23(2) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, pris sous le régime de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, et à l'art. 11(11) de la Politique de 1996 — Dans la décision, le SM n'a pas fait expressément référence aux arguments relatifs à la *Charte canadienne des droits et libertés* soulevés par le demandeur — Néanmoins, tout au long de la procédure judiciaire qui a suivi, le MPO a continué d'autoriser le demandeur à avoir recours à un ESM pour pêcher conformément à son permis, jusqu'à la saison de pêche se terminant le 31 juillet 2019, mais le MPO n'a pas fourni une telle autorisation au-delà de cette date — Le demandeur a demandé à la Cour fédérale et a obtenu une mesure interlocutoire en attendant l'issue de sa demande de contrôle judiciaire — Cette injonction autorisait le demandeur à avoir recours à un ESM pour le reste de la période de pêche durant l'année civile 2019 — Le demandeur visait à obtenir, plus particulièrement, une ordonnance annulant la décision du SM, au motif qu'elle était incorrecte ou déraisonnable; une déclaration selon laquelle la décision était discriminatoire et contraire à l'art. 15(1) de la Charte; une déclaration selon laquelle la limite de cinq ans prévue à l'art. 11(11) de la Politique de 1996 contrevenait à l'art. 15(1) de la Charte; une déclaration selon laquelle tout pouvoir discrétionnaire délégué par le ministre des Pêches et des Océans (le ministre) au SM en matière de délivrance de permis était assujéti à l'art. 15(1) de la Charte — Il s'agissait principalement de savoir si la décision était correcte ou raisonnable; si la limite de cinq ans prévue dans la Politique de 1996 était discriminatoire et inopérante du fait qu'elle contrevenait à la Charte — Les protections doivent être touchées le moins possible, compte tenu des objectifs législatifs applicables — Ce principe ne signifie pas que le décideur administratif doit choisir la possibilité qui restreint le moins la protection conférée par la Charte — Cependant, si le décideur rejette une possibilité ou une solution dont il disposait raisonnablement et qui serait susceptible de réduire

PÊCHES—Fin

l'incidence sur le droit protégé, tout en lui permettant de favoriser suffisamment la réalisation des objectifs pertinents, une telle décision ne se situerait pas à l'intérieur d'une gamme d'issues raisonnables du contrôle judiciaire ni ne représenterait la mise en balance proportionnée requise — Le critère établi dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. Alliance du personnel professionnel et technique de la santé et des services sociaux*, 2018 CSC 17, [2018] 1 R.C.S. 464 (*Alliance*), régissait la question préliminaire de savoir si l'art. 15 de la Charte s'appliquait à la décision — Le critère comporte deux étapes : dans un premier temps, il faut déterminer si la loi contestée crée, à première vue ou de par son effet, une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue, et, dans l'affirmative, si la loi impose un fardeau ou nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de péter ou d'accentuer le désavantage — Il a été satisfait aux deux étapes du critère établi dans l'arrêt *Alliance* — La décision du ministre de refuser d'accorder au demandeur l'autorisation visant le recours à un ESM, dont le demandeur a besoin pour pêcher conformément à son permis, faisait nécessairement intervenir ses droits garantis par l'art. 15(1) de la Charte, en tant que personne ayant une déficience physique — Le demandeur a présenté des arguments fondés sur la Charte relativement à la Politique de 1996 et à la décision même — L'OAPPA a conclu que l'examen de la question se rapportant à l'art. 15(1) de la Charte ne relevait pas de son mandat et a donc choisi de ne pas formuler de recommandation à ce sujet — Les documents de recommandation en cause montrent que l'objectif stratégique de soutenir une flottille de propriétaires-exploitants a été pris en considération et qu'il était craint qu'un accès plus généreux aux autorisations visant le recours à un ESM entraîne des abus qui iraient à l'encontre de cet objectif, mais ni les documents de recommandation ni la décision n'ont démontré que l'incidence de ces considérations stratégiques sur les droits à l'égalité du demandeur a été prise en considération — La conclusion selon laquelle une période de cinq ans était un délai raisonnable pour qu'un titulaire de permis incapable de l'exploiter personnellement prenne d'autres arrangements (c.-à-d. quitter le secteur de la pêche) est passée à côté de l'idée de l'argument du demandeur fondé sur la Charte, c'est-à-dire que, en tant que personne ayant une déficience, il ne devrait pas être obligé de renoncer au gagne-pain de son choix — La gravité de ce résultat et les objectifs de la politique n'ont pas été mis en balance, tout comme la question de savoir si ces objectifs pourraient raisonnablement être atteints d'une manière qui réduirait l'incidence sur les droits à l'égalité du demandeur n'a pas été prise en considération — La décision n'a pas démontré que le SM était conscient de l'exigence de procéder à une telle mise en balance — Les droits à l'égalité prévus à l'art. 15(1) s'appliquaient à la décision et ces droits n'ont pas été pris en considération — Bien que, de toute évidence, les art. 22 et 23 du Règlement autorisent le ministre à imposer des conditions liées aux permis, y compris autoriser une personne autre que le titulaire de permis à exercer l'activité au titre du permis, lorsque le titulaire est incapable de le faire en raison de circonstances indépendantes de sa volonté, ces articles n'autorisent pas le ministre à établir des règles stratégiques obligatoires régissant l'exercice d'un tel pouvoir — Les politiques comme la Politique de 1996, que le ministre a le pouvoir d'adopter, ne sont pas des lois et ne peuvent pas être traitées comme telles par le décideur — L'art. 11(11) prévoit que le MPO peut autoriser la désignation d'un ESM pour la durée du permis et qu'une telle désignation ne peut dépasser une période totale de cinq ans — Cependant, de toute évidence, la limite de cinq ans n'est pas censée être contraignante — Si elle l'était, elle entrerait en conflit avec l'art. 23 du Règlement, qui ne prévoit aucune limite de ce genre, et constituerait une entrave illégale au pouvoir discrétionnaire du ministre — Par conséquent, l'art. 11(11) de la Politique de 1996 n'est pas de nature législative et ne peut donc pas faire l'objet d'une contestation au titre de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — Décision annulée, affaire renvoyée au décideur pour qu'il rende une nouvelle décision, conformément aux présents motifs — Demande accueillie.

ROBINSON C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-562-19, 2020 CF 942, juge Southcott, motifs du jugement en date du 30 septembre 2020, 40 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

Contrôle judiciaire de la décision du tribunal d'appel de la Première Nation Thunderchild de destituer le demandeur d'un poste élu de conseiller — Le demandeur n'a pas établi sa résidence sur le territoire de Thunderchild après son élection — Il a admis qu'il résidait à Saskatoon — Des citoyens de Thunderchild ont présenté une demande auprès du tribunal d'appel pour que le demandeur soit destitué du conseil, puisqu'il ne s'était pas conformé à l'art. 3.02g) de la *Thunderchild First Nation Election Act* (la loi électorale) — Le demandeur et le gouvernement de Thunderchild ont soutenu que l'exigence de résidence établie aux art. 3.02g) et h) allait à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en ce qui a trait aux conseillers — Le tribunal d'appel a refusé d'invalider les art. 3.02g) et h) — Il a déclaré que sa compétence n'inclut pas le pouvoir d'invalider une loi qui a été interprétée comme allant à l'encontre de la Charte — Il s'agissait de savoir si le tribunal d'appel a compétence pour décider si l'exigence de résidence va à l'encontre de la Charte — Le tribunal d'appel a compétence pour statuer sur la prétention du demandeur selon laquelle les art. 3.02g) et h) sont inopérants — Les questions de savoir si la Charte s'applique à

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

une loi autochtone telle la loi électorale et qui, le cas échéant, a compétence pour trancher la question, ont été soulevées — La Cour était liée par la décision de la Cour d’appel fédérale dans l’affaire *Taypotat c. Première Nation de Kahkewistahaw*, 2013 CAF 192, selon laquelle la Charte s’applique aux lois électorales des Premières Nations, comme la loi électorale — Le tribunal d’appel électorale des Premières Nations est présumé avoir compétence sur les questions constitutionnelles à moins que sa législation habilitante ne contienne une exclusion explicite — En l’espèce, la présomption n’a pas été réfutée — La Constitution de Thunderchild donne au tribunal d’appel un rôle important à cet égard — Par conséquent, le tribunal d’appel a compétence pour juger que certaines dispositions de la loi électorale vont à l’encontre de la Charte et sont donc invalides — Le droit de Thunderchild et le droit canadien sont deux systèmes juridiques distincts, présentent un certain nombre de valeurs et de principes communs et ont des points de contact — L’un de ces points de contact directement pertinent en l’espèce est la création d’un système de gouvernance dans la Constitution de Thunderchild et la loi électorale, qui est reconnu par les autres ordres de gouvernement au Canada — Le recours au concept de la « coutume de la bande » dans la loi électorale et la loi sur le tribunal d’appel montre l’intention d’établir un point de contact entre le droit de Thunderchild et le droit canadien en ce qui concerne la gouvernance — Il faut présumer que Thunderchild avait l’intention de créer un système de gouvernance qui serait effectivement reconnu en vertu des lois fédérales — Cela donne à penser qu’elle voulait que son système de gouvernance soit conforme à la Charte — Ainsi, afin d’assurer cette reconnaissance, le pouvoir du tribunal d’appel de [TRADUCTION] « trancher toute question de droit », énoncé à l’art. 5.04c) de sa législation habilitante, doit inclure des questions de droit canadien, notamment des questions liées à la Charte — Le tribunal d’appel a supposé que le droit de Thunderchild et le droit canadien sont séparés à un degré qui n’est pas étayé par les propres textes constitutionnels et législatifs de Thunderchild — Il est courant aujourd’hui de demander aux tribunaux d’un système juridique de tenir compte des règles d’un autre système juridique — La décision a été annulée et l’affaire a été renvoyée au tribunal d’appel pour qu’il rende une nouvelle décision — Demande accueillie en partie.

LINKLATER C. PREMIÈRE NATION THUNDERCHILD (T-892-20, 2020 CF 1065, juge Grammond, motifs du jugement en date du 25 novembre 2020, 23 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Requête en radiation*

Requête en vue de radier la déclaration des demandeurs, sans autorisation de la modifier, déposée par les défendeurs pour le motif que la déclaration n’a révélé aucune cause d’action valable, en application de la règle 221 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Les demandeurs sont quinze enfants et jeunes de partout au Canada — La déclaration exposait le vécu de chacun des demandeurs en ce qui concerne le changement climatique — Bien qu’ils ne vivent pas tous au même endroit et que la situation de chacun soit différente, les demandeurs étaient unanimes quant aux effets négatifs du changement climatique sur leur santé physique, mentale et sociale ainsi que sur leur bien-être; ils ont allégué que le changement climatique a accentué la menace qui pèse sur les endroits où ils habitent, sur leur patrimoine culturel et sur leurs espoirs et aspirations pour l’avenir — Ils ont affirmé qu’en tant qu’enfants et jeunes, ils sont particulièrement vulnérables face au changement climatique en raison de leur stade de développement, de leur exposition accrue au risque et d’une prédisposition générale — La déclaration des demandeurs a porté tout particulièrement sur la contribution des gaz à effet de serre (GES) au changement climatique; elle a abordé le lien entre les effets cumulatifs des GES et les changements qui se produisent dans l’environnement; elle a mis en question l’ensemble du comportement présumé des défendeurs, comportement que les demandeurs associent aux émissions de GES — Le caractère justifiable de l’allégation était en cause ainsi que la question de savoir si les demandeurs ont soulevé des causes d’action valides en application des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — De plus, les parties ne s’entendaient pas sur l’opportunité de se fonder sur la « doctrine de la fiducie d’intérêt public » et d’utiliser celle-ci à l’instruction, selon la common law ou en tant que principe constitutionnel non écrit — Les demandeurs ont allégué que le comportement des défendeurs continue de causer, de favoriser et d’autoriser des émissions de GES incompatibles avec un [TRADUCTION] « système climatique stable »; ils ont avancé que le comportement reproché a porté atteinte de façon injustifiable à leurs droits (et aux droits des enfants et des jeunes au Canada) garantis par les art. 7 et 15 de la Charte — Ils ont ajouté que les défendeurs ne s’étaient pas acquittés de leurs obligations de fiducie publique en ce qui concerne les ressources mentionnées, faisant valoir un manquement aux obligations qui, selon eux, relève de la « doctrine de la fiducie d’intérêt public » — Les demandeurs ont sollicité diverses formes de réparation, notamment une ordonnance déclarant que les défendeurs ont l’obligation, en application de la common law et de la constitution, d’agir d’une manière compatible avec le maintien d’un système climatique stable — Il s’agissait de savoir s’il était évident et manifeste que les actes de procédure ne révélaient aucune cause d’action valable ou que

PRATIQUE—Suite

la demande n'avait aucune possibilité raisonnable d'être accueillie — Pour le déterminer, il fallait répondre à quatre sous-questions, soit celles de savoir si les revendications étaient justiciables; si la revendication fondée sur l'art. 7 de la Charte révélait une cause d'action valable; si la revendication fondée sur l'art. 15 de la Charte révélait une cause d'action valable; si la revendication fondée sur une « doctrine de la fiducie d'intérêt public » révélait une cause d'action valable — Les deux revendications formulées au titre des art. 7 et 15 n'étaient pas justiciables, mais la question liée à la doctrine de la fiducie d'intérêt public était justiciable — La justiciabilité porte sur le rôle qui revient à la Cour dans le cadre constitutionnel du Canada et sur la ligne de démarcation « traditionnelle » à respecter entre les pouvoirs des tribunaux et des autres branches de l'État; c'est une notion qui s'attache à l'objet du différend; il s'agit de décider si l'on est en présence d'une question qu'il convient de faire trancher par un tribunal — Les demandeurs ont soutenu que leur demande, quoique de nature systémique et complexe, n'était pas non justiciable pour autant; que le fait de demander à la Cour de déclarer que le comportement des défendeurs est inconstitutionnel était une question justiciable pour laquelle les tribunaux disposent tout à fait des attributions institutionnelles et de la légitimité requises, mais cette thèse n'a pas été retenue — La thèse des demandeurs n'a pas résisté au fait que certaines questions sont de nature si politique que les cours de justice sont incapables d'en traiter ou sont mal placées pour le faire; il s'agit notamment de questions d'interprétation fondée sur l'ordre public, c'est-à-dire d'interprétation à l'égard d'enjeux sociétaux importants — Pour faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte, les réponses politiques doivent se traduire par une mesure législative ou un acte de l'État — Une politique gouvernementale ou un ensemble de programmes gouvernementaux peut faire l'objet d'un examen fondé sur la Charte, mais l'approche des demandeurs consistant à reprocher aux défendeurs un nombre trop vaste et indéterminable d'actions et d'inactions ne respectait pas cette condition préliminaire et constituait effectivement une tentative d'examiner en fonction de la Charte une réponse politique globale en matière de changement climatique — La conclusion quant à la justiciabilité était appuyée à la fois par l'ampleur excessive et le caractère diffus du comportement reproché et par les réparations inadéquates recherchées par les demandeurs — Le caractère diffus du comportement reproché, tel qu'il a été exposé par les demandeurs, a effectivement mis en cause l'intégralité de la réponse politique globale du Canada en matière de changement climatique — La thèse des demandeurs minait cette fonction d'examen fondé sur la Charte, dont le but est de s'assurer de la constitutionnalité des mesures législatives et des actes de l'État, si les évaluations de violation de la Charte ne pouvaient être liées de manière précise à une mesure législative ou un acte de l'État — De plus, le caractère diffus de la demande qui ciblait tous les comportements engendrant des gaz à effet de serre ne pouvait pas être qualifié autrement qu'en donnant à penser que les demandeurs ont cherché à faire intervenir les tribunaux dans la réponse politique globale du Canada en matière de changement climatique — Lorsque les choix politiques se traduisent par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure ou cet acte ne doit pas porter atteinte aux droits constitutionnels des demandeurs — C'est donc précisément la mesure législative ou l'acte de l'État (ou peut-être un ensemble de mesures législatives ou d'actes de l'État) qui fait l'objet d'un examen fondé sur la Charte et qui est à la base du reste de l'analyse fondée sur la Charte — Bien que les réparations fondées sur la Charte ressemblent à première vue à des recours judiciaires, les demandeurs n'ont pas tenu compte du fait que le contexte général de la mesure de redressement demandée, en lien avec l'ampleur excessive de la revendication, a fait jouer à la Cour un rôle dépassant les limites imposées par la justiciabilité — Malgré l'existence d'un grand nombre de réparations fondées sur la Charte, les mesures de réparation proposées en l'espèce n'étaient pas légitimes dans le cadre de démocratie constitutionnelle du Canada — Le jugement déclaratoire, en lien avec une conclusion selon laquelle on a porté atteinte de façon injustifiable aux droits des demandeurs garantis par les art. 7 et 15 de la Charte et que les défendeurs n'ont pas respecté la doctrine de la fiducie d'intérêt public, n'aborde pas les préjudices sous-jacents créés par la mesure législative ou l'acte de l'État — L'ampleur du comportement reproché assujéti à l'examen a fait en sorte qu'on a demandé à la Cour de mener une enquête publique afin de juger de l'efficacité de l'approche globale des défendeurs en matière de changement climatique — La réparation convenable et juste dans le contexte d'une demande fondée sur la Charte fait appel à des moyens légitimes dans le cadre de notre démocratie constitutionnelle — Bien qu'il puisse être nécessaire d'innover et de créer des réparations afin de tenir compte des besoins en cause, ce n'était pas le cas en l'espèce — La déclaration n'a révélé aucune cause d'action valable — Sur la base des actes de procédure, les revendications au titre des art. 7 et 15 de la Charte, tout comme la revendication en lien avec la doctrine de la fiducie d'intérêt public, n'avaient aucune chance raisonnable de succès — Plus précisément, l'ampleur excessive et le caractère diffus du comportement reproché ne permettaient pas d'étayer une analyse au titre de l'art. 7 de la Charte — Les demandeurs n'ont pas fait ressortir de distinction fondée sur un acte de l'État ou une mesure constitutionnelle, ce qui est nécessaire pour une analyse au titre de l'art. 15 de la Charte — De plus, l'existence de la doctrine de la fiducie d'intérêt public, ainsi que l'ont allégué les demandeurs, n'est pas fondée en droit canadien — Il était évident et manifeste que les revendications liées à la doctrine de la fiducie d'intérêt public n'ont révélé aucune cause d'action valable — Requête accueillie.

PRATIQUE—Suite

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Appel de la décision (2019 CCI 121) de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.), qui a rejeté la requête de l'appelante visant à contraindre l'intimée, dans le cadre de l'interrogatoire préalable, à produire certains documents et à répondre à certaines questions — La requête déposée dans le contexte d'un appel devant la C.C.I. soulevait la question de savoir si, par ses activités commerciales, l'appelante exploitait une ou plusieurs entreprises, dans lequel cas elle devait payer de l'impôt en dépit du fait qu'elle était une fiducie régie par un compte d'épargne libre d'impôt — L'appelante a allégué que la C.C.I. avait commis plusieurs erreurs — L'appelante a fait valoir que la C.C.I. avait commis une erreur dans son application du droit aux faits de la présente affaire — La C.C.I. a conclu que certains documents dont l'appelante a demandé la production relevaient du domaine public — Ces documents étaient accessibles au public même s'ils étaient présumément difficiles à obtenir — La C.C.I. n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a qualifié la demande de l'appelante d'effort pour faire en sorte que l'intimée effectue ses recherches et lorsqu'elle a refusé d'ordonner la production des documents en cause — La Cour de l'impôt a refusé également d'ordonner que des documents internes du ministère des Finances soient produits et qu'il soit répondu à des questions concernant ces documents — La Cour s'est penchée sur les questions de l'appelante concernant le tableau caviardé, daté du mois de janvier 2007, qu'elle a obtenu par suite d'une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et dans lequel sont comparées les caractéristiques fiscales d'un CELI, d'un REER et d'un REEE proposés — L'appelante a notamment demandé quel était le sens de certains renvois dans le tableau, si le tableau témoignait de l'« objectif législatif et de la politique » du ministère des Finances et du législateur, de toute modification apportée à cette politique et des documents liés à cette politique modifiée — Elle a fait valoir que les documents internes caviardés du ministère des Finances étaient pertinents quant à l'interprétation de la loi et qu'ils devraient être produits sous une forme non caviardée — L'intimée a répondu que, pour être pertinents aux fins de l'interprétation de la loi, les documents doivent être accessibles au public — Il s'agissait de savoir si les documents en question dans le présent appel avaient une qualité institutionnelle telle qu'ils pouvaient représenter la position du gouvernement concernant les dispositions législatives en question — Dans la négative, ces documents n'étaient pas pertinents — Il s'agissait aussi de savoir si la C.C.I. a commis une erreur dans l'application du droit aux faits — La C.C.I. n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en refusant d'ordonner la production de copies non caviardées des documents internes en question et en refusant d'ordonner à l'intimée de répondre à des questions se rapportant à de tels documents — La C.C.I. n'a commis aucune erreur non plus lorsqu'elle a fait remarquer que les hypothèses de fait ressortissent aux actes de procédure et non à l'interrogatoire préalable, ou lorsqu'elle a conclu que l'intimée avait déjà communiqué sa position sur le droit — Une partie ne peut se servir de l'interrogatoire préalable pour poser des questions à la partie opposée dans le but de savoir quels documents au dossier seront invoqués et aux fins de quels arguments juridiques — De telles questions visent essentiellement à connaître l'argument juridique de la partie opposée plutôt que sa position sur le droit — Appel rejeté.

AHAMED C. CANADA (A-206-19, 2020 CAF 213, juge Locke, J.C.A., motifs du jugement en date du 10 décembre 2020, 18 p.)

COMMUNICATIONS PRIVILÉGIÉES

Appel d'une ordonnance rendue par la protonotaire rejetant la requête de la défenderesse Distrimedic qui désirait obtenir une ordonnance déclarant que la demanderesse, Richards Packaging Inc., ne pouvait pas alléguer un privilège relativement à des documents énumérés dans son registre des privilèges à jour qui a été transmis au procureur de la défenderesse sous le sceau de la confidentialité — Les parties sont des concurrentes directes dans le domaine des produits médicaux — La demanderesse a intenté une poursuite contre la défenderesse pour contrefaçon de trois de ses brevets canadiens — La défenderesse a fait valoir que l'un des brevets était invalide au motif qu'il a été redéveloppé en 2018 pour cibler les produits de la défenderesse — La demande de redélivrance a été faite pour le motif que l'agent de brevets avait commis des erreurs lors du dépôt de la première demande de brevet — La demanderesse et le cabinet d'avocats se sont échangés des documents et des communications de 2015 à 2018, y compris des documents et des communications que s'étaient auparavant échangés la demanderesse et l'agent de brevets — La protonotaire a conclu que tous les documents énumérés dans le registre des privilèges étaient protégés et qu'il n'existait aucune preuve étayant une perte du privilège ou une renonciation à celui-ci — Elle a énoncé trois exceptions restreintes à la confidentialité des communications entre un avocat et son client, dont celle qui était en litige en l'espèce : « dans les cas des communications criminelles en elles-mêmes ou qui tendraient à réaliser une fin criminelle » — Elle a conclu notamment que la demanderesse n'avait pas renoncé au privilège dans les sections caviardées des communications fournies au Bureau des brevets — Elle a rejeté l'argument de la défenderesse selon lequel le privilège ne s'appliquait pas aux documents, parce qu'ils ont

PRATIQUE—Suite

servi à faciliter la redélivrance d'un brevet dans un dessin inapproprié ou illégal — Enfin, elle a conclu que la limite prévue à l'art. 16.1(6) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, ne fait pas échec à l'existence du privilège de l'agent de brevets dans les communications entre la demanderesse et ses agents de brevets qui étaient demeurées confidentielles au cours des procédures de redélivrance — La défenderesse a soutenu que la protonotaire a commis une erreur d'interprétation législative en concluant que les mots « action ou procédure » figurant à l'art. 16.1(6) doivent être interprétés comme désignant les actions ou procédures qui demeurent en instance — Il s'agissait principalement de savoir si le protonotaire a commis une erreur dans son interprétation de l'art. 16.1(6) — La protonotaire n'a commis aucune erreur lorsqu'elle a conclu que l'art. 16.1(6) élargit de manière rétroactive le privilège des agents de brevets, comme le prévoit l'art. 16.1(1), sauf dans le cadre d'une procédure en instance qui a été intentée avant le 24 juin 2016 — La dernière phrase de l'art. 16.1(6) a pour but de maintenir les règles de divulgation qui étaient applicables dans une procédure qui était en instance lorsque l'art. 16.1 est entré en vigueur — Les art. 16.1(1) et (6) doivent être lus en parallèle — Les communications entre un agent de brevets et son client jouissent des mêmes protections que les communications entre un avocat et son client — L'exception que contient la dernière phrase de l'art. 16.1(6) est restrictive — Elle exclut de la protection rétroactive les procédures en instance à la date de son entrée en vigueur — La protonotaire n'a pas omis d'analyser correctement le processus de redélivrance et la divulgation par la demanderesse de certaines communications avec ses premiers agents de brevets — Elle n'a pas omis de tenir compte d'une preuve d'inconduite de la demanderesse dans le cadre de la demande de redélivrance du brevet — Appel rejeté.

RICHARDS PACKAGING INC. c. DISTRIMEDIC INC. (T-1606-18, 2020 CF 1162, juge Walker, motifs d'ordonnance en date du 17 décembre 2020, 28 p.)

RECOURS COLLECTIFS

Autorisation — Requête par laquelle les demanderesses ont cherché à obtenir une ordonnance autorisant la demande modifiée sous-jacente en tant que recours collectif au titre des paragraphes 334.14(2) et (3) ainsi que de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, et suivant les modalités énoncées à la règle 334.17, le groupe envisagé étant un groupe de défendeurs (par opposition à un demandeur ou à un groupe de demandeurs) — Les demanderesses sont des sociétés de production cinématographique qui ont allégué que leurs droits d'auteur sur plusieurs films ont été violés en ligne — Elles ont affirmé que les défendeurs ont téléversé et téléchargé illégalement leurs films à l'aide de réseaux poste-à-poste, ont fait la promotion de la disponibilité de films pouvant être téléchargés, n'ont pris aucune mesure raisonnable pour s'assurer que les deux premiers actes illégaux ne soient pas commis à l'égard de comptes Internet contrôlés par l'abonné à un compte Internet, défini comme étant une personne qui est contractuellement obligée de payer pour les services Internet offerts par un fournisseur de services Internet (FSI) — Au départ, les demanderesses ont cherché à décrire le groupe de défendeurs comme étant toutes les personnes physiques résidant au Canada définies comme étant des [TRADUCTION] « contrefacteurs directs », des [TRADUCTION] « contrefacteurs autorisateurs », ou les deux — Elles ont précisé en l'espèce que le groupe envisagé comprenait les contrefacteurs directs ou autorisateurs qui étaient également abonnés à un compte Internet — Les défendeurs ont nié avoir commis des actes illégaux, affirmant ne pas être personnellement au courant si quelqu'un utilisait la connexion Internet de Robert Salna pour télécharger les films des demanderesses — Monsieur Salna, le défendeur, offrait un accès Internet avec la location de son immeuble locatif — Il a prétendu ne jamais avoir contrôlé ou surveillé la nature des activités en ligne que les locataires menaient — Les demanderesses ont prétendu que leur demande satisfaisait aux conditions prévues au paragraphe 334.16(1) des Règles, que la demande révélait une cause d'action valable, qu'il y avait un groupe identifiable d'au moins deux défendeurs individuels, et que les réclamations des membres du groupe soulevaient des points de droit ou de fait communs — Selon les défendeurs, il ne convenait pas d'autoriser le recours collectif inverse — Ils ont affirmé notamment qu'il n'y avait pas suffisamment d'éléments communs dans la demande et qu'elle soulevait des points individuels exigeant un processus complexe d'appréciation des faits pour chaque membre du groupe — Il s'agissait de savoir si les demanderesses ont satisfait aux critères aux fins de l'autorisation — Les actes de procédure des demanderesses ne révélaient aucune cause d'action valable en ce qui concerne la violation initiale — Les demanderesses n'ont identifié aucun contrefacteur direct ou autorisateur dans leur avis de demande modifié — En l'absence d'un défendeur identifiable, il ne convient pas d'autoriser l'action comme recours collectif — Les demanderesses se sont fondées de façon injustifiée sur une lecture trop large de la décision *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Association canadienne des fournisseurs Internet*, 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, en faisant valoir qu'un contrefacteur autorisateur a l'obligation légale de surveiller les activités en ligne des personnes utilisant leur connexion Internet après la réception d'un avis de prétendue violation sous le régime d'« avis et avis », au titre de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42 — Elles n'ont pas invoqué les faits nécessaires pour établir leur allégation concernant la [TRADUCTION] « publicité de l'œuvre en vue de son téléchargement » — Les demanderesses n'ont pas fourni les faits substantiels nécessaires pour atteindre le seuil d'« un certain fondement factuel » et ainsi démontrer l'existence d'un groupe identifiable formé d'au moins

PRATIQUE—Fin

deux personnes — Les allégations des demanderesse selon lesquelles elles seraient en possession de milliers d'adresses IP qui auraient violé les droits d'auteur sur leurs films étaient insuffisantes pour constituer un certain fondement factuel à l'existence réelle d'un groupe formé d'au moins deux personnes — Au mieux, les demanderesse n'ont fourni la preuve que concernant une seule adresse IP ayant servi à la contrefaçon — La détermination de l'appartenance au groupe n'est pas vérifiable sans un examen approfondi, au fond, des questions relatives à la responsabilité personnelle — Le lien entre une adresse IP et la personne responsable de la violation du droit d'auteur est hautement technique et difficile à apprécier sans un examen, au fond, de ces questions — Les demanderesse n'ont avancé aucun point commun au-delà des première et deuxième questions — Le plan des demanderesse relativement à la poursuite de l'instance était ingérable — Un recours collectif n'était pas la meilleure procédure, parce que la demande soulevait de façon prédominante des points individuels au sein du groupe proposé — En outre, le plan s'appuyait principalement sur les ressources publiques comme moyen d'atteindre son but, qui est de nature privée — Il dépendait, dans une large mesure, du régime d'avis et avis — Cela est insoutenable et imposerait injustement un fardeau excessif aux FSI — Le régime d'avis et avis n'avait pas pour but d'établir un cadre exhaustif au moyen duquel les cas de violation en ligne du droit d'auteur pourraient être totalement éliminés — En s'appuyant sur le régime d'avis et avis, les demanderesse ont détourné l'objet et l'intention du Parlement à leurs propres fins — La réunion prévue aux règles 102 et 105 est une procédure préférable au recours collectif envisagé — Les représentants défendeurs proposés n'avaient pas la motivation nécessaire pour opposer une défense à la demande, avec diligence et vigueur — Le recours collectif inversé envisagé par les demanderesse n'a pas été autorisé — Les demanderesse n'ont pas satisfait à toutes les conditions énoncées à la règle 334.16 — Requête rejetée.

VOLTAGE PICTURES, LLC CANADA C. SALNA (T-662-16, 2019 CF 1412, juge Boswell, motifs du jugement en date du 12 novembre 2019, 55 p.)



2021 Volume 1

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOVIN, 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.

ARRÊTISTES

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

EMMA KALY

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

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

JUDGES OF THE FEDERAL COURTS

FEDERAL COURT OF APPEAL CHIEF JUSTICE

The Honourable MARC NOËL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 24, 1992;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) June 23, 1998;
Appointed October 9, 2014)*

FEDERAL COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable J.D. DENIS PELLETIER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) February 16, 1999;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001;
Supernumerary February 16, 2014)*

The Honourable JOHANNE GAUTHIER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 11, 2002;
Appointed October 20, 2011)*

The Honourable DAVID W. STRATAS
(Appointed December 11, 2009)

The Honourable WYMAN W. WEBB
(Appointed October 4, 2012; Supernumerary January 1, 2022)

The Honourable RICHARD BOIVIN
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;
Appointed April 10, 2014)*

The Honourable DONALD J. RENNIE
*(Appointed Judge of the Federal Court September 30, 2010;
Appointed February 26, 2015)*

The Honourable YVES de MONTIGNY
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2004;
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable MARY J.L. GLEASON
*(Appointed Judge of the Federal Court December 15, 2011;
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable JUDITH M. WOODS
*(Appointed Judge of the Tax Court of Canada March 20, 2003;
Appointed June 16, 2016; Supernumerary April 1, 2018)*

The Honourable JOHN B. LASKIN
(Appointed June 21, 2017)

The Honourable MARIANNE RIVOALEN
(Appointed September 21, 2018)

The Honourable GEORGE R. LOCKE
*(Appointed Judge of the Federal Court April 10, 2014;
Appointed March 7, 2019)*

The Honourable ANNE L. MACTAVISH
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2003;
Appointed June 22, 2019)*

The Honourable RENÉ LEBLANC
*(Appointed Judge of the Federal Court April 10, 2014;
Appointed April 28, 2020)*

The Honourable K.A. SIOBHAN MONAGHAN
(Appointed August 4, 2021)

The Honourable SYLVIE E. ROUSSEL
*(Appointed Judge of the Federal Court June 26, 2015;
Appointed April 19, 2022)*

**FEDERAL COURT
CHIEF JUSTICE**

The Honourable PAUL S. CRAMPTON
*(Appointed Judge of the Federal Court November 26, 2009;
Appointed December 15, 2011)*

**FEDERAL COURT
ASSOCIATE CHIEF JUSTICE**

The Honourable JOCELYNE GAGNÉ
*(Appointed Judge of the Federal Court May 31, 2012;
Appointed December 12, 2018)*

FEDERAL COURT JUDGES

The Honourable SANDRA J. SIMPSON
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;
Supernumerary June 10, 2012)*

The Honourable ELIZABETH HENEGHAN
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) November 15, 1999)*

The Honourable SIMON NOËL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) August 8, 2002;
Supernumerary September 1, 2017)*

The Honourable JAMES O'REILLY
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 12, 2002;
Supernumerary May 29, 2019)*

The Honourable RICHARD G. MOSLEY
(Appointed November 4, 2003; Supernumerary November 4, 2018)

The Honourable MICHEL M.J. SHORE
(Appointed November 4, 2003; Supernumerary March 21, 2018)

The Honourable MICHAEL L. PHELAN
(Appointed November 19, 2003; Supernumerary June 16, 2017)

The Honourable RUSSEL W. ZINN
(Appointed February 20, 2008)

The Honourable CATHERINE M. KANE
(Appointed June 21, 2012)

The Honourable MICHAEL D. MANSON
(Appointed October 4, 2012)

The Honourable YVAN ROY
(Appointed December 13, 2012)

The Honourable CECILY Y. STRICKLAND
(Appointed December 13, 2012)

The Honourable PETER B. ANNIS
(Appointed February 7, 2013; Supernumerary June 18, 2020)

The Honourable GLENNYS L. McVEIGH
(Appointed April 25, 2013)

The Honourable MARTINE ST-LOUIS
(Appointed April 10, 2014)

The Honourable HENRY S. BROWN
(Appointed June 13, 2014)

The Honourable ALAN DINER
(Appointed June 13, 2014)

The Honourable SIMON FOTHERGILL
(Appointed December 12, 2014)

The Honourable B. RICHARD BELL
(Appointed February 5, 2015)

The Honourable DENIS GASCON
(Appointed February 26, 2015)

The Honourable RICHARD F. SOUTHCOTT
(Appointed May 5, 2015)

The Honourable PATRICK K. GLEESON
(Appointed May 29, 2015)

The Honourable E. SUSAN ELLIOTT
(Appointed June 26, 2015)

The Honourable ANN MARIE McDONALD
(Appointed September 1, 2015)

The Honourable ROGER R. LAFRENIÈRE
*(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) April 1, 1999;
Appointed June 8, 2017; Supernumerary June 4, 2021)*

The Honourable WILLIAM F. PENTNEY
(Appointed June 21, 2017)

The Honourable SHIRZAD S. AHMED
(Appointed September 14, 2017)

The Honourable SÉBASTIEN GRAMMOND
(Appointed November 9, 2017)

The Honourable PAUL FAVEL
(Appointed December 11, 2017)

The Honourable ELIZABETH WALKER
(Appointed February 26, 2018)

The Honourable JOHN NORRIS
(Appointed February 26, 2018)

The Honourable PETER G. PAMEL
(Appointed May 2, 2019)

The Honourable NICHOLAS McHAFFIE
(Appointed May 2, 2019)

The Honourable JANET M. FUHRER
(Appointed June 27, 2019)

The Honourable CHRISTINE PALLOTTA
(Appointed January 30, 2020)

The Honourable ANDREW D. LITTLE
(Appointed April 28, 2020)

The Honourable ANGELA FURLANETTO
*(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court March 7, 2019;
Appointed February 26, 2021)*

The Honourable LOBAT SADREHASHEMI
(Appointed March 31, 2021)

JUDGES OF THE FEDERAL COURTS

The Honourable MANDY AYLEN
*(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court June 16, 2016;
Appointed August 4, 2021)*

The Honourable AVVY YAO-YAO GO
(Appointed August 4, 2021)

The Honourable VANESSA ROCHESTER
(Appointed August 4, 2021)

DEPUTY JUDGES

None at present

PROTHONOTARIES

MIREILLE TABIB
(Appointed April 22, 2003)

MARTHA MILCZYNSKI
(Appointed September 25, 2003)

KEVIN R. AALTO
(Appointed May 7, 2007)

KATHLEEN M. RING
(Appointed December 19, 2017)

ALEXANDRA STEELE
(Appointed May 15, 2018)

SYLVIE M. MOLGAT
(Appointed November 21, 2018)

CATHERINE A. COUGHLAN
(Appointed August 4, 2021)

L.E. TRENT HORNE
(Appointed August 4, 2021)

BENOIT M. DUCHESNE
(Appointed March 25, 2022)

JUGES DES COURS FÉDÉRALES

LE JUGE EN CHEF COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'honorable MARC NOËL
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 24 juin 1992; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 23 juin 1998; nommé le 9 octobre 2014)*

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'honorable J.D. DENIS PELLETIER
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 16 février 1999; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 14 décembre 2001; surnuméraire le 16 février 2014)*

L'honorable JOHANNE GAUTHIER
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 11 décembre 2002; nommée le 20 octobre 2011)*

L'honorable DAVID W. STRATAS
(nommé le 11 décembre 2009)

L'honorable WYMAN W. WEBB
(nommé le 4 octobre 2012; surnuméraire le 1 janvier 2022)

L'honorable RICHARD BOIVIN
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009;
nommé le 10 avril 2014)*

L'honorable DONALD J. RENNIE
*(nommé juge à la Cour fédérale le 30 septembre 2010;
nommé le 26 février 2015)*

L'honorable YVES de MONTIGNY
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2004;
nommé le 26 juin 2015)*

L'honorable MARY J.L. GLEASON
*(nommée juge à la Cour fédérale le 15 décembre 2011;
nommée le 26 juin 2015)*

L'honorable JUDITH M. WOODS
*(nommée juge à la Cour canadienne de l'impôt le 20 mars 2003;
nommée le 16 juin 2016; surnuméraire, le 1 avril 2018)*

L'honorable JOHN B. LASKIN
(nommé le 21 juin 2017)

L'honorable MARIANNE RIVOALEN
(nommée le 21 septembre 2018)

L'honorable GEORGE R. LOCKE
*(nommé juge à la Cour fédérale le 10 avril 2014;
nommé le 7 mars 2019)*

L'honorable ANNE L. MACTAVISH
*(nommée juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2003;
nommée le 22 juin 2019)*

L'honorable RENÉ LEBLANC
*(nommé juge à la Cour fédérale le 10 avril 2014;
nommé le 28 avril 2020)*

L'honorable K.A. SIOBHAN MONAGHAN
(nommée le 8 août 2021)

L'honorable SYLVIE E. ROUSSEL
*(nommée juge à la Cour fédérale le 26 juin 2015;
nommée le 19 avril 2022)*

**LE JUGE EN CHEF
COUR FÉDÉRALE**

L'honorable PAUL S. CRAMPTON
*(nommé juge à la Cour fédérale le 26 novembre 2009;
nommé le 15 décembre 2011)*

**LA JUGE EN CHEF ADJOINTE
COUR FÉDÉRALE**

L'honorable JOCELYNE GAGNÉ
*(nommée juge à la Cour fédérale le 31 mai 2012;
nommée le 12 décembre 2018)*

LES JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE

L'honorable SANDRA J. SIMPSON
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 10 juin 1993; surnuméraire le 10 juin 2012)*

L'honorable ELIZABETH HENEGHAN
*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 15 novembre 1999)*

L'honorable SIMON NOËL
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 août 2002; surnuméraire le 1^{er} septembre 2017)*

L'honorable JAMES O'REILLY
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 12 décembre 2002; surnuméraire le 29 mai 2019)*

L'honorable RICHARD G. MOSLEY
(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 4 novembre 2018)

L'honorable MICHEL M.J. SHORE
(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 21 mars 2018)

L'honorable MICHAEL L. PHELAN
(nommé le 19 novembre 2003; surnuméraire le 16 juin 2017)

L'honorable RUSSEL W. ZINN
(nommé le 20 février 2008)

L'honorable CATHERINE M. KANE
(nommée le 21 juin 2012)

L'honorable MICHAEL D. MANSON
(nommé le 4 octobre 2012)

L'honorable YVAN ROY
(nommé le 13 décembre 2012)

L'honorable CECILY Y. STRICKLAND
(nommée le 13 décembre 2012)

L'honorable PETER B. ANNIS
(nommé le 7 février 2013; surnuméraire le 18 juin 2020)

L'honorable GLENNYS L. McVEIGH
(nommée le 25 avril 2013)

L'honorable MARTINE ST-LOUIS
(nommée le 10 avril 2014)

L'honorable HENRY S. BROWN
(nommé le 13 juin 2014)

L'honorable ALAN DINER
(nommé le 13 juin 2014)

L'honorable SIMON FOTHERGILL
(nommé le 12 décembre 2014)

L'honorable B. RICHARD BELL
(nommé le 5 février 2015)

L'honorable DENIS GASCON
(nommé le 26 février 2015)

L'honorable RICHARD F. SOUTHCOTT
(nommé le 5 mai 2015)

L'honorable PATRICK K. GLEESON
(nommé le 29 mai 2015)

L'honorable E. SUSAN ELLIOTT
(nommée le 26 juin 2015)

L'honorable ANN MARIE McDONALD
(nommée le 1 septembre 2015)

L'honorable ROGER R. LAFRENIÈRE
*(nommé protonotaire de la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale) le 1^{er} avril 1999;
nommé le 8 juin 2017; surnuméraire le 4 juin 2021)*

L'honorable WILLIAM F. PENTNEY
(nommé le 21 juin 2017)

L'honorable SHIRZAD S. AHMED
(nommé le 14 septembre 2017)

L'honorable SÉBASTIEN GRAMMOND
(nommé le 9 novembre 2017)

L'honorable PAUL FAVEL
(nommé le 11 décembre 2017)

L'honorable ELIZABETH WALKER
(nommée le 26 février 2018)

L'honorable JOHN NORRIS
(nommé le 26 février 2018)

L'honorable PETER G. PAMEL
(nommé le 2 mai 2019)

L'honorable NICHOLAS McHAFFIE
(nommé le 2 mai 2019)

L'honorable JANET M. FUHRER
(nommée le 27 juin 2019)

L'honorable CHRISTINE PALLOTTA
(nommée le 30 janvier 2020)

L'honorable ANDREW D. LITTLE
(nommé le 28 avril 2020)

L'honorable ANGELA FURLANETTO
*(nommée protonotaire de la Cour fédérale le 7 mars 2019;
nommée le 26 février 2021)*

L'honorable LOBAT SADREHASHEMI
(nommée le 31 mars 2021)

L'honorable MANDY AYLEN
*(nommée protonotaire de la Cour fédérale le 16 juin 2016;
nommée le 4 août 2021)*

L'honorable AVVY YAO-YAO GO
(nommée le 4 août 2021)

L'honorable VANESSA ROCHESTER
(nommée le 4 août 2021)

JUGES SUPPLÉANTS

Aucun en ce moment

PROTONOTAIRES

MIREILLE TABIB
(nommée le 22 avril 2003)

MARTHA MILCZYNSKI
(nommée le 25 septembre 2003)

KEVIN R. AALTO
(nommé le 7 mai 2007)

KATHLEEN M. RING
(nommée le 19 décembre 2017)

ALEXANDRA STEELE
(nommée le 15 mai 2018)

SYLVIE M. MOLGAT
(nommée le 21 novembre 2018)

CATHERINE A. COUGHLAN
(nommée le 4 août 2021)

L.E. TRENT HORNE
(nommé le 4 août 2021)

BENOIT M. DUCHESNE
(nommé le 25 mars 2022)

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Bafakih v. Canada (Citizenship and Immigration), 2020 FC 689, [2020] 4 F.C.R. 143, has been affirmed on appeal (*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed*, A-216-20, 2022 FCA 18). The reasons for judgment, handed down February 1, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Canadian Security Intelligence Services Act (Re), 2020 FC 616, [2021] 1 F.C.R. 417, has been reversed on appeal (A-150-20, 2021 FCA 92). The reasons for judgment, handed down May 12, 2021, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Fédération des francophones de la Colombie-Britannique v. Canada (Employment and Social Development), 2018 FC 530, [2019] 1 F.C.R. 243, has been reversed in part on appeal (A-182-18, A-186-18, 2022 FCA 14). The reasons for judgment, handed down January 28, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Goodman v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2019 FC 1569, [2020] 3 F.C.R. 143, has been affirmed on appeal (A-7-20, 2022 FCA 21). The reasons for judgment, handed down February 7, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Jim Shot Both Sides v. Canada, 2019 FC 789, [2020] 1 F.C.F. 22, has been reversed on appeal (A-329-19, 2022 FCA 20). The reasons for judgment, handed down February 10, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L., A-315-18, 2020 FCA 43, has been affirmed on appeal (2021 SCC 49). The reasons for judgment, handed down November 26, 2021, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Loblaw Financial Holdings Inc. v. Canada, A-321-18, 2020 FCA 79, has been affirmed on appeal (2021 SCC 51). The reasons for judgment, handed down December 3, 2021, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

1455257 Ontario Inc. v. Canada, A-199-20, 2021 FCA 142, Noël C.J., judgment dated July 14, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Bafakih c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 689, [2020] 4 R.C.F. 143 a été confirmée en appel (*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed*, A-216-20, 2022 CAF 18). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 1^{er} février 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re)*, 2020 CF 616, [2021] 1 R.C.F. 417 a été infirmée en appel (A-150-20, 2021 CAF 92). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 mai 2021, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c. Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530, [2019] 1 R.C.F. 243 a été infirmée en partie en appel (A-182-18, A-186-18, 2022 CAF 14). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 28 janvier 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Goodman c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2019 CF 1569, [2020] 3 R.C.F. 143 a été confirmée en appel (A-7-20, 2022 CAF 21). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 7 février 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Jim Shot Both Sides c. Canada*, 2019 CF 789, [2020] 1 R.C.F. 22, a été infirmée en appel (A-329-19, 2022 CAF 20). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 10 février 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Canada c. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, A-315-18, 2020 CAF 43, a été confirmé en appel (2021 CSC 49). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 novembre 2021, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Loblaw Financial Holdings Inc. c. Canada*, A-321-18, 2020 CAF 79, a été confirmé en appel (2021 CSC 51). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 3 décembre 2021, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

1455257 Ontario Inc. c. Canada, A-199-20, 2021 CAF 142, le juge en chef Noël, jugement en date du 14 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022.

Abbott v. Canada (Attorney General), A-426-19, 2021 FCA 109, Rivoalen J.A., judgment dated June 2, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 10, 2022.

Adams v. Canada, 19-A-74, Laskin J.A., order dated April 14, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused November 4, 2021.

Ahousaht First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development), A-112-19, 2021 FCA 135, Locke J.A., judgment dated July 9, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 3, 2022.

Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General), A-237-19, 2021 FCA 157, Stratas J.A., judgment dated July 29, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022.

Apotex Inc. v. Eli Lilly and Company, A-474-19, 2021 FCA 149, Boivin J.A., judgment dated July 23, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 10, 2022.

Aziz v. Canada (Human Rights Commission), A-313-20, 2021 FCA 14, Locke J.A., judgment dated January 27, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

Bell Canada v. Copyright Collective of Canada, A-45-19, A-47-19, 2021 FCA 148, de Montigny J.A., judgment dated July 22, 2021, leave to appeal to S.C.C. granted March 24, 2022.

Blue Bridge Trust Company Inc. v. Canada (National Revenue), A-241-20, 2021 FCA 62, Rivoalen J.A., judgment dated March 24, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused December 16, 2021.

Canada v. Deans Knight Income Corporation, A-170-19, 2021 FCA 160, Woods J.A., judgment dated August 4, 2021, leave to appeal to S.C.C. granted March 10, 2022.

Canada v. Greenwood, A-42-20, 2021 FCA 186, Gleason J.A., judgment dated September 21, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 17, 2022.

Canada v. Harris, A-175-19, 2020 FCA 124, Woods J.A., judgment dated July 21, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

Canada (Attorney General) v. Ennis, A-55-20, 2021 FCA 95, Gleason J.A., judgment dated May 14, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees, A-204-20, 2021 FCA 72, Stratas J.A., judgment

Abbott c. Canada (Procureur général), A-426-19, 2021 CAF 109, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 2 juin 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 mars 2022.

Adams c. Canada, 19-A-74, le juge Laskin, J.C.A., ordonnance en date du 14 avril 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 novembre 2021.

Première Nation d’Ahousaht c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien), A-112-19, 2021 CAF 135, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 9 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 3 mars 2022.

Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général), A-237-19, 2021 CAF 157, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 29 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022.

Apotex Inc. c. Eli Lilly and Company, A-474-19, 2021 CAF 149, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 23 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 mars 2022.

Aziz c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), A-313-20, 2021 CAF 14, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 27 janvier 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

Bell Canada c. Sociétés de gestion collective, A-45-19, A-47-19, 2021 CAF 148, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 22 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 24 mars 2022.

Société de fiducie Blue Bridge Inc. c. Canada (Revenu national), A-241-20, 2021 CAF 62, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 24 mars 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 16 décembre 2021.

Canada c. Deans Knight Income Corporation, A-170-19, 2021 CAF 160, le juge Woods, J.C.A., jugement en date du 4 août 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 10 mars 2022.

Canada c. Greenwood, A-42-20, 2021 CAF 186, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 21 septembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mars 2022.

Canada c. Harris, A-175-19, 2020 CAF 124, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 21 juillet 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

Canada (Procureur général) c. Ennis, A-55-20, 2021 CAF 95, la juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 14 mai, 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés, A-204-20, 2021 CAF 72, le juge Stratas,

dated April 15, 2021, leave to appeal to S.C.C. granted December 16, 2021.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Mason, A-415-19, A-37-20, 2021 FCA 156, Stratas J.A., judgment dated July 29, 2021, leave to appeal to S.C.C. granted March 3, 2022.

Canadian Imperial Bank of Commerce v. Canada, A-177-19, 2021 FCA 96, Webb J.A., judgment dated May 20, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022.

Centre for Health Science and Law v. Canada (Attorney General), A-85-20, judgment dated February 5, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022.

Danby Products Limited v. Canada (Border Services Agency), A-2-20, 2021 FCA 82, Locke J.A., judgment dated April 23, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 20, 2022.

Friedman v. Canada (National Revenue), A-12-20, 2021 FCA 101, Pelletier J.A., judgment dated May 26, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 3, 2022.

Geox S.P.A. v. De Luca, A-299-18, 2021 FCA 178, Gauthier J.A., judgment dated September 13, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022.

Jack v. McLean, A-340-19, 2021 FCA 65, Boivin J.A., judgment dated March 31, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused January 27, 2022.

Konesavarathan v. University of Guelph Radio, A-1-19, 2020 FCA 148, Laskin J.A., judgment dated September 23, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused November 10, 2021.

Lin v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), A-279-19, A-414-19, 2021 FCA 81, Stratas J.A., judgment dated April 21, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 17, 2022.

Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc., A-440-19, 2021 FCA 100, Locke J.A., judgment dated May 26, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 24, 2022.

Yue v. Bank of Montreal, A-104-20, 2021 FCA 107, Rennie J.A., judgment dated June 3, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused March 3, 2022.

J.C.A., jugement en date du 15 avril 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 16 décembre 2021.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Mason, A-415-19, A-37-20, 2021 CAF 156, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 29 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 3 mars 2022.

Banque Canadienne Impériale de Commerce c. Canada, A-177-19, 2021 CAF 96, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 20 mai 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022.

Centre pour les sciences de la santé et le droit c. Canada (Procureur général), A-85-20, jugement en date du 5 février 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022.

Danby Products Limited c. Canada (Agence des services frontaliers), A-2-20, 2021 CAF 82, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 23 avril 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 20 janvier 2022.

Friedman c. Canada (Revenu national), A-12-20, 2021 CAF 101, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 26 mai 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 3 mars 2022.

Geox S.P.A. c. De Luca, A-299-18, 2021 CAF 178, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 13 septembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022.

Jack c. McLean, A-340-19, 2021 CAF 65, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 31 mars 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 27 janvier 2022.

Konesavarathan c. Radio de l'Université de Guelph, A-1-19, 2020 CAF 148, le juge Laskin, J.C.A., jugement en date du 23 septembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 novembre 2021.

Lin c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), A-279-19, A-414-19, 2021 CAF 81, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 21 avril 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mars 2022.

Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Media Inc., A-440-19, 2021 CAF 100, le juge Locke, J.C.A., jugement en date du 26 mai 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mars 2022.

Yue c. Banque de Montréal, A-104-20, 2021 CAF 107, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 3 juin 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 3 mars 2022.

**TABLE
OF CASES REPORTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	615
A	
A.P. v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	3
B	
Brown v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.)	53
C	
Canada (Attorney General) (F.C.A.), 3510395 Canada Inc. v.	615
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), A.P. v.	3
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Mohamed v.	764
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.A.), Brown v.	53
Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.), Canadian Council for Refugees v.	209
Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.A.), Canadian Association of Refugee Lawyers v.	271
Canada (National Revenue) (F.C.), Harrison v.	117
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.), Seklani v.	171
Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.A.)	271
Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.)	209
Canadian Security Intelligence Services Act (Re) (F.C.)	417
CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd. (F.C.A.)	799
D	
Day (F.C.A.), LaLiberte v.	22
Dow Chemicals Company (F.C.A.), Nova Chemicals Corporation v.	551
E	
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.)	374

	PAGE
G	
Group III International Ltd. v. Travelway Group International Ltd. (F.C.A.)	746
H	
Harrison v. Canada (National Revenue) (F.C.)	117
Hilton Worldwide Holding LLP (F.C.A.), Miller Thomson LLP v.	323
L	
LaLiberte v. Day (F.C.A.)	22
M	
Miller Thomson LLP v. Hilton Worldwide Holding LLP (F.C.A.)	323
Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	764
N	
Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company (F.C.A.)	551
S	
Seklani v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)	171
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.), Entertainment Software Association v.	374
T	
TA Foods Ltd. (F.C.A.), CanMar Foods Ltd. v.	799
Travelway Group International Ltd. (F.C.A.), Group III International Ltd. v.	746

**TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME**

	PAGE
3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	615
A	
A.P. c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	3
Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.A.F.)	271
B	
Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.)	53
C	
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.A.F.), Brown c.	53
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), A.P. c.	3
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Conseil canadien des réfugiés c.	209
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Mohamed c.	764
Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.A.F.), Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c.	271
Canada (Procureur général) (C.A.F.), 3510395 Canada Inc. c.	271
Canada (Revenu national) (C.F.), Harrison c.	117
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.), Seklani c.	171
CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd. (C.A.F.)	799
Conseil canadien des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	209
D	
Day (C.A.F.), LaLiberte c.	22
Dow Chemicals Company (C.A.F.), Nova Chemicals Corporation c.	551
E	
Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compo- siteurs et éditeurs de musique (C.A.F.)	374

	PAGE
G	
Groupe III International Ltd. c. Travelway Group International Ltd. (C.A.F.)	746
H	
Harrison c. Canada (Revenu national) (C.F.)	117
Hilton Worldwide Holding LLP (C.A.F.), Miller Thomson S.E.N.C.R.L., S.R.L. c.	323
L	
LaLiberte c. Day (C.A.F.)	22
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité) (Re) (C.F)	417
M	
Miller Thomson S.E.N.C.R.L., S.R.L. c. Hilton Worldwide Holding LLP (C.A.F.)	323
Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	764
N	
Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company (C.A.F.)	551
S	
Seklani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)	171
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.), Entertainment Software Association c.	374
T	
TA Foods Ltd. (C.A.F.), CanMar Foods Ltd. c.	799
Travelway Group International Ltd. (C.A.F.), Group III International Ltd. c.	746

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION	
Exclusion and Removal	
<i>Inadmissible Persons</i>	
Seklani v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (2020 FC 778, IMM-5192-19).....	171
<i>Detention and Release</i>	
Brown v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FCA 130, A-274-17, A-282-17)	53
Immigration Practice	
Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (2020 FCA 196, A-382-19).....	271
Status in Canada	
<i>Convention Refugees and Persons in Need of Protection</i>	
Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (2020 FC 770, IMM-2977-17, IMM-2229-17, IMM-775-17).....	209
Mohamed v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FC 1145, IMM-3925-19).....	764
<i>Permanent Residents</i>	
A.P. v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FC 906, IMM-4343-19)...	3
CONSTITUTIONAL LAW	
Charter of Rights	
Brown v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FCA 130, A-274-17, A-282-17)	53
<i>Criminal Process</i>	
3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 103, A-382-17, A-383-17).....	615

	PAGE
CONSTITUTIONAL LAW—Concluded	
<i>Fundamental Freedoms</i>	
3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 103, A-382-17, A-383-17)	615
Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (2020 FC 770, IMM-2977-17, IMM-2229-17, IMM-775-17).	209
<i>Life, Liberty and Security</i>	
3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 103, A-382-17, A-383-17).	615
Seklani v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (2020 FC 778, IMM-5192-19).	171
<i>Unreasonable Search or Seizure</i>	
3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 103, A-382-17, A-383-17).	615
Distribution of Powers	
3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 103, A-382-17, A-383-17).	615
CONSTRUCTION OF STATUTES	
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (2020 FCA 100, A-267-17, A-270-17)	374
COPYRIGHT	
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (2020 FCA 100, A-267-17, A-270-17). . .	374
INCOME TAX	
Practice	
Harrison v. Canada (National Revenue) (2020 FC 772, T-868-19)	117
INTERNATIONAL LAW	
Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (2020 FCA 100, A-267-17, A-270-17). . .	374
PATENTS	
Infringement	
CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd. (2021 FCA 7, A-408-19)	799

PATENTS—Concluded

Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemicals Company (2020 FCA 141, A-150-17, A-227-17).....	551
--	-----

PRACTICE

Class Proceedings

LaLiberte v. Day (2020 FCA 119, A-209-19, A-210-19, A-211-19)	22
---	----

SECURITY INTELLIGENCE

Canadian Security Intelligence Services Act (Re) (2020 FC 616, CONF-1-20)....	417
---	-----

TELECOMMUNICATIONS

3510395 Canada Inc. v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 103, A-382-17, A-383-17).....	615
---	-----

TRADEMARKS

Expungement

Group III International Ltd. v. Travelway Group International Ltd. (2020 FCA 210, A-356-19)	746
Miller Thomson LLP v. Hilton Worldwide Holding LLP (2020 FCA 134, A-325-18, A-369-18).....	323

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
BREVETS	
Contrefaçon	
CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd. (2021 CAF 7, A-408-19)	799
Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemicals Company (2020 CAF 141, A-150-17, A-227-17).	551
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION	
Exclusion et renvoi	
<i>Personnes interdites de territoire</i>	
Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CAF 130, A-274-17, A-282-17)	53
Seklani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (2020 CF 778, IMM-5192-19).	171
Pratique en matière d’immigration	
Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (2020 CAF 196, A-382-19)	271
Statut au Canada	
<i>Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger</i>	
Conseil canadien des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CF 770, IMM-2977-17, IMM-2229-17, IMM-775-17).	209
Mohamed c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CF 1145, IMM-3925-19).	764
<i>Résidents permanents</i>	
A.P. c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-4343-19, 2020 CF 906)	3
DROIT CONSTITUTIONNEL	
Charte des droits	
Brown c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CAF 130, A-274-17, A-282-17)	53

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin*Fouilles, perquisitions ou saisies abusives*

- 3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (2020 CAF 103, A-382-17, A-382-17)..... 615

Libertés fondamentales

- 3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (2020 CAF 103, A-382-17, A-382-17)..... 615
- Conseil canadien des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CF 770, IMM-2977-17, IMM-2229-17, IMM-775-17). 209

Procédures criminelles et pénales

- 3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (2020 CAF 103, A-382-17, A-382-17)..... 615

Vie, liberté et sécurité

- 3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (2020 CAF 103, A-382-17, A-382-17)..... 615
- Seklani c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (2020 CF 778, IMM-5192-19). 171

Partage des pouvoirs

- 3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (2020 CAF 103, A-382-17, A-382-17)..... 615

DROIT D'AUTEUR

- Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (2020 CAF 100, A-267-17, A-270-17) 374

DROIT INTERNATIONAL

- Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (2020 CAF 100, A-267-17, A-270-17) 374

IMPÔT SUR LE REVENU**Pratique**

- Harrison c. Canada (Revenu national) (2020 CF 772, T-868-19) 117

INTERPRÉTATION DES LOIS

- Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (2020 CAF 100, A-267-17, A-270-17) 374

MARQUES DE COMMERCE**Radiation**

Group III International Ltd. c. Travelway Group International Ltd. (2020 CAF 210, A-356-19)	746
Miller Thomson S.E.N.C.R.L., S.R.L. c. Hilton Worldwide Holding LLP (2020 CAF 134, A-325-18, A-369-18)	323

PRATIQUE**Recours collectifs**

LaLiberte c. Day (2020 CAF 119, A-209-19, A-210-19, A-211-19)	22
---	----

RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (2020 CF 616, CONF-1-20)	417
--	-----

TÉLÉCOMMUNICATIONS

3510395 Canada Inc. c. Canada (Procureur général) (2020 CAF 103, A-382-17, A-382-17)	615
--	-----

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Ahamed v. Canada (F.C.A.)	D-14
Al Dya v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-6
B	
Bank of Nova Scotia v. Williams (F.C.)	D-10
C	
Canada (Attorney General) (F.C.), Canadian National Railway Company v.	D-16
Canada (Attorney General) (F.C.), Choueifaty v.	D-3
Canada (Attorney General) (F.C.), Ghermezian v.	D-12
Canada (Attorney General) (F.C.), Robinson v.	D-9
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Court v.	D-9
Canada (Attorney General) v. Impex Solutions Inc. (F.C.A.)	D-7
Canada (Attorney General) v. Zalys (F.C.A.)	D-17
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Al Dya v.	D-6
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), X v.	D-5
Canada (F.C.), La Rose v.	D-14
Canada (F.C.A.), Ahamed v.	D-14
Canada (F.C.A.), Keybrand Foods Inc. v.	D-11
Canada (Health) (F.C.), Fresenius Kabi Canada Ltd. v.	D-12
Canada (Health) (F.C.), Natco Pharma (Canada) Inc. v.	D-2
Canada (National Revenue) (F.C.A.), Iris Technologies Inc. v.	D-1
Canadian National Railway Company v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-16
Choueifaty v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-3
Court v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	D-9
D	
Distrimedic Inc. (F.C.), Richards Packaging Inc. v.	D-15
F	
Fresenius Kabi Canada Ltd. v. Canada (Health) (F.C.)	D-12

	PAGE
G	
Ghermezian v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-12
I	
Impex Solutions Inc. (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	D-7
Iris Technologies Inc. v. Canada (National Revenue) (F.C.A.).	D-1
K	
Keybrand Foods Inc. v. Canada (F.C.A.)	D-11
L	
La Rose v. Canada (F.C.)	D-14
Linklater v. Thunderchild First Nation (F.C.).	D-5
N	
Natco Pharma (Canada) Inc. v. Canada (Health) (F.C.)	D-2
R	
Reference re Section 6 of the Time Limits and Other Periods Act (COVID 19) (F.C.A.)	D-3
Richards Packaging Inc. v. Distrimed Inc. (F.C.).	D-15
Robinson v. Canada (Attorney General) (F.C.).	D-9
S	
Salna (F.C.), Voltage Pictures, LLC Canada v.	D-13
T	
Thunderchild First Nation (F.C.), Linklater v.	D-5
V	
Voltage Pictures, LLC Canada v. Salna (F.C.)	D-13
W	
Williams (F.C.), Bank of Nova Scotia v.	D-10
X	
X v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.).	D-5
Z	
Zalys (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	D-17

TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

	PAGE
A	
Affaire intéressant l'article 6 de la Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19) (C.A.F.)	F-4
Ahamed c. Canada (C.A.F.)	F-21
Al Dya c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-10
B	
Banque de la Nouvelle-Écosse c. Williams (C.F.)	F-13
C	
Canada (C.A.F.), Ahamed c.	F-21
Canada (C.A.F.), Keybrand Foods Inc. c.	F-15
Canada (C.F.), La Rose c.	F-19
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Al Dya c.	F-10
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), X c.	F-10
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Court c.	F-7
Canada (Procureur général) (C.F.), Choueifaty c.	F-3
Canada (Procureur général) (C.F.), Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c.	F-9
Canada (Procureur général) (C.F.), Ghermezian c.	F-16
Canada (Procureur général) (C.F.), Robinson c.	F-17
Canada (Procureur général) c. Impex Solutions Inc. (C.A.F.)	F-11
Canada (Procureur général) c. Zalys (C.A.F.)	F-14
Canada (Revenu national) (C.A.F.), Iris Technologies Inc. c.	F-3
Canada (Santé) (C.F.), Fresenius Kabi Canada Ltd. c.	F-8
Canada (Santé) (C.F.), Natco Pharma (Canada) Inc. c.	F-1
Choueifaty c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-3
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-9
Court c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	F-7
D	
Distrimedic Inc. (C.F.), Richards Packaging Inc. c.	F-21

	PAGE
F	
Fresenius Kabi Canada Ltd. c. Canada (Santé) (C.F.)	F-8
G	
Ghermezian c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-16
I	
Impex Solutions Inc. (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	F-11
Iris Technologies Inc. c. Canada (Revenu national) (C.A.F.)	F-3
K	
Keybrand Foods Inc. c. Canada (C.A.F.)	F-15
L	
La Rose c. Canada (C.F.)	F-19
Linklater c. Première Nation Thunderchild (C.F.)	F-18
N	
Natco Pharma (Canada) Inc. c. Canada (Santé) (C.F.)	F-1
P	
Première Nation Thunderchild (C.F.), Linklater c.	F-18
R	
Richards Packaging Inc. c. Distrimed Inc. (C.F.)	F-21
Robinson c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-17
S	
Salna (C.F.), Voltage Pictures, LLC Canada c.	F-22
V	
Voltage Pictures, LLC Canada c. Salna (C.F.)	F-22
W	
Williams (C.F.), Banque de la Nouvelle-Écosse c.	F-13
X	
X c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-10
Z	
Zalys (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	F-14

CASES CITED

	PAGE
<i>143471 Canada Inc. v. Quebec (Attorney General); Tabah v. Quebec (Attorney General)</i> , [1994] 2 S.C.R. 339, (1994), 48 A.C.W.S. (3d) 64	615
<i>ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)</i> , 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140	374
<i>A. v. Secretary of State for the Home Department</i> , [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169	53
<i>Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc.</i> , 566 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2009)	799
<i>Abi-Mansour v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)</i> , 2015 FCA 135	271
<i>Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University</i> , 212 F.3d 1272 (2000) . . .	799
<i>Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	271, 323
<i>Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony</i> , 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567 . . .	615
<i>Alberta Government Telephones v. (Canada) Canadian Radio-television and Telecommunications Commission</i> , [1989] 2 S.C.R. 225, (1989), 61 D.L.R. (4th) 193	417
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association</i> , 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	271
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401</i> , 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733	615
<i>Ali v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78	53
<i>Allen v. Bapco Paint Limited</i> (1982) 34 B.C.L.R. 242, 1982 CanLII 624 (B.C.S.C.)	117
<i>Allen v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2018 FC 486	53
<i>Alliedsignal Inc. v. Dupont Canada Inc.</i> (1999), 86 C.P.R. (3d) 324, 235 N.R. 185 (F.C.A.)	551
<i>Apotex Inc. v. ADIR</i> , 2017 FCA 23, 406 D.L.R. (4th) 572, revg 2015 FC 721	551
<i>Apotex Inc. v. Bristol-Myers Squibb Co.</i> , 2003 FCA 263, 308 N.R. 152	746
<i>Apotex Inc. v. Canada (Health)</i> , 2018 FCA 147, 15 C.P.R. (4th) 289	271
<i>Arsenault v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FCA 179, 11 Admin. L.R. (6th) 187	271
<i>Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 FCA 22, 428 N.R. 297	171, 374
<i>AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2015 FC 671	551
<i>Atavnah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2015 FC 774, 483 F.T.R. 174	171
<i>Atlantic Lottery Corp. Inc. v. Babstock</i> , 2020 SCC 19, 447 D.L.R. (4th) 543	551
<i>Atlas Tube Canada ULC v. Canada (National Revenue)</i> , 2019 FCA 120, 2019 D.T.C. 5062	374
<i>Austin Nichols & Co., Inc. v. Cinnabon Inc.</i> , [1998] 4 F.C. 569, (1998) 82 C.P.R. (3d) 513 (C.A.)	323

	PAGE
<i>B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704	53, 171, 374
<i>Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193	3, 53, 374
<i>Barrantes v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 518, 272 F.T.R. 164.	271
<i>Bauer Hockey Ltd. v. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)</i> , 2020 FC 624	799
<i>Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.</i> (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (Ont. Sup. Ct.) . . .	551
<i>Bayer Cropsience KK v. Charles River Laboratories Preclinical Services Edinburgh Limited & Albaugh Inc.</i> , [2010] CSOH 158	551
<i>Belanger v. Gilbert</i> (1984), 8 D.L.R. (4th) 92, 52 B.C.L.R. 197 (B.C.S.C.), aff'd (1984), 14 D.L.R. (4th) 428, 58 B.C.L.R. 191 (B.C.C.A.)	117
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex</i> , 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559 . . .	53, 374
<i>Bellagio Limousines v. Mirage Resorts, Incorporated</i> , 2012 TMOB 220, 107 C.P.R. (4th) 298	323
<i>Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy</i> (1994), 55 C.P.R. (3d) 433, 78 F.T.R. 86 (F.C.T.D.), rev'd on other grounds (1995), 184 N.R. 149, 61 C.P.R. (3d) 271 . . .	551
<i>Beloit Canada Ltd. v. Valmet-Dominion Inc.</i> , [1997] 3 F.C. 497, (1997), 73 C.P.R. (3d) 321 (C.A.)	551
<i>Benhaim v. St-Germain</i> , 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352	551, 615
<i>Bergeron et al. v. Deschamps et al.</i> , [1978] 1 S.C.R. 243, (1977), 33 C.C.C. (2d) 461 . . .	417
<i>Bernard v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 23	374
<i>Bernard v. Canada (Revenue Agency)</i> , 2015 FCA 263, 9 Admin. L.R. (6th) 296 . . .	171
<i>Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)</i> , 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307	171, 209
<i>Bonnybrook Park Industrial Development Co. Ltd. v. Canada (National Revenue)</i> , 2018 FCA 136, 44 Admin. L.R. (6th) 71	374
<i>Borden Ladner Gervais LLP v. Westcoast Hotels Inc.</i> (2006), 53 C.P.R. (4th) 361, [2006] T.M.O.B. No. 5 (QL)	323
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231.	271
<i>Boutiques Pro Golf Inc. v. Canada (Registrar of Trade Marks)</i> (1993), 164 N.R. 264, 54 C.P.R. (3d) 451 (F.C.A.)	323
<i>Brant Dairy Co. v. Milk Commission of Ontario</i> , [1973] S.C.R. 131, (1972), 30 D.L.R. (3d) 559	209
<i>Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.; Brissette Estate v. Crown Life Insurance Co.</i> , [1992] 3 S.C.R. 87, (1992), 96 D.L.R. (4th) 609	551
<i>British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.</i> , 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	615
<i>Brown v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 ONSC 3429 (CanLII)	22
<i>Brown v. Canada (Public Safety)</i> , 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124	53
<i>Budlakoti v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FCA 139, 35 Imm. L.R. (4th) 1.	271
<i>Buik Estate v. Canasia Power Corp.</i> , 2014 ONSC 2959 (CanLII).	117
<i>C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)</i> , 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332	374
<i>CIBC World Markets Inc. v. Canada</i> , 2019 FCA 147, [2019] G.S.T.C. 36	374
<i>CMRRA-SODRAC Inc. v. Apple Canada Inc.</i> , 2020 FCA 101	374
<i>C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)</i> , 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539	271
<i>Cabral v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FCA 4, 56 Imm. L.R. (4th) 175, [2018] F.C.J. No. 21 (QL).	799
<i>Cadostin v. Canada (Attorney General)</i> , 2020 FC 183.	171

	PAGE
<i>Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.</i> , [1996] F.S.R. 36 (Ch. D.)	551
<i>Canada v. Cheema</i> , 2018 FCA 45, [2018] 4 F.C.R. 328.	374
<i>Canada v. Dadzie</i> , 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. No. 5185 (QL)	53
<i>Canada v. Kabul Farms Inc.</i> , 2016 FCA 143, 13 Admin. L.R. (6th) 11.	374
<i>Canada v. Seaboard Lumber Sales Co.</i> , [1995] 3 F.C. 113, (1995), 184 N.R. 364 (C.A.)	374
<i>Canada v. South Yukon Forest Corporation</i> , 2012 FCA 165, 431 N.R. 286	551
<i>Canada v. Stasiuk</i> , 2018 ONSC 1226 (CanLII)	117
<i>Canada (Attorney General) v. Abraham</i> , 2012 FCA 266, 440 N.R. 201	374
<i>Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited</i> , 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203	53, 374
<i>Canada (Attorney General) v. Bedford</i> , 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101	53, 171, 209
<i>Canada (Attorney General) v. Boogaard</i> , 2015 FCA 150, 474 N.R. 121	374
<i>Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission</i> , 2013 FCA 75, 277 C.R.R. (2d) 233.	374
<i>Canada (Attorney General) v. Federation of Law Societies of Canada</i> , 2015 SCC 7, [2015] 1 S.C.R. 401	417
<i>Canada (Attorney General) v. Heffel Gallery Limited</i> , 2019 FCA 82, [2019] 3 F.C.R. 81	171, 374
<i>Canada (Attorney General) v. Lameman</i> , 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372	799
<i>Canada (Attorney General) v. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.</i> , 2020 FCA 63, [2020] 3 F.C.R. 231.	374
<i>Canada (Attorney General) v. Quadrini</i> , 2010 FCA 47, 399 N.R. 33	171
<i>Canada (Attorney General) v. Rapiscan Systems, Inc.</i> , 2015 FCA 96, 385 D.L.R. (4th) 170.	271
<i>Canada (Attorney General) v. Simpson</i> (1995), 26 O.R. (3d) 317, [1995] O.J. No. 2850 (QL) (S.C.)	117
<i>Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471	271
<i>Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230	117, 271
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa</i> , 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.	764
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Sellan</i> , 2008 FCA 381, 76 Imm. L.R. (3d) 6, revg 2008 FC 44, 68 Imm. L.R. (3d) 115	764
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh</i> , 2016 FCA 96, [2016] 4 F.C.R. 230	764
<i>Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385.	417
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Edwards</i> , 2005 FCA 176, 335 N.R. 181	271
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Li</i> , 2009 FCA 85, [2010] 2 F.C.R. 433	53
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham</i> , 2004 FCA 4, [2004] 3 F.C.R. 572.	53
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov</i> , 2019 SCC 65, 441 D.L.R. (4th) 1.	3, 53, 117, 171, 209, 271, 323, 374, 615, 764
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Agbasi</i> , [1993] 2 F.C. 620, (1993), 10 Admin. L.R. (2d) 94.	171
<i>Canada (Minister of Transport, Infrastructure and Communities) v. Farwaha</i> , 2014 FCA 56, [2015] 2 F.C.R. 1006	374
<i>Canada (National Revenue) v. RBC Life Insurance Company</i> , 2013 FCA 50, [2013] 3 C.T.C. 126	417

	PAGE
<i>Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers</i> , 2019 SCC 67, 441 D.L.R. (4th) 269.	374
<i>Canada (Prime Minister) v. Khadr</i> , 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44.	171
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Ahmed</i> , 2019 FC 1006 . . .	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Arook</i> , 2019 FC 1130 . . .	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Baniashkar</i> , 2019 FC 729. . . .	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Berisha</i> , 2012 FC 1100, [2014] 1 F.C.R. 574.	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina</i> , 2019 SCC 29, [2019] 2 S.C.R. 467, 433 D.L.R. (4th) 381.	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Hamdan</i> , 2019 FC 1129. . .	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. LeBon</i> , 2013 FCA 55, 444 N.R. 93.	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Rooney</i> , 2016 FC 1097, [2017] 2 F.C.R. 375.	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Shen</i> , 2020 FC 405.	53
<i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Taino</i> , 2020 FC 427.	53
<i>Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada</i> , 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601 . . .	117, 374
<i>Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , IMM-3433-17, Aalto P., order dated November 14, 2017 (F.C.)	271
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney General (Ontario)</i> , [1959] S.C.R. 188, (1959), 16 D.L.R. (2d) 609.	417
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)</i> , [1995] 1 S.C.R. 157, (1995), 121 D.L.R. (4th) 385.	271
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615.	374
<i>Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157, revg 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342.	53
<i>Canadian Council for Refugees v. Canada</i> , 2007 FC 1262, [2008] 3 F.C.R. 606. . .	209
<i>Canadian Council for Refugees v. Canada</i> , 2008 FCA 229, [2009] 3 F.C.R. 136. . .	209
<i>Canadian Council for Refugees v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 396.	209
<i>Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)</i> , 2017 FC 1131.	209
<i>Canadian Council for Refugees v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)</i> , 2019 FC 285.	209
<i>Canadian National Railway Company v. Emerson Milling Inc.</i> , 2017 FCA 79, [2018] 2 F.C.R. 573.	374
<i>Canadian National Railway Company v. Richardson International Limited</i> , 2015 FCA 180, 476 N.R. 83.	374
<i>Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121.	3, 271, 764
<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3.	615
<i>CanadianOxy Chemicals Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , [1999] 1 S.C.R. 743, (1999), 171 D.L.R. (4th) 733.	374
<i>Capital Cities Comm. v. C.R.T.C.</i> , [1978] 2 S.C.R. 141, (1977), 81 D.L.R. (3d) 609	374
<i>Cardinal v. Director of Kent Institution</i> , [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44.	53
<i>Carter v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331.	171, 209
<i>Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)</i> , 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5.	209, 374
<i>Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.</i> , [1982] R.P.C. 183.	799

	PAGE
<i>Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.</i> , [1999] R.P.C. 203 (Pat. Ct.) . . .	551
<i>Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> (1998), 157 F.T.R. 35, [1998] F.C.J. No. 1425 (QL) (T.D.)	3
<i>Chandler v. Alberta Association of Architects</i> , [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 62 D.L.R. (4th) 577.	374
<i>Chaoulli v. Quebec (Attorney General)</i> , 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791.	171
<i>Chapman and the Queen (Re)</i> , (1984), 46 O.R. (2d) 65, 9 D.L.R. (4th) 244, [1984] O.J. No. 3178 (QL) (C.A.)	417
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350	53, 171
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326	417
<i>Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401	53
<i>Chen v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 311.	764
<i>Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84	117
<i>Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)</i> , [1992] 2 S.C.R. 394, (1992), 92 D.L.R. (4th) 609.	374
<i>Clorox Company of Canada, Ltd. (The) v. Chloretec S.E.C.</i> , 2020 FCA 76, 172 C.P.R. (4th) 351	323
<i>Cobalt Pharmaceuticals Company v. Bayer Inc.</i> , 2015 FCA 116, 474 N.R. 311 . . .	799
<i>Collette v. Lasnier</i> (1886), 13 S.C.R. 563.	551
<i>Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch</i> , 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1	799
<i>Concierge Connection Inc. v. Venngo Inc.</i> , 2015 FCA 215, 140 C.P.R. (4th) 325. . .	746
<i>Connolly v. Canada (National Revenue)</i> , 2019 FCA 161, [2019] 4 F.C.R. 256. . . .	117
<i>Cosmetic Warriors Limited v. Riches, McKenzie & Herbert LLP</i> , 2019 FCA 48, [2019] 3 F.C.R. 125	323
<i>Custodian (The) v. Blucher</i> , [1927] S.C.R. 420, [1927] 3 D.L.R. 40	551
<i>Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.</i> , [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12.	615
<i>Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)</i> , 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99.	22, 374
<i>Danyi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FC 112	271
<i>Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd.</i> , [1993] HCA 54, (1993), 179 C.L.R. 101, 116 A.L.R. 385 (Aust. H.C.)	551
<i>de Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FCA 436, [2006] 3 F.C.R. 655	53
<i>Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1993] 1 S.C.R. 1053, (1993), 101 D.L.R. (4th) 654.	53
<i>Del Giudice v. Thompson</i> , 2020 ONSC 2676 (CanLII)	22
<i>Delios v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 117, 100 Admin. L.R. (5th) 301. . .	374
<i>Democracy Watch v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 195.	53
<i>D’Errico v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FCA 95, 459 N.R. 167	53, 374
<i>Distrimedic Inc. v. Dispill Inc.</i> , 2013 FC 1043, 440 F.T.R. 209	799
<i>Doig v. Canada</i> , 2011 FC 371, [2011] 4 C.T.C. 1.	117
<i>Dollar General Corporation v. 2900319 Canada Inc.</i> , 2018 FC 778, 157 C.P.R. (4th) 318.	323
<i>Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions profession- nelles)</i> , [1993] 2 S.C.R. 756, (1993), 105 D.L.R. (4th) 385	271

	PAGE
<i>Dow Chemical Company v. Nova Chemicals Corporation</i> , 2014 FC 844, 129 C.P.R. (4th) 199, affd 2016 FCA 216, 142 C.P.R. (4th) 339	551
<i>Dragicevic v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FC 1310	171
<i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	117, 271, 374, 615
<i>Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 705, (1990), 68 D.L.R. (4th) 147	615
<i>Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.</i> , 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293	271, 374
<i>Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)</i> , [1989] 2 S.C.R. 1326, (1989), 64 D.L.R. (4th) 577	615
<i>El-Helou v. Canada (Courts Administration Service)</i> , 2016 FCA 273	271
<i>Eli Lilly and Company v. Actavis UK Limited and others & Ors</i> , [2017] UKSC 48, [2017] R.P.C. 21	799
<i>Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2020 FC 814, 181 C.P.R. (4th) 1	799
<i>Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)</i> , 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221	271
<i>Enright v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2011 FC 1258, 399 F.T.R. 69 . . .	3
<i>Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada</i> , 2012 SCC 34, [2012] 2 S.C.R. 231	374
<i>Entertainment Software Association v. Society Composers, Authors and Music Publishers of Canada</i> , 2020 FCA 100	53
<i>Erasmio v. Canada (Attorney General)</i> , 2015 FCA 129, 473 N.R. 245	374
<i>Ewert v. Canada</i> , 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165	53
<i>Excalibre Oil Tools Ltd. v. Advantage Products Inc.</i> , 2016 FC 1279	799
<i>Express File Inc. v. HRB Royalty Inc.</i> , 2005 FC 542, 39 C.P.R. (4th) 59	323
<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41	53
<i>Fajardo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1993), 21 Imm. L.R. (2d) 113, [1993] F.C.J. No. 915 (QL) (C.A.)	764
<i>Febles v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 SCC 68, [2014] 3 S.C.R. 431	171
<i>Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)</i> , [1995] 3 F.C. 68 (1995), 184 N.R. 307 (C.A.)	799
<i>Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.</i> , 535 U.S. 722, 122 S. Ct. 1831 (2002)	799
<i>Fond du Lac First Nation v. Mercredi</i> , 2020 FCA 59	53
<i>Ford v. Quebec (Attorney General)</i> , [1988] 2 S.C.R. 712, (1988), 54 D.L.R. (4th) 577	615
<i>Forest Ethics Advocacy Association v. Canada (National Energy Board)</i> , 2014 FCA 245, [2015] 4 F.C.R. 75	374
<i>Free World Trust v. Electro Santé Inc.</i> , 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024	551, 799
<i>Garford Pty Ltd. v. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.</i> , 2010 FC 996, 375 F.T.R. 38, affd 2012 FCA 48, 99 C.P.R. (4th) 392	799
<i>Gatineau Power Co. v. Crown Life Insurance Co.</i> , [1945] S.C.R. 655, [1945] 4 D.L.R. 1	551
<i>Gebetis v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 1241	764
<i>General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing</i> , [1989] 1 S.C.R. 641, (1989), 58 D.L.R. (4th) 255	615
<i>Gittens v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 256	171
<i>Gitxaala Nation v. Canada</i> , 2015 FCA 73	53, 374
<i>Gitxaala Nation v. Canada</i> , 2016 FCA 187, [2016] 4 F.C.R. 418	374
<i>Gjoka v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)</i> , 2017 FC 386	3
<i>Goodwin v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 SCC 46, [2015] 3 S.C.R. 250	417

	PAGE
<i>Gosselin v. Québec (Attorney General)</i> , 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429	171
<i>Graat v. The Queen</i> , [1982] 2 S.C.R. 819, (1982), 144 D.L.R. (3d) 267	171
<i>Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students</i> , 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295	615
<i>GreCon Dimter Inc. v. J. R. Normand inc.</i> , 2005 SCC 46, [2005] 2 S.C.R. 401 . . .	374
<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3	615
<i>HD Mining International Ltd. v. Construction and Specialized Worker Union</i> , <i>Local 1611</i> , 2012 FCA 327, 442 N.R. 325	271
<i>Hadi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 590	764
<i>Halilaj v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FC 1062 . . .	171
<i>Hall v. Hebert</i> , [1993] 2 S.C.R. 159, (1993), 101 D.L.R. (4th) 129	551
<i>Hamid v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1995] F.C.J. No. 1293 (QL) (T.D.)	764
<i>Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.</i> , 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303	323
<i>Harkat (Re)</i> , 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149	417
<i>Hassouna v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 1189	171
<i>Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia</i> , 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391	615
<i>Henri v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176	271
<i>Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration); De Jong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706 . . .	271
<i>Hillier v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 44, 431 D.L.R. (4th) 556	374
<i>Hilo v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1991), 15 Imm. L.R. (2d) 299, [1991] F.C.J. No. 228 (QL) (C.A.)	764
<i>Hodge v. The Queen</i> (1883), 9 App. Cas. 117	374
<i>Hodgkinson v. Simms</i> , [1994] 3 S.C.R. 377, (1994), 117 D.L.R. (4th) 161	551
<i>HomeAway.com, Inc. v. Hrdlicka</i> , 2012 FC 1467, 423 F.T.R. 156, [2012] F.C.J. No. 1665 (QL)	323
<i>Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology</i> , 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331	22, 323
<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	22, 271, 323, 551, 615, 746, 799
<i>Hryniak v. Mauldin</i> , 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87	799
<i>Hunt v. T&N plc</i> , [1993] 4 S.C.R. 289, (1993), 109 D.L.R. (4th) 16	615
<i>Hunter et al v. Southam Inc.</i> , [1984] 2 S.C.R. 145, (1984), 55 A.R. 291	417
<i>Huruglica v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 93, [2016] 4 F.C.R. 157	764
<i>IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 282, (1990), 73 O.R. (2d) 676	271
<i>Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)</i> , [1991] 1 S.C.R. 326, (1991), 78 D.L.R. (4th) 175	374
<i>Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.</i> , [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.) . . .	799
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577	615
<i>Ishaq v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FCA 151, [2016] 1 F.C.R. 686	374, 551
<i>Ivanov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 1055, [2007] 2 F.C.R. 384	3
<i>Jamieson v. Jamieson</i> (1921), 63 S.C.R. 188, 65 D.L.R. 68	551
<i>Jekula v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1999] 1 F.C. 266 (1998), 154 F.T.R. 268 (T.D.)	171
<i>Jiang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1064	764
<i>Johnny v. Adams Lake Indian Band</i> , 2017 FCA 146	271

	PAGE
<i>Kane v. Bd. of Governors of U.B.C.</i> , [1980] 1 S.C.R. 1105, (1980), 110 D.L.R. (3d) 311	53
<i>Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909	271
<i>Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)</i> , 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810	209, 374
<i>Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran</i> , 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176 ...	374
<i>Kirin-Amgen Inc. & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd. & Ors</i> , [2004] UKHL 46 (BAILII), [2005] R.P.C. 9	799
<i>Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.</i> , 2005 SCC 65, [2005] 3 S.C.R. 302	615, 746
<i>Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.</i> , 2016 ONSC 3819 (CanLII)	22
<i>Kozak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FCA 124, [2006] 4 F.C.R. 377	271
<i>Kraft Limited v. Registrar of Trade Marks</i> , [1984] 2 F.C. 874, (1984), 1 C.P.R. (3d) 457 (T.D.)	323
<i>Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299, 438 D.L.R. (4th) 148	53, 171, 209
<i>Krishan v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1203	171
<i>L.P. Larson Jr., Co. v. William Wrigley Jr., Co.</i> , 227 U.S. 97 (1928)	551
<i>Laag v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FC 890	764
<i>Lapointe Rosenstein LLP v. The West Seal, Inc.</i> , 2012 TMOB 114, 103 C.P.R. (4th) 136	323
<i>Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.</i> , 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23	551
<i>Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 FCA 125, [2002] 4 F.C. 358	271
<i>Leroux v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 403, 64 Imm. L.R. (3d) 123	3
<i>Levi Strauss & Co. v. Canada (Registrar of Trade-Marks)</i> , 2006 FC 654, 51 C.P.R. (4th) 434, [2006] F.C.J. No. 840 (QL)	323
<i>Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229	53, 171, 764
<i>Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)</i> , 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120	53, 374, 615
<i>Lornport Investments Ltd. v. Canada</i> , [1992] 2 F.C. 293 [1992] 1 C.T.C. 351 (C.A.) ...	117
<i>Lubana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2003 FCT 116, 228 F.T.R. 43	3
<i>Lubrizol Corp. v. Imperial Oil Ltd.</i> , [1997] 2 F.C. 3, (1996), 71 C.P.R. (3d) 26 (C.A.) ...	551
<i>Lundy v. Lundy</i> (1895), 24 S.C.R. 650, 1895 CanLII 19	551
<i>Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674	171, 209
<i>Lyons v. The Queen</i> , [1984] 2 S.C.R. 633, (1984), 14 D.L.R. (4th) 482	417
<i>M. v. H.</i> , [1999] 2 S.C.R. 3, (1999), 43 O.R. (3d) 254	3
<i>MPSEP v. Afshin Ignani Maleki</i> , IMM-2466-20, Zinn, J., order dated June 2, 2020 (F.C.)	53
<i>MPSEP v. Dawei Shen</i> , IMM-1626-20, Elliott J., order dated March 19, 2020 (F.C.) ...	53
<i>MPSEP v. Martin Sevic</i> , IMM-1375-20, Fothergill J., order dated February 26, 2020 (F.C.)	53
<i>MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah</i> , IMM-1347-19, Boswell J., order dated February 26, 2019 (F.C.)	53
<i>MTS Allstream Inc. v. Bell Mobility Inc.</i> , 2008 MBQB 103, 227 Man. R. (2d) 95 ...	417

<i>Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344, 281 A.C.W.S. (3d) 297	22, 53, 271, 323 417, 551, 615
<i>Mahjoub (Re)</i> , 2013 FC 1096, 457 F.T.R. 1	417
<i>Mancinelli v. Barrick Gold Corporation</i> , 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, affg 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (Div. Ct.)	22
<i>Manufacturing Company v. Cowing</i> , 105 U.S. 253 (1881).	551
<i>Maple Lodge Farms v. Canada (Food Inspection Agency)</i> , 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175.	374
<i>Maple Lodge Farms Ltd. v. Government of Canada</i> , [1982] 2 S.C.R. 2, (1982), 137 D.L.R. (3d) 558.	271
<i>Marineland Inc. v. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.</i> , [1974] 2 F.C. 558, (1974), 16 C.P.R. (2d) 97 (T.D.)	323
<i>Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.</i> , [1935] A.C. 524, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.)	615
<i>Markevich v. Canada</i> , 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94.	117
<i>Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.</i> , 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387 . . .	746
<i>Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.</i> , 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772.	323
<i>Matter of A-B-</i> , 22 I&N 318 (A.G. 2018)	209
<i>Mbollo v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 1267	3
<i>McKay et al. v. The Queen</i> , [1965] S.C.R. 798, (1965), 53 D.L.R. (2d) 532	53
<i>McLean v. British Columbia (Securities Commission)</i> , 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895	117
<i>McSherry v. Zimmer GMBH</i> , 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318. . . .	22
<i>Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2015 FCA 171, [2016] 2 F.C.R. 202.	551
<i>Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)</i> , 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23 . . .	53
<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161	53
<i>MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6	374
<i>Mission Institution v. Khela</i> , 2014 SCC 24, [2014] 1 S.C.R. 502.	53, 271, 764
<i>Mobil Oil Canada Ltd. v. Canada-Newfoundland Offshore Petroleum Board</i> , [1994] 1 S.C.R. 202, (1994), 111 D.L.R. (4th) 1.	374
<i>Molodowich v. Penttinen</i> , 1980 CanLII 1537, 17 R.F.L. (2d) 376 (Ont. S.C.)	3
<i>Molson Breweries v. John Labatt Ltd.</i> , [2000] 3 F.C. 145, (2000), 252 N.R. 91 (C.A.) . .	323
<i>Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée</i> (2002), 59 O.R. (3d) 607, 214 D.L.R. (4th) 473 (C.A.)	746
<i>Molson Cos. v. Moosehead Breweries Ltd.</i> (1985), 11 C.P.R. (3d) 208, 63 N.R. 140 (F.C.A.)	323
<i>Monsanto Canada Inc. v. Rivett</i> , 2009 FC 317, [2010] 2 F.C.R. 93	551
<i>Monsanto Canada Inc. v. Rivett</i> , 2010 FCA 207, [2012] 1 F.C.R. 473, 408 N.R. 143. . .	551
<i>Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser</i> , 2004 SCC 34, [2004] 1 S.C.R. 902.	551
<i>Monster Cable Products, Inc. v. Monster Daddy, LLC</i> , 2013 FCA 137, 445 N.R. 379. . .	323
<i>Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.</i> , 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 . . .	374
<i>Moretto v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FCA 261, [2020] 2 F.C.R. 422, affg 2018 FC 71, 48 C.R.R. (2d) 249.	171
<i>Morton v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2015 FC 575, 96 Admin. L.R. (5th) 1 . . .	209
<i>Motel 6, Inc. v. No. 6 Motel Limited</i> , [1982] 1 F.C. 638, (1981), 127 D.L.R. (3d) 267 (T.D.)	323
<i>Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)</i> , 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3. . .	271
<i>Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199.	171
<i>My Kinda Town Limited v. Soll and Another</i> , [1983] R.P.C. 15, [1981] Com. L.R. 194 (Ch. D.)	551

	PAGE
<i>N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada</i> (1984), 53 N.R. 383, 7 C.C.L.I. 165 (F.C.A.) revd [1987] 1 S.C.R. 1247, (1987), 39 D.L.R. (4th) 465	551
<i>National Corn Growers Assn. v. Canada (Import tribunal)</i> , [1990] 2 S.C.R. 1324 . . .	53,374
<i>Neilson v. Betts</i> (1871), L.R. 5 H.L. 1.	551
<i>Németh v. Canada (Justice)</i> , 2010 SCC 56, [2010] 3 S.C.R. 281.	53, 374
<i>Nevsun Resources Ltd. v. Araya</i> , 2020 SCC 5, 443 D.L.R. (4th) 183.	374
<i>Newfoundland and Labrador v. AbitibiBowater Inc.</i> , 2012 SCC 67, [2012] 3 S.C.R. 443	615
<i>Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.</i> , 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381 . . .	209
<i>Nolan v. Kerry (Canada) Inc.</i> , 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678	323
<i>Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company</i> , 2017 FCA 25, 276 A.C.W.S. (3d) 298	323
<i>Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin; Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Laseur</i> , 2003 SCC 54, [2003] 2 S.C.R. 504.	171, 615
<i>Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2001 FCT 1129, 15 C.P.R. (4th) 417, [2002] 1 F.C. D-25 (Digest), aff'd 2002 FCA 440, 22 C.P.R. (4th) 450 . . .	799
<i>Nshogoza v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 1211	171
<i>Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)</i> , 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781	53, 764
<i>Oceanex Inc. v. Canada (Transport)</i> , 2019 FCA 250, 439 D.L.R. (4th) 159	271
<i>Office of the Children's Lawyer v. Balev</i> , 2018 SCC 16, [2018] 1 S.C.R. 398.	374
<i>Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)</i> , 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220	53
<i>Online Music Services (CSI: 2011-2013; SOCAN: 2011-2013)</i>	374
<i>Ontario v. Canadian Pacific Ltd.</i> , [1995] 2 S.C.R. 1031, (1995), 125 D.L.R. (4th) 385.	53
<i>Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario</i> , 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3	417
<i>Ordon Estate v. Grail</i> , [1998] 3 S.C.R. 437, (1998), 166 D.L.R. (4th) 193	374
<i>Oria-Arebutun v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FC 1457	764
<i>Osborne v. Canada (Treasury Board)</i> , [1991] 2 S.C.R. 69, (1991), 82 D.L.R. (4th) 321.	615
<i>P.S. v. Ontario</i> , 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191.	53
<i>Paice LLC v. Ford Motor Company</i> , 881 F.3d. 894 (2018)	799
<i>Paradis Honey Ltd. v. Canada</i> , 2015 FCA 89, [2016] 1 F.C.R. 446, 382 D.L.R. (4th) 720.	374
<i>Parsons v. Citizens' Insurance Co. of Canada</i> (1881), 7 App. Cas. 96	615
<i>Pembina County Water Resource District v. Manitoba (Government)</i> , 2017 FCA 92, 409 D.L.R. (4th) 719	374
<i>Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.</i> , 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678	551
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)</i> , 2007 FC 446, [2008] 1 F.C.R. 672	799
<i>Pfizer Canada Inc. v. Teva Canada Limited</i> , 2016 FCA 161, 400 D.L.R. (4th) 723, 483 N.R. 275	171, 551
<i>Podovnikoff v. Montgomery</i> (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, 58 B.C.L.R. 204 (B.C.C.A.)	117
<i>Pollard Banknote Limited v. BABN Technologies Corp.</i> , 2016 FC 883, 141 C.P.R. (4th) 329.	799
<i>Porter v. Don the Beachcomber</i> , [1966] Ex. C.R. 982, (1966), 48 C.P.R. 280	323
<i>Premakumaran v. Canada</i> , 2006 FCA 213, [2007] 2 F.C.R. 191	799

<i>Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, sub nom. <i>Globalive Wireless Management Corp. v. Public Mobile Inc.</i> . . .	374
<i>Quan v. Cusson</i> , 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712	551
<i>Queen (The) v. Simard-Beaudry Inc.</i> , [1971] F.C. 396, [1971] F.C.J. No. 33 (QL) (T.D.)	117
<i>Queen (The) v. Wray</i> , [1971] S.C.R. 272, (1970), 11 D.L.R. (3d) 673	417
<i>Quenneville v. Audi AG</i> , 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89	22
<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59, [2015] 3 S.C.R. 754	53
<i>R. v. Araujo</i> , 2000 SCC 65, [2000] 2 S.C.R. 992	417
<i>R. v. Bacon</i> , 2010 BCCA 135, 285 B.C.A.C. 108	417
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 18 D.L.R. (4th) 321 . . .	615
<i>R. v. Bird</i> , 2019 SCC 7, [2019] 1 S.C.R. 409	53
<i>R. v. Boudreault</i> , 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599	53
<i>R. v. Campbell</i> , [1999] 1 S.C.R. 565, (1999), 43 O.R. (3d) 256	417
<i>R. v. Chau</i> , [1997] O.J. No. 6322 (QL) (Gen. Div.), affd on other grounds (2000), 140 O.A.C. 56, 2000 CanLII 17015 (C.A.)	417
<i>R. v. Cole</i> , 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34	417
<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765	53
<i>R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.</i> , [1988] 1 S.C.R. 401, (1988), 49 D.L.R. (4th) 161	615
<i>R. v. Daley</i> , 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523	271
<i>R. v. Darrach</i> , 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443	53
<i>R. v. Edwards</i> , [1996] 1 S.C.R. 128, (1996), 26 O.R. (3d) 736	417
<i>R. v. Edwards Books and Art Ltd.</i> , [1986] 2 S.C.R. 713, (1986), 35 D.L.R. (4th) 1, 1986 CanLII 12	615
<i>R. v. Farinacci</i> (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.)	53
<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96	53
<i>R. v. Fitzpatrick</i> , [1995] 4 S.C.R. 154, (1995), 129 D.L.R. (4th) 129	615
<i>R. v. Fontaine</i> , 2004 SCC 27, [2004] 1 S.C.R. 702	53
<i>R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)</i> , (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. No. 3335 (QL) (Sup. Ct.)	417
<i>R. v. Garofoli</i> , [1990] 2 S.C.R. 1421, 1990, CanLII 52	417
<i>R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh</i> , [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.)	53
<i>R. v. Grant</i> , [1993] 3 S.C.R. 223, [1993] 8 W.W.W. 257	417
<i>R. v. Grant</i> , 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353	417
<i>R. v. Guignard</i> , 2002 SCC 14, [2002] 1 S.C.R. 472	615
<i>R. v. Hape</i> , 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292	53, 374
<i>R. v. Harrer</i> , [1995] 3 S.C.R. 562, (1995), 128 D.L.R. (4th) 98	417
<i>R. v. Henry</i> , 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609	53
<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73, [2002] 3 S.C.R. 757	615
<i>R. v. Jaser</i> , 2014 ONSC 6052, 120 W.C.B. (2d) 241	417
<i>R. v. Jordan</i> , 2016 SCC 27, [2016] 1 S.C.R. 631	53
<i>R. v. Keegstra</i> , [1990] 3 S.C.R. 697, (1990), 114 A.R. 81, [1991] 2 W.W.R. 1	615
<i>R. v. Khawaja</i> , 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555	53
<i>R. v. Levkovic</i> , 2013 SCC 25, [2013] 2 S.C.R. 204	53
<i>R. v. Lloyd</i> , 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130	53
<i>R. v. Lucas</i> , [1998] 1 S.C.R. 439, (1998), 157 D.L.R. (4th) 423	53
<i>R. v. Mahmood</i> , 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641	417
<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571	171
<i>R. v. Marakah</i> , 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608	417
<i>R. v. Morales</i> , [1992] 3 S.C.R. 711, (1992), 144 N.R. 176	53

	PAGE
<i>R. v. Morelli</i> , 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253	417
<i>R. v. Morgentaler</i> , [1988] 1 S.C.R. 30, (1988), 44 D.L.R. (4th) 385	53
<i>R. v. Morgentaler</i> , [1993] 3 S.C.R. 463, (1993), 157 N.R. 97	615
<i>R. v. Morris</i> (1998), 173 N.S.R. (2d) 1, 134 C.C.C. (3d) 539	417
<i>R. v. Morrissey</i> , 2000 SCC 39, [2000] 2 S.C.R. 90	53
<i>R. v. Myers</i> , 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105	53
<i>R. v. Neil</i> , 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631	417
<i>R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36	53, 615
<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773	209
<i>R. v. Oakes</i> , [1986] 1 S.C.R. 103, (1986), 26 D.L.R. (4th) 200	615
<i>R. v. Patrick</i> , 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579	417
<i>R. v. Pontes</i> , [1995] 3 S.C.R. 44, (1995), 12 B.C.L.R. (3d) 201	171
<i>R. v. R.E.M.</i> , 2008 SCC 51, [2008] 3 S.C.R. 3	551
<i>R. v. Rafilovich</i> , 2019 SCC 51, 442 D.L.R. (4th) 539	374
<i>R. v. Reeves</i> , 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531	417
<i>R. v. Sharpe</i> , 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45	53, 615
<i>R. v. Sheppard</i> , 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869	551
<i>R. v. St-Cloud</i> , 2015 SCC 27, [2015] 2 S.C.R. 328	53
<i>R. v. Swain</i> , [1991] 1 S.C.R. 933, (1991), 125 N.R. 1	53
<i>R. v. Telus Communications Co.</i> , 2013 SCC 16, [2013] 2 S.C.R. 3	417
<i>R. v. Tessling</i> , 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	417
<i>R. v. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 S.C.R. 154, (1991), 84 D.L.R. (4th) 161	615
<i>R. v. Wigglesworth</i> , [1987] 2 S.C.R. 541, (1987), 45 D.L.R. (4th) 235	615
<i>R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union</i> , [2017] UKSC 5, [2017] 2 W.L.R. 583	374
<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1	615
<i>Rahal v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FC 319	764
<i>Raincoast Conservation Foundation v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 224, [2020] 1 F.C.R. 362	374
<i>Raza v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FCA 385, 68 Admin. L.R. (4th) 225	764
<i>Reading & Bates Construction Co. v. Baker Energy Resources Corp.</i> , [1995] 1 F.C. 483, (1994), 58 C.P.R. (3d) 359 (C.A.)	551
<i>Reference re Firearms Act (Can.)</i> , 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783	615
<i>Reference re Securities Act</i> , 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837	615
<i>Remo Imports Ltd. v. Jaguar Cars Ltd.</i> , 2007 FCA 258, [2008] 2 F.C.R. 132	746
<i>Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales)</i> , [1999] 3 S.C.R. 855, (1999), 184 D.L.R. (4th) 441	374
<i>Re:Sound v. Canadian Association of Broadcasters</i> , 2017 FCA 138, 148 C.P.R. (4th) 91	374
<i>Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada</i> , 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170	271
<i>Revell v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FCA 262, [2020] 2 F.C.R. 355	171, 209
<i>Riddle v. Canada</i> , 2018 FC 901	22
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193	53, 117, 271, 374
<i>Robbins v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FCA 24	374
<i>Rocket v. Royal College of Dental Surgeons (Ontario)</i> , [1990] 2 S.C.R. 232, (1990), 71 D.L.R. (4th) 68	615

	PAGE
<i>Rogers v. Aphria Inc.</i> , 2019 ONSC 3698 (CanLII)	22
<i>Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada</i> , 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283.	374
<i>Rohm and Haas Co. & Anor v. Collag Ltd. & Anor</i> , [2001] EWCA Civ. 1589 (BAILII), [2002] F.S.R. 28	799
<i>Roncarelli v. Duplessis</i> , [1959] S.C.R. 121, (1959), 16 D.L.R. (2d) 689	53
<i>Rozas del Solar v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1145, 64 Imm. L.R. (4th) 201	764
<i>Rrotaj v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 292	171
<i>Ryan v. Moore</i> , 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53	117
<i>SODRAC: 2010-2013</i> (25 August 2017), CB-CDA 2017-086, online: Copyright Board < https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do >	374
<i>Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1995] 1 F.C. 214, (1994), 30 Imm. L.R. (3d) 33 (T.D.)	53
<i>Saint Paul v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 493	171
<i>Salomon v. Matte-Thompson</i> , 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, 432 D.L.R. (4th) 1.	22, 323
<i>Sandhu v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2019 FC 889	3
<i>Schachter v. Canada</i> , [1992] 2 S.C.R. 679, (1992), 93 D.L.R. (4th) 1.	53
<i>Schmidt v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 55, [2019] 2 F.C.R. 376	374
<i>Schreiber v. Canada (Attorney General)</i> , 2002 SCC 62, [2002] 3 S.C.R. 269.	53, 374
<i>Scotland v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188.	53
<i>Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.</i> , [1989] 1 S.C.R. 1445, (1989), 59 D.L.R. (4th) 660.	551
<i>Settingington v. Merck Frosst Canada Ltd.</i> (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (Ont. Sup. Ct.)	22
<i>Sharif v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 205, 50 C.R. (7th) 1	374
<i>Sheikh v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1990] 3 F.C. 238 (C.A.)	764
<i>Shumilo v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1135	3
<i>Sim & McBurney v. Gesco Industries, Inc.</i> (2000), 195 D.L.R. (4th) 239, [2000] F.C.J. No. 1766 (QL) (C.A.)	323
<i>Singh v. Minister of Employment and Immigration</i> , [1985] 1 S.C.R. 177, (1985), 17 D.L.R. (4th) 422	53, 171, 209, 764
<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , [1989] 1 S.C.R. 1038, (1989), 59 D.L.R. (4th) 416.	53
<i>Smith v. Sino-Forest Corporation</i> , 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76.	22
<i>Snell v. Farrell</i> , [1990] 2 S.C.R. 311, (1990), 72 D.L.R. (4th) 289	53
<i>Société nationale des chemins de fer français v. Venice Simplon-Orient-Express Inc.</i> (2000), 9 C.P.R. (4th) 443, [2000] F.C.J. No. 1897 (QL) (T.D.)	323
<i>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers</i> , 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427	374
<i>Sport Maska Inc. v. Bauer Hockey Corp.</i> , 2016 FCA 44, [2016] 4 F.C.R. 3.	323
<i>Stables v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2011 FC 1319, [2013] 3 F.C.R. 240	53
<i>Steele v. Mountain Institution</i> , [1990] 2 S.C.R. 1385, (1990), 121 N.R. 198.	53
<i>Stemijon Investments Ltd. v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 FCA 299, 341 D.L.R. (4th) 710.	271, 374
<i>Stikeman Elliott LLP v. Millennium & Copthorne International Limited</i> , 2015 TMOB 231, [2015] T.M.O.B. No. 5231 (QL).	323
<i>Strohmaier v. K.S.</i> , 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289	22

	PAGE
<i>Strother v. 3464920 Canada Inc.</i> , 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177.	551
<i>Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers</i> , 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271	323
<i>Supershuttle International, Inc. v. Fetherstonhaugh & Co.</i> , 2015 FC 1259, [2015] F.C.J. No. 1544 (QL)	323
<i>Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3.	53, 209
<i>TSA Stores, Inc. v. Registrar of Trade-Marks</i> , 2011 FC 273, 91 C.P.R. (4th) 324 . . .	323
<i>Tapambwa v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FCA 34, [2020] 1 F.C.R. 700, 69 Imm. L.R. (4th) 297.	53, 171, 209, 374
<i>Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.</i> , 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367 . . .	799
<i>Teksavvy Solutions Inc. v. Bell Media Inc.</i> , 2020 FCA 108, 74 C.P.R. (4th) 85	53
<i>Teledyne Industries, Inc. v. Lido Industrial Products Ltd.</i> (1982), 68 C.P.R. (2d) 204, 31 C.P.C. 285 (F.C.T.D.)	551
<i>TELUS Communications Inc. v. Wellman</i> , 2019 SCC 19, [2019] 2 S.C.R. 144, 433 D.L.R. (4th) 1.	374
<i>Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)</i> , 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161	271
<i>Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385	271
<i>Thandi (Re)</i> , 2017 BCSC 1201, 2017 D.T.C. 5090	117
<i>Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain Inc.</i> , 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336	374
<i>Therrien v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FCA 14, 24 Admin. L.R. (6th) 46. . .	271
<i>Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.</i> , 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134	22
<i>Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)</i> , [1998] 1 S.C.R. 877, (1998), 159 D.L.R. (4th) 385.	615
<i>Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)</i> , [1990] 1 S.C.R. 425, (1990), 67 D.L.R. (4th) 161.	615
<i>Thorne's Hardware Ltd. v. The Queen</i> , [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577	209
<i>Toronto Real Estate Board v. Canada (Commissioner of Competition)</i> , 2017 FCA 236, [2018] 3 F.C.R. 563	171
<i>Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)</i> , 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261	53
<i>Tradition Fine Foods Ltd. v. Groupe Tradition'l Inc.</i> , 2006 FC 858, 296 F.T.R. 216. . .	323
<i>Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)</i> , 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513	374
<i>TransCanada Pipelines Ltd. v. The Queen</i> , 2001 FCA 314, [2002] 1 C.T.C. 43 . . .	117
<i>Tremaine v. Hitchcock</i> , 90 U.S. 518 (1874)	551
<i>Trociuk v. British Columbia (Attorney General)</i> , 2003 SCC 34, [2003] 1 S.C.R. 835. . .	615
<i>Tsleil-Waututh Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FCA 128	171
<i>Unicast SA v. South Asian Broadcasting Corporation Inc.</i> , 2014 FC 295, 122 C.P.R. (4th) 409	323
<i>Union Electric Supply Co. v. Registrar of Trade Marks</i> , [1982] 2 F.C. 263, (1982), 63 C.P.R. (2d) 56 (T.D.)	323
<i>United States v. Burns</i> , 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283	209
<i>Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women v. Minister of National Revenue</i> , [1999] 1 S.C.R. 10, 1999 CanLII 704.	615

<i>Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129	171
<i>Veuve Clicquot Ponsardin v. Boutiques Cliquot Ltée</i> , 2006 SCC 23, [2006] 1 S.C.R. 824	746
<i>VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.</i> (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. No. 4594 (QL) (Sup. Ct.)	22
<i>Vitronics v. Conceptor, Inc.</i> , 90 F.3d 1576 (Fed. Cir. 1996).	799
<i>Vivat Holdings Ltd. v. Levi Strauss & Co.</i> , 2005 FC 707, 276 F.T.R. 40	323
<i>Walchuk v. Canada (Justice)</i> , 2015 FCA 85, 469 N.R. 360	374
<i>Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.</i> , 520 U.S. 17, 117 S. Ct. 1040 (1997).	799
<i>Watson v. Canada (Indian and Northern Affairs)</i> , 2017 FC 321	799
<i>Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.</i> (1998), 82 C.P.R. (3d) 466, 151 F.T.R. 250 (F.C.T.D.) affd [2001] 2 F.C. 618, (2001), 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.).	551
<i>Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.</i> , [2001] 2 F.C. 618, (2001), 11 C.P.R. (4th) 218 (C.A.)	551
<i>Wenger S.A. v. Travel Way International Inc.</i> , 2017 FCA 215, 151 C.P.R. (4th) 295	746
<i>West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)</i> , 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635	209
<i>West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.</i> , 2012 ONSC 6476 (CanLII).	117
<i>Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton</i> , 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R. 534.	22
<i>Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Wagner</i> , 225 U.S. 604 (1912)	551
<i>Westminster Bank Ltd. v. Zang</i> , [1966] A.C. 182 (H.L.).	374
<i>Wewaykum Indian Band v. Canada</i> , 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259.	271
<i>Whirlpool Corp. v. Camco Inc.</i> , 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067	799
<i>White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.</i> , 2015 SCC 23, [2015] 2 S.C.R. 182.	171, 209
<i>Whiten v. Pilot Insurance Co.</i> , 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595	551
<i>Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)</i> , 2016 ONCA 741, <i>sub nom. Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council</i> , 134 O.R. (3d) 450	209
<i>Williams v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FCA 252, [2018] 4 F.C.R. 174	374
<i>Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)</i> , 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83.	117
<i>Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.</i> , 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770.	374
<i>Wilson v. The Queen</i> , [1983] 2 S.C.R. 594, (1983), 26 Man. R. (2d) 194	417
<i>Winder v. Marriott International Inc.</i> , 2019 ONSC 5766 (CanLII)	22
<i>Windsor (City) v. Canadian Transit Co.</i> , 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617.	417
<i>Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)</i> , [1999] 2 S.C.R. 625, (1999), 175 D.L.R. (4th) 193.	53
<i>Wong v. Marriott International Inc.</i> , 2020 BCSC 55	22
<i>Woods Canada Ltd. v. Lang Michener</i> (1996), 71 C.P.R. (3d) 477, [1996] F.C.J. No. 1701 (QL) (T.D.).	323
<i>Wsáneč School Board v. British Columbia</i> , 2017 FCA 210, [2018] 4 C.N. L.R. 295	271
<i>X (Re)</i> , 2013 FC 1275, [2015] 1 F.C.R. 635, affd 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684.	417
<i>X (Re)</i> , 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684.	171
<i>X (Re)</i> , 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396	417

	PAGE
<i>X (Re)</i> , 2017 CanLII 33034 (I.R.B.)	764
<i>X (Re)</i> , 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567	417
<i>X (Re)</i> , 2018 FC 874	417
<i>Yantzi v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FCA 193	374
<i>Yu v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 1138	764
<i>Zadydas v. Davis</i> , 533 U.S. 678 (2001)	53
<i>Zaytoun v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 939	764
<i>Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290	171
<i>Zhuo v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 911, 37 Imm. L.R. (4th) 275	764

JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>143471 Canada Inc. c. Québec (Procureur général); Tabah c. Québec (Procureur général)</i> , [1994] 2 R.C.S. 339, à la page 377, 1994 CanLII 89	615
<i>ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)</i> , 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140	374
<i>A. v. Secretary of State for the Home Department</i> , [2004] UKHL 56, [2005] 3 All E.R. 169	53
<i>Abbott Laboratories v. Sandoz, Inc.</i> , 566 F.3d 1282 (Fed. Cir. 2009)	799
<i>Abi-Mansour c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)</i> , 2015 CAF 135	271
<i>Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University</i> , 212 F.3d 1272 (2000) . . .	799
<i>Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	271, 323
<i>Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony</i> , 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567	615
<i>Alberta Government Telephones c. (Canada) Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes</i> , [1989] 2 R.C.S. 225	417
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association</i> , 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	271
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401</i> , 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733	615
<i>Ali v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 ONSC 2660 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 78	53
<i>Allen c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2018 CF 486	53
<i>Allen v. Bapco Paint Limited</i> (1982), 34 B.C.L.R. 242, 1982 CanLII 624 (C.S. C.-B.)	117
<i>Alliedsignal Inc. c. Dupont Canada Inc.</i> , 1999 CanLII 7409 (C.A.F.)	551
<i>Apotex Inc. c. ADIR</i> , 2017 CAF 23, infirmant 2015 CF 721	551
<i>Apotex Inc. c. Bristol-Myers Squibb Co.</i> , 2003 CAF 263	746
<i>Apotex Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2018 CAF 147	271
<i>Arsenault c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CAF 179	271
<i>Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , IMM-3433-17, le protonotaire Aalto, ordonnance en date du 14 novembre 2017 (C.F.)	271
<i>Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 CAF 22	171, 374
<i>AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2015 CF 671	551
<i>Atawnah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2015 CF 774	171
<i>Atlas Tube Canada ULC c. Ministre du Revenu national</i> , 2019 CAF 120	374
<i>Austin Nichols & Co. c. Cinnabon Inc.</i> , [1998] 4 C.F. 569, 1998 CanLII 9088 (C.A.)	323
<i>B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704	53, 171, 374

	PAGE
<i>Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 2 R.C.S. 817, 1999 CanLII 699	3, 53, 374
<i>Bande indienne Wewaykum c. Canada</i> , 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259	271
<i>Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta</i> , 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	615
<i>Barrantes c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 518	271
<i>Bauer Hockey Ltd. c. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)</i> , 2020 CF 624	799
<i>Bayer Aktiengesellschaft v. Apotex Inc.</i> (2001), 10 C.P.R. (4th) 151 (C.S. Ont.)	551
<i>Bayer Cropsience KK v. Charles River Laboratories Preclinical Services Edinburgh Limited & Albaugh Inc.</i> , [2010] CSOH 158	551
<i>Belanger v. Gilbert</i> (1984), 8 D.L.R. (4th) 92, 52 B.C.L.R. 197 (C.S. B.-C.), conf. par (1984), 14 D.L.R. (4th) 428, 58 B.C.L.R. 191 (C.A. B.-C.)	117
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex</i> , 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	53, 374
<i>Bellagio Limousines c. Mirage Resorts, Incorporated</i> , 2012 COMC 220	323
<i>Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy</i> , [1994] A.C.F. n° 682 (QL) (1 ^{re} inst.), inf. pour d'autres motifs par [1995] A.C.F. n° 733 (QL) (C.A.)	551
<i>Beloit Canada Ltée c. Valmet-Dominion Inc.</i> , [1997] 3 C.F. 497, 1997 CanLII 6342 (C.A.)	551
<i>Benhaim c. St-Germain</i> , 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352	551, 615
<i>Bergeron et al. c. Deschamps et al.</i> , [1978] 1 R.C.S. 243	417
<i>Bernard c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 263	171
<i>Bernard c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 23	374
<i>Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)</i> , 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307	171, 209
<i>Bonnybrook Industrial Park Development Co. Ltd c. Canada (Revenu national)</i> , 2018 CAF 136	374
<i>Borden Ladner Gervais srl c. WestCoast Hotels, Inc.</i> , 2006 CanLII 80422 (C.O.M.C.)	323
<i>Borowski c. Canada (Procureur général)</i> , [1989] 1 R.C.S. 342	271
<i>Boutiques ProGolf Inc. c. Canada (Registraire des marques de commerce)</i> , [1993] A.C.F. n° 1363 (QL) (C.A.)	323
<i>Brant Dairy Co. c. Milk Commission of Ontario</i> , [1973] R.C.S. 131	209
<i>Brasseries Molson c. John Labatt Ltée</i> , [2000] 3 C.F. 145, 2000 CanLII 17105 (C.A.)	323
<i>Brissette, succession c. Westbury Life Insurance Co.; Brissette, succession c. Crown, Cie d'Assurance-Vie</i> , [1992] 3 R.C.S. 87, 1992 CanLII 32	551
<i>Brown v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 ONSC 3429 (CanLII)	22
<i>Brown v. Canada (Public Safety)</i> , 2018 ONCA 14, 420 D.L.R. (4th) 124	53
<i>Budlakoti c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CAF 139	271
<i>Buik Estate v. Canasia Power Corp.</i> , 2014 ONSC 2959 (CanLII)	117
<i>Bureau de l'avocat des enfants c. Balev</i> , 2018 CSC 16, [2018] 1 R.C.S. 398	374
<i>C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)</i> , 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332	374
<i>CIBC World Markets Inc. c. Canada</i> , 2019 CAF 147	374
<i>CMRRA-SODRAC Inc. c. Apple Canada Inc.</i> , 2020 CAF 101	374
<i>Cabral c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CAF 4	799
<i>Cadostin c. Canada (Procureur général)</i> , 2020 CF 183	171
<i>Cala Homes (South) Ltd. v. Alfred McAlpine Homes East Ltd.</i> , [1996] F.S.R. 36 (Ch. D.)	551
<i>Canada c. Cheema</i> , 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328	374
<i>Canada c. Kabul Farms Inc.</i> , 2016 CAF 143	374
<i>Canada c. Seaboard Lumber Sales Co.</i> , [1995] 3 C.F. 113 (C.A.)	374

	PAGE
<i>Canada c. South Yukon Forest Corporation</i> , 2012 CAF 165	551
<i>Canada v. Dadzie</i> , 2016 ONSC 6045 (CanLII), [2016] O.J. n° 5185 (QL)	53
<i>Canada v. Stasiuk</i> , 2018 ONSC 1226 (CanLII)	117
<i>Canada (Attorney General) v. Simpson</i> (1995), 26 O.R. (3d) 317, [1995] O.J. n° 2850 (QL) (C. sup.)	117
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa</i> , 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 . . .	764
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Sellan</i> , 2008 CAF 381, infirmant 2008 CF 44	764
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh</i> , 2016 CAF 96	764
<i>Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471	271
<i>Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230	117, 271
<i>Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 R.C.S. 626	417
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Edwards</i> , 2005 CAF 176	271
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) v. Li</i> , 2009 CAF 85, [2010] 2 R.C.F. 433	53
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham</i> , 2004 CAF 4, [2004] 3 R.C.F. 572	53
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov</i> , 2019 CSC 65, [2019] A.C.S. n° 65 (QL) 3, 53, 117, 171, 209, 271, 323, 374,	615, 764
<i>Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Agbasi</i> , [1993] 2 C.F. 620 (1 ^{re} inst.)	171
<i>Canada (Ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités) c. Farwaha</i> , 2014 CAF 56, [2015] 2 R.C.F. 1006	374
<i>Canada (Premier ministre) c. Khadr</i> , 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	171
<i>Canada (Procureur général) c. Abraham</i> , 2012 CAF 266	374
<i>Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited</i> , 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203	53, 374
<i>Canada (Procureur général) c. Bedford</i> , 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 53, 171, 209	
<i>Canada (Procureur général) c. Boogaard</i> , 2015 CAF 150	374
<i>Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada</i> , 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401	417
<i>Canada (Procureur général) c. Heffel Gallery Limited</i> , 2019 CAF 82, [2019] 3 R.C.F. 81	171, 374
<i>Canada (Procureur général) c. Lameman</i> , 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372 . . .	799
<i>Canada (Procureur general) c. Northern Inter-Tribal Health Authority Inc.</i> , 2020 CAF 63, [2020] 3 R.C.F. 231	374
<i>Canada (Procureur général) c. Quadrini</i> , 2010 CAF 47	171
<i>Canada (Procureur général) c. Rapiscan Systems, Inc.</i> , 2015 CAF 96	271
<i>Canada (Revenu national) c. Compagnie d'assurance vie RBC</i> , 2013 CAF 50 . . .	417
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Ahmed</i> , 2019 CF 1006	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Arook</i> , 2019 CF 1130	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Baniashkar</i> , 2019 CF 729	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Berisha</i> , 2012 CF 1100, [2014] 1 R.C.F. 574	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Chhina</i> , 2019 CSC 29, [2019] 2 R.C.S. 467	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Hamdan</i> , 2019 CF 1129	53

	PAGE
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. LeBon</i> , 2013 CAF 55	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Rooney</i> , 2016 CF 1097, [2017] 2 R.C.F. 375	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Shen</i> , 2020 CF 405	53
<i>Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Taino</i> , 2020 CF 427	53
<i>Canadian Broadcasting Corp. v. Attorney General (Ontario)</i> , [1959] R.C.S. 188. . .	417
<i>Canadian Civil Liberties Association v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 ONCA 243, 433 D.L.R. (4th) 157, infirmant 2017 ONSC 7491 (CanLII), 140 O.R. (3d) 342	53
<i>CanadianOxy Chemicals Ltd. c. Canada (Procureur général)</i> , [1999] 1 R.C.S. 743 . . .	374
<i>Capital Cities Comm. c. C.R.T.C.</i> , [1978] 2 R.C.S. 141	374
<i>Cardinal c. Directeur de l'Établissement Kent</i> , [1985] 2 R.C.S. 643, 1985 CanLII 23	53
<i>Carter c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331	171, 209
<i>Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)</i> , 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5	209, 374
<i>Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.</i> , [1982] R.P.C. 183	799
<i>Celanese International Corp. v. BP Chemicals Ltd.</i> , [1999] R.P.C. 203, [1998] All E.R. 594 (Ch. D.)	551
<i>Cepeda-Gutierrez (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 1998 CanLII 8667, [1998] A.C.F. n° 1425 (QL) (1 ^{re} inst.)	3
<i>Chandler c. Alberta Association of Architects</i> , [1989] 2 R.C.S. 848	374
<i>Chaoulli c. Québec (Procureur général)</i> , 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791.	171
<i>Chapman and the Queen (Re)</i> , (1984), 46 O.R. (2d) 65 (C.A.)	417
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350	53, 171
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326	417
<i>Chaudhary v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2015 ONCA 700, 127 O.R. (3d) 401	53
<i>Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121	3, 271, 764
<i>Chen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 311	764
<i>Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84	117
<i>Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)</i> , [1992] 2 R.C.S. 394 . . .	374
<i>Clorox Company of Canada, Ltd. (The) c. Chloretec S.E.C.</i> , 2020 CAF 76, [2020] A.C.F. n° 508 (QL)	323
<i>Cobalt Pharmaceuticals Company c. Bayer Inc.</i> , 2015 CAF 116	799
<i>Collette v. Lasnier</i> (1886), 13 R.C.S. 563	551
<i>Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée</i> , 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	615
<i>Combined Air Mechanical Services Inc. v. Flesch</i> , 2011 ONCA 764, 108 O.R. (3d) 1	799
<i>Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Emerson Milling Inc.</i> , 2017 CAF 79, [2018] 2 R.C.F. 573	374
<i>Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Richardson International Limited</i> , 2015 CAF 180	374
<i>Concierge Connection Inc. c. Venngo Inc.</i> , 2015 CAF 215	746
<i>Connolly c. Canada (Revenu national)</i> , 2019 CAF 161, [2019] 4 R.C.F. 256	117
<i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada</i> , 2007 CF 1262, [2008] 3 R.C.F. 606. . . .	209
<i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada</i> , 2008 CAF 229, [2009] 3 R.C.F. 136 . . .	209

	PAGE
<i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 396	209
<i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)</i> , 2017 CF 1131	209
<i>Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)</i> , 2019 CF 285	209
<i>Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology</i> , 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331	22, 323
<i>Cosmetic Warriors Limited c. Riches, McKenzie & Herbert LLP</i> , 2019 CAF 48, [2019] 3 R.C.F. 125	323
<i>Custodian (The) v. Blucher</i> , [1927] R.C.S. 420	551
<i>Dagenais c. Société Radio-Canada</i> , [1994] 3 R.C.S. 835, 1994 CanLII 39.	615
<i>Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99.	22, 374
<i>Danyi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CF 112	271
<i>Dart Industries Inc. v. Décor Corporation Pty Ltd.</i> , [1993] HCA 54, (1993), 179 C.L.R. 101, 116 A.L.R. 385 (Aust. H.C.)	551
<i>de Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CAF 436, [2006] 3 R.C.F. 655	53
<i>Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1993] 1 R.C.S. 1053, 1993 CanLII 128	53
<i>Del Giudice v. Thompson</i> , 2020 ONSC 2676 (CanLII)	22
<i>Delios c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 117	374
<i>Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 195	53
<i>D'Errico c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CAF 95	53, 374
<i>Distrimedic Inc. c. Dispill Inc.</i> , 2013 CF 1043.	799
<i>Doig c. Canada</i> , 2011 CF 371	117
<i>Dollar General Corporation c. 2900319 Canada Inc.</i> , 2018 CF 778, [2018] A.C.F. n° 801 (QL)	323
<i>Domtar Inc. c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)</i> , [1993] 2 R.C.S. 756	271
<i>Dow Chemical Company c. Nova Chemicals Corporation</i> , 2014 CF 844, conf. par 2016 CAF 216	551
<i>Dragicevic c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CF 1310.	171
<i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> , 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	117, 271, 374, 615
<i>Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , [1990] 1 R.C.S. 705, 1990 CanLII 140	615
<i>Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)</i> , [1989] 2 R.C.S. 1326, 1989 CanLII 20.	615
<i>Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.</i> , 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293	271, 374
<i>El-Helou c. Canada (Services administratifs des tribunaux judiciaires)</i> , 2016 CAF 273	271
<i>Eli Lilly and Company v. Actavis UK Limited and others & Ors</i> , [2017] UKSC 48, [2017] R.P.C. 21.	799
<i>Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2020 CF 814.	799
<i>Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Labour Relations Board)</i> , 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221	271
<i>Enright c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2011 CF 1258	3
<i>Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique</i> , 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231.	374

<i>Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique</i> , 2020 CAF 100	53
<i>Erasmio c. Canada (Procureur général)</i> , 2015 CAF 129	374
<i>Établissement de Mission c. Khela</i> , 2014 CSC 24, [2014] 1 R.C.S. 502	53, 271, 764
<i>États-Unis c. Burns</i> , 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283	209
<i>Ewert c. Canada</i> , 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165	53
<i>Excalibre Oil Tools Ltd. c. Advantage Products Inc.</i> , 2016 CF 1279	799
<i>Express File Inc. c. HRB Royalty Inc.</i> , 2005 CF 542, [2005] A.C.F. n° 667 (QL) . . .	323
<i>F.H. c. McDougall</i> , 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41	53
<i>Fajardo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1993] A.C.F. n° 915 (QL) (C.A.)	764
<i>Febles c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CSC 68, [2014] 3 R.C.S. 431	171
<i>Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)</i> , [1995] 3 C.F. 68 (C.A.)	799
<i>Festo Corp. v. Shoketsu Kinzoku Kogyo Kabushiki Co.</i> , 535 U.S. 722, 122 S. Ct. 1831 (2002)	799
<i>Ford c. Québec (Procureur général)</i> , [1988] 2 R.C.S. 712, 1988 CanLII 19	615
<i>Forest Ethics Advocacy Association c. Canada (Office national de l'énergie)</i> , 2014 CAF 245, [2015] 4 R.C.F. 75	374
<i>Free World Trust c. Electro Santé Inc.</i> , 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024	551, 799
<i>Garford Pty Ltd. c. Dywidag Systems International, Canada, Ltd.</i> , 2010 CF 996, conf. par 2012 CAF 48	799
<i>Gatineau Power Co. v. Crown Life Insurance Co.</i> , [1945] R.C.S. 655	551
<i>Gebetis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 1241	764
<i>General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing</i> , [1989] 1 R.C.S. 641, 1989 CanLII 133	615
<i>Gittens c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 256	171
<i>Gjoka c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)</i> , 2017 CF 386	3
<i>Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)</i> , 2015 CSC 46, [2015] 3 R.C.S. 250	417
<i>Gosselin c. Québec (Procureur général)</i> , 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429	171
<i>Graat c. La Reine</i> , [1982] 2 R.C.S. 819	171
<i>Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiants</i> , 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295	615
<i>GreCon Dimter Inc. c. J. R. Normand inc.</i> , 2005 CSC 46, [2005] 2 R.C.S. 401 . . .	374
<i>Guindon c. Canada</i> , 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3	615
<i>HD Mining International Ltd. c. Construction and Specialized Worker Union, section locale 1611</i> , 2012 CAF 327	271
<i>Hadi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 590	764
<i>Halilaj c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CF 1062	171
<i>Hall c. Hebert</i> , [1993] 2 R.C.S. 159, 1993 CanLII 141	551
<i>Hamid c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1995] A.C.F. n° 1293 (QL) (1 ^{re} inst.)	764
<i>Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.</i> , 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303	323
<i>Harkat (Re)</i> , 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149	417
<i>Hassouna c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 1189	171
<i>Health Services & Support-Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique</i> , 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 39	615
<i>Henri c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CAF 38	271
<i>Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706	271
<i>Hillier c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 44	374

<i>Hilo c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1991] A.C.F. n° 228 (QL) (C.A.)	764
<i>Hodge v. The Queen</i> (1883), 9 App. Cas. 117	374
<i>Hodgkinson c. Simms</i> , [1994] 3 R.C.S. 377, 1994 CanLII 70	551
<i>HomeAway.com, Inc. c. Hrdlicka</i> , 2012 CF 1467, [2012] A.C.F. n° 1665 (QL)	323
<i>Housen c. Nikolaisen</i> , 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	22, 271, 323, 551, 615, 746, 799
<i>Hryniak c. Mauldin</i> , 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87	799
<i>Hunt c. T&N plc</i> , [1993] 4 R.C.S. 289, 1993 CanLII 43	615
<i>Hunter et autres c. Southam Inc.</i> , [1984] 2 R.C.S. 145	417
<i>Huruglica c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 93, [2016] 4 R.C.F. 157	764
<i>Hypothèques Trustco Canada c. Canada</i> , 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601	117, 374
<i>Immeubles Port Louis ltée c. Lafontaine (Village)</i> , [1991] 1 R.C.S. 326	374
<i>Improver Corp. v. Remington Consumer Products Ltd.</i> , [1990] F.S.R. 181 (Pat. Ct.)	799
<i>Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)</i> , [1989] 1 R.C.S. 927, 1989 CanLII 87	615
<i>Ishaq c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CAF 151, [2016] 1 R.C.F. 686	374, 551
<i>Ivanov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CF 1055, [2007] 2 R.C.F. 384	3
<i>Jamieson v. Jamieson</i> (1921), 63 R.C.S. 188	551
<i>Jekula c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 1 C.F. 266 (1 ^{re} inst.)	171
<i>Jiang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1064	764
<i>Johnny c. Bande indienne d'Adams Lake</i> , 2017 CAF 146	271
<i>Kane c. Cons. d'administration de l'U.C.B.</i> , [1980] 1 R.C.S. 1105, 1980 CanLII 10	53
<i>Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909	271
<i>Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)</i> , 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810	209, 374
<i>Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran</i> , 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176	374
<i>Kirin-Amgen Inc. & Ors v. Hoechst Marion Roussel Ltd. & Ors</i> , [2004] UKHL 46 (BAILII), [2005] R.P.C. 9	799
<i>Kirkbi AG c. Gestions Ritvik Inc.</i> , 2005 CSC 65, [2005] 3 R.C.S. 302	615, 746
<i>Kowalyszyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.</i> , 2016 ONSC 3819 (CanLII)	22
<i>Kozak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CAF 124, [2006] 4 R.C.F. 377	271
<i>Kraft Limited c. Registraire des marques de commerce</i> , [1984] 2 C.F. 874 (1 ^{re} inst.)	323
<i>Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299	53, 171, 209
<i>Krishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1203	171
<i>L.P. Larson Jr., Co. v. William Wrigley Jr., Co.</i> , 227 U.S. 97 (1928)	551
<i>Laag c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CF 890	764
<i>Lapointe Rosenstein srl c. The West Seal, Inc.</i> , 2012 COMC 114, [2012] C.M.O.C. n° 5114 (QL)	323
<i>Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge</i> , 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23	551

	PAGE
<i>Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CAF 125, [2002] 4 C.F. 358	271
<i>Leroux c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CF 403	3
<i>Levi Strauss & Co. c. Canada (Registraire des marques de commerce)</i> , 2006 CF 654, [2006] A.C.F. n° 840 (QL)	323
<i>Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229	53, 171, 764
<i>Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)</i> , 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120	53, 374, 615
<i>Lornport Investments Ltd. c. Canada</i> , [1992] 2 C.F. 293 (C.A.)	117
<i>Lubana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2003 CFPI 116	3
<i>Lubrizol Corp. c. Compagnie Pétrolière Impériale Ltée</i> , [1997] 2 C.F. 3, 1996 CanLII 4095 (C.A.)	551
<i>Lundy v. Lundy</i> (1895), 24 R.C.S. 650	551
<i>Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674	171, 209
<i>Lyons c. La Reine</i> , [1984] 2 R.C.S. 633	417
<i>M. c. H.</i> , [1999] 2 R.C.S. 3	3
<i>MPSEP v. Afshin Ighani Maleki</i> , IMM-2466-20, le juge Zinn, ordonnance en date du 2 juin 2020 (C.F.)	53
<i>MPSEP v. Dawei Shen</i> , IMM-1626-20, la juge Elliott, ordonnance en date du 19 mars 2020 (C.F.)	53
<i>MPSEP v. Martin Sevic</i> , IMM-1375-20, le juge Fothergill, ordonnance en date du 26 février 2020 (C.F.)	53
<i>MPSEP v. Mustafa Abdi Faarah</i> , IMM-1347-19, le juge Boswell, ordonnance en date du 26 février 2019 (C.F.)	53
<i>MTS Allstream Inc. v Bell Mobility Inc.</i> , 2008 MBQB 103, 227 Man. R. (2d) 95	417
<i>Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344	22, 53, 271, 323, 417, 551, 615
<i>Mahjoub (Re)</i> , 2013 CF 1096	417
<i>Mancinelli v. Barrick Gold Corporation</i> , 2016 ONCA 571, 131 O.R. (3d) 497, confirmant 2015 ONSC 2717 (CanLII), 126 O.R. (3d) 296 (C. div.)	22
<i>Manufacturing Company v. Cowing</i> , 105 U.S. 253 (1881).	551
<i>Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d'inspection des aliments)</i> , 2017 CAF 45	374
<i>Maple Lodge Farms Ltd. c. Gouvernement du Canada</i> , [1982] 2 R.C.S. 2.	271
<i>Marineland Inc. c. Marine Wonderland & Animal Park Ltd.</i> , [1974] 2 C.F. 558 (1 ^{re} inst.)	323
<i>Maritime National Fish Ltd. v. Ocean Trawlers Ltd.</i> , [1935] A.C. 524, [1935] 3 D.L.R. 12 (P.C.)	615
<i>Markevich c. Canada</i> , 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94	117
<i>Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.</i> , 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387	746
<i>Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.</i> , 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772	323
<i>Matter of A-B-</i> , 22 I&N 318 (A.G. 2018)	209
<i>Mbollo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 1267	3
<i>McKay et al. v. The Queen</i> , [1965] R.C.S. 798	53
<i>McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)</i> , 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895	117
<i>McSherry v. Zimmer GMBH</i> , 2012 ONSC 4113 (CanLII), 36 C.P.C. (7th) 318.	22
<i>Merck & Co. c. Apotex Inc.</i> , 2015 CAF 171, [2016] 2 R.C.F. 202	551
<i>Merck Frosst Canada Ltée c. Canada (Santé)</i> , 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23	53

	PAGE
<i>Mills c. La Reine</i> , [1986] 1 R.C.S. 863, 1986 CanLII 17	53
<i>Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6	374
<i>Mobil Oil Canada Ltd. c. Office Canada-Terre-Neuve des hydrocarbures extra-côtiers</i> , [1994] 1 R.C.S. 202	374
<i>Molodowich v. Penttinen</i> , 1980 CanLII 1537, 17 R.F.L. (2d) 376 (C.S. Ont.)	3
<i>Molson Canada v. Oland Breweries Ltd./Les Brasseries Oland Ltée</i> (2002), 59 O.R. (3d) 607, 214 D.L.R. (4th) 473 (C.A.)	746
<i>Molson Cos. c. Moosehead Breweries Ltd.</i> , [1985] A.C.F. n° 1013 (QL) (C.A.)	323
<i>Monsanto Canada Inc. c. Rivett</i> , 2009 FC 317, [2010] 2 R.C.F. 93	551
<i>Monsanto Canada Inc. c. Rivett</i> , 2010 CAF 207, [2012] 1 R.C.F. 473	551
<i>Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser</i> , 2004 CSC 34, [2004] 1 R.C.S. 902	551
<i>Monster Cable Products, Inc. c. Monster Daddy, LLC</i> , 2013 CAF 137, [2013] A.C.F. n° 589 (QL)	323
<i>Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.</i> , 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141	374
<i>Moretto c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CAF 261, [2020] 2 R.C.F. 422 confirmant 2018 CF 71	171
<i>Morton c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2015 CF 575	209
<i>Motel 6, Inc. c. No. 6 Motel Limited</i> , [1982] 1 C.F. 638, [1982] A.C.F. n° 154 (QL) (1 ^{re} inst.)	323
<i>Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)</i> , 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3	271
<i>Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 178	171
<i>My Kinda Town Limited v. Soll and Another</i> , [1983] R.P.C. 15, [1981] Com. L.R. 194 (Ch. D.)	551
<i>N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada</i> , [1984] A.C.F. n° 510 (C.A.F.), inf. par [1987] 1 R.C.S. 1247	551
<i>Nation Gitxaala c. Canada</i> , 2015 CAF 73	53, 374
<i>Nation Gitxaala c. Canada</i> , 2016 CAF 187, [2016] 4 R.C.F. 418	374
<i>National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)</i> , [1990] 2 R.C.S. 1324, 1990 CanLII 49	53, 374
<i>Neilson v. Betts</i> (1871), L.R. 5 H.L. 1	551
<i>Németh c. Canada (Justice)</i> , 2010 CSC 56, [2010] 3 R.C.S. 281	53, 374
<i>Nevsun Resources Ltd. c. Araya</i> , 2020 CSC 5	374
<i>Nolan c. Kerry (Canada) Inc.</i> , 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678	323
<i>Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin; Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Laseur</i> , 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504	171, 615
<i>Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company</i> , 2017 CAF 25, [2017] A.C.F. n° 173 (QL)	323
<i>Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2001 CFPI 1129, [2002] 1 C.F. F-25 (Fiche analytique), conf. par 2002 CAF 440	799
<i>Nshogoza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 121	171
<i>Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)</i> , 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781	53, 764
<i>Oceanex Inc. c. Canada (Transport)</i> , 2019 CAF 250	271
<i>Ogiamien v. Ontario (Community Safety and Correctional Services)</i> , 2017 ONCA 839, 55 Imm. L.R. (4th) 220	53
<i>Ontario c. Canadien Pacifique Ltée</i> , [1995] 2 R.C.S. 1031, 1995 CanLII 112	53
<i>Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario</i> , 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3	417
<i>Oria-Arebutun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CF 1457	764
<i>Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)</i> , [1991] 2 R.C.S. 69, 1991 CanLII 60	615

	PAGE
<i>P.S. v. Ontario</i> , 2014 ONCA 900, 379 D.L.R. (4th) 191	53
<i>Paice LLC v. Ford Motor Company</i> , 881 F.3d. 894 (2018)	799
<i>Paradis Honey Ltd. c. Canada</i> , 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446	374
<i>Parsons v. Citizens' Insurance Co. of Canada</i> (1881), 7 App. Cas. 96	615
<i>Pembina County Water Resource District c. Gouvernement du Manitoba</i> , 2017 CAF 92	374
<i>Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.</i> , 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678	551
<i>Pfizer Canada Inc. c. Teva Canada Limited</i> , 2016 CAF 161	171, 551
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)</i> , 2007 CF 446, [2008] 1 R.C.F. 672	799
<i>Podovnikov v. Montgomery</i> (1984), 14 D.L.R. (4th) 716, 58 B.C.L.R. 204 (C.A. C.-B.)	117
<i>Pollard Banknote Limited c. BABN Technologies Corp.</i> , 2016 CF 883	799
<i>Porter v. Don the Beachcomber</i> , [1966] R.C. de l'É. 982	323
<i>Premakumaran c. Canada</i> , 2006 CAF 213, [2007] 2 R.C.F. 191	799
<i>Première nation Denesuline de Fond du Lac c. Mercredi</i> , 2020 CAF 59	53
<i>Procureur général du Canada c. Commission canadienne des droits de la personne</i> , 2013 CAF 75	374
<i>Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, <i>sub nom. Globalive Wireless Management Corp. c. Public Mobile Inc.</i>	374
<i>Quan c. Cusson</i> , 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712	551
<i>Quenneville v. Audi AG</i> , 2018 ONSC 1530 (CanLII), 19 C.P.C. (8th) 89	22
<i>RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , [1995] 3 R.C.S. 199, 1995 CanLII 64	615
<i>R. (Miller) v. Secretary of State for Exiting the European Union</i> , [2017] UKSC 5, [2018] A.C. 61	374
<i>R. c. Appulonappa</i> , 2015 CSC 59, [2015] 3 R.C.S. 754	53
<i>R. c. Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 R.C.S. 295, 1985 CanLII 69	615
<i>R. c. Bird</i> , 2019 CSC 7, [2019] 1 R.C.S. 409	53
<i>R. c. Boudreault</i> , 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599	53
<i>R. c. Campbell</i> , [1999] 1 R.C.S. 565	417
<i>R. c. Cole</i> , 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34	417
<i>R. c. Conway</i> , 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765	53
<i>R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.</i> , [1988] 1 R.C.S. 401, 1988 CanLII 63	615
<i>R. c. Daley</i> , 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523	271
<i>R. c. Darrach</i> , 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443	53
<i>R. c. Edwards</i> , [1996] 1 R.C.S. 128	417
<i>R. c. Edwards Books and Art Ltd.</i> , [1986] 2 R.C.S. 713, 1986 CanLII 12	615
<i>R. c. Ferguson</i> , 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96	53
<i>R. c. Fitzpatrick</i> , [1995] 4 R.C.S. 154, 1995 CanLII 44	615
<i>R. c. Fontaine</i> , 2004 CSC 27, [2004] 1 R.C.S. 702	53
<i>R. c. Garofoli</i> , [1990] 2 R.C.S. 1421, 1990 CanLII 52	417
<i>R. c. Grant</i> , [1993] 3 R.C.S. 223	417
<i>R. c. Guignard</i> , 2002 CSC 14, [2002] 1 R.C.S. 472	615
<i>R. c. Hape</i> , 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	53, 374
<i>R. c. Harrer</i> , [1995] 3 R.C.S. 562	417
<i>R. c. Henry</i> , 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609	53
<i>R. c. Jarvis</i> , 2002 CSC 73, [2002] 3 R.C.S. 757	615
<i>R. c. Jordan</i> , 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631	53
<i>R. c. Keegstra</i> , [1990] 3 R.C.S. 697, 1990 CanLII 24	615

<i>R. c. Khawaja</i> , 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555	53
<i>R. c. Levkovic</i> , 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204	53
<i>R. c. Lloyd</i> , 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130	53
<i>R. c. Lucas</i> , [1998] 1 R.C.S. 439, 1998 CanLII 815	53
<i>R. c. Malmo-Levine; R. c. Caine</i> , 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571	171
<i>R. c. Marakah</i> , 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608	417
<i>R. c. Morales</i> , [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53	53
<i>R. c. Morelli</i> , 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253	417
<i>R. c. Morgentaler</i> , [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90	53
<i>R. c. Morgentaler</i> , [1993] 3 R.C.S. 463	615
<i>R. c. Morrissey</i> , 2000 CSC 39, [2000] 2 R.C.S. 90	53
<i>R. c. Myers</i> , 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105	53
<i>R. c. Neil</i> , 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631	417
<i>R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 R.C.S. 606, 1992 CanLII 72	53, 615
<i>R. c. Nur</i> , 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773	209
<i>R. c. Oakes</i> , [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46	615
<i>R. c. Patrick</i> , 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579	417
<i>R. c. Pontes</i> , [1995] 3 R.C.S. 44	171
<i>R. c. R.E.M.</i> , 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3	551
<i>R. c. Rafilovich</i> , 2019 CSC 51	374
<i>R. c. Reeves</i> , 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531	417
<i>R. c. Sharpe</i> , 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45	53, 615
<i>R. c. Sheppard</i> , 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	551
<i>R. c. Société TELUS Communications</i> , 2013 SCC 16, [2013] 2 R.C.S. 3	417
<i>R. c. St-Cloud</i> , 2015 CSC 27, [2015] 2 R.C.S. 328	53
<i>R. c. Swain</i> , [1991] 1 R.C.S. 933, 1991 CanLII 104	53
<i>R. c. Tessling</i> , 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	417
<i>R. c. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 R.C.S. 154, 1991 CanLII 39	615
<i>R. c. Wigglesworth</i> , [1987] 2 R.C.S. 541, 1987 CanLII 41	615
<i>R. v. Araujo</i> , 2000 CSC 65, [2000] 2 R.C.S. 992	417
<i>R. v. Bacon</i> , 2010 BCCA 135, 285 B.C.A.C. 108	417
<i>R. v. Chau</i> , [1997] O.J. n° 6322 (QL) (Div. gén.), conf. pour d'autres motifs (2000), 140 O.A.C. 56, 2000 CanLII 17015 (C.A.)	417
<i>R. v. Farinacci</i> (1993), 109 D.L.R. (4th) 97, 86 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.)	53
<i>R. v. G.B. (application by Bogiatzis, Christodoulou, Cusato and Churchill)</i> (2003), 108 C.R.R. (2d) 294, [2003] O.J. n° 3335 (QL) (C. sup.)	417
<i>R. v. Governor of Durham Prison, Ex p. Hardial Singh</i> , [1984] 1 All E.R. 983, [1984] 1 W.L.R. 704 (Q.B.)	53
<i>R. v. Jaser</i> , 2014 ONSC 6052, 120 W.C.B. (2d) 241	417
<i>R. v. Mahmood</i> , 2011 ONCA 693, 107 O.R. (3d) 641	417
<i>R. v. Morris</i> (1998), 173 N.S.R. (2d) 1, 134 C.C.C. (3d) 539	417
<i>Rahal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 319	764
<i>Raincoast Conservation Foundation c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 224, [2020] 1 R.C.F. 362	374
<i>Raza c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CAF 385	764
<i>Reine (La) c. Simard-Beaudry Inc.</i> , [1971] 1 C.F. 396, [1971] A.C.F. n° 33 (QL) (1 ^{re} inst.)	117
<i>Reine (La) c. Wray</i> , [1971] R.C.S. 272	417
<i>Reading & Bates Construction Co. c. Baker Energy Resources Corp.</i> , [1995] 1 C.F. 483, 1994 CanLII 3524 (C.A.)	551
<i>Remo Imports Ltd. c. Jaguar Cars Ltd.</i> , 2007 CAF 258, [2008] 2 R.C.F. 132	746
<i>Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales)</i> , [1999] 3 R.C.S. 855	374

	PAGE
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)</i> , 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783	615
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières</i> , 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837	615
<i>Ré:Sonne c. Association canadienne des radiodiffuseurs</i> , 2017 CAF 138.	374
<i>Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada</i> , 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170.	271
<i>Revell c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CAF 262, [2020] 2 R.C.F. 355	171, 209
<i>Riddle c. Canada</i> , 2018 CF 901	22
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837. 53, 117, 271, 374	374
<i>Robbins c. Procureur général du Canada</i> , 2017 CAF 24.	374
<i>Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario</i> , [1990] 2 R.C.S. 232, 1990 CanLII 121	615
<i>Rogers v. Aphria Inc.</i> , 2019 ONSC 3698 (CanLII).	22
<i>Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique</i> , 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283	374
<i>Rohm and Haas Co. & Anor v. Collag Ltd. & Anor</i> , [2001] EWCA Civ. 1589 (BAILII), [2002] F.S.R. 28	799
<i>Roncarelli v. Duplessis</i> , [1959] R.C.S. 121.	53
<i>Rozas del Solar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1145	764
<i>Rrotaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 292	171
<i>Ryan c. Moore</i> , 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53	117
<i>S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)</i> , 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539	271
<i>Sitba c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.</i> , [1990] 1 R.C.S. 282	271
<i>SODRAC : 2010-2013</i> (25 août 2017), CB-CDA 2017-086, < https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/decisions/en/item/366865/index.do >	374
<i>Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1995] 1 C.F. 214, 1994 CanLII 3521 (1 ^{re} inst.)	53
<i>Saint Paul c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 493	171
<i>Salomon c. Matte-Thompson</i> , 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729.	22, 323
<i>Sandhu c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2019 CF 889.	3
<i>Schachter c. Canada</i> , [1992] 2 R.C.S. 679, 1992 CanLII 74	53
<i>Schmidt c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 55, [2019] 2 R.C.F. 376.	374
<i>Schreiber c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CSC 62, [2002] 3 R.C.S. 269.	53, 374
<i>Scotland v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 ONSC 4850 (CanLII), 52 Imm. L.R. (4th) 188.	53
<i>Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.</i> , [1989] 1 R.C.S. 1445, 1989 CanLII 105.	551
<i>Services de musique en ligne (CSI : 2011-2013; SOCAN : 2011-2013)</i>	374
<i>Setterington v. Merck Frosst Canada Ltd.</i> (2006), 26 C.P.C. (6th) 173, 2006 CanLII 2623 (C.S. Ont.)	22
<i>Sharif c. Procureur général du Canada</i> , 2018 CAF 205	374
<i>Sheikh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1990] 3 C.F. 238 (C.A.)	764
<i>Shumilo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1135	3
<i>Sim & McBurney c. Gesco Industries, Inc.</i> , 2000 CanLII 16369, [2000] A.C.F. n° 1766 (QL) (C.A.)	323
<i>Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration</i> , [1985] 1 R.C.S. 177, 1985 CanLII 65.	53, 171, 209, 764
<i>Slaight Communications Inc. c. Davidson</i> , [1989] 1 R.C.S. 1038, 1989 CanLII 92	53
<i>Smith v. Sino-Forest Corporation</i> , 2012 ONSC 24 (CanLII), 34 C.P.C. (7th) 76	22
<i>Snell c. Farrell</i> , [1990] 2 R.C.S. 311, 1990 CanLII 70.	53

<i>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet</i> , 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427 . . .	374
<i>Société canadienne des postes c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes</i> , 2019 CSC 67	374
<i>Société des loteries de l'Atlantique c. Babstock</i> , 2020 CSC 19	551
<i>Société Nationale des Chemins de Fer Français SnCF c. Venice Simplon-Orient-Express Inc.</i> , 2000 CanLII 16547, [2000] A.C.F. n°1897 (QL) (1 ^{re} inst.)	323
<i>Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)</i> , [1995] 1 R.C.S. 157	271
<i>Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.</i> , 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615	374
<i>Sport Maska Inc. c. Bauer Hockey Corp.</i> , 2016 CAF 44, [2016] 4 R.C.F. 3	323
<i>Stables c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2011 CF 1319, [2013] 3 R.C.F. 240	53
<i>Steele c. Établissement Mountain</i> , [1990] 2 R.C.S. 1385, 1990 CanLII 50	53
<i>Stemijon Investments Ltd. c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CAF 299	271, 374
<i>Stikeman Elliott LLP c. Millennium & Copthorne International Limited</i> , 2015 COMC 231, [2015] C.O.M.C. n° 5231 (QL)	323
<i>Strohmaier v. K.S.</i> , 2019 BCCA 388, 30 B.C.L.R. (6th) 289	22
<i>Strother c. 3464920 Canada Inc.</i> , 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177	551
<i>Succession Ordon c. Grail</i> , [1998] 3 R.C.S. 437	374
<i>Sun Indalex Finance, LLC c. United Steelworkers</i> , 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271	323
<i>Supershuttle International, Inc. c. Fetherstonhaugh & Co.</i> , 2015 CF 1259, [2015] A.C.F. n° 1544 (QL)	323
<i>Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	53, 209
<i>TSA Stores, Inc. c. Registraire des marques de commerce</i> , 2011 CF 273, [2011] A.C.F. n° 319 (QL)	323
<i>Tapambwa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CAF 34, [2020] 1 R.C.F. 700	53, 171, 209, 374
<i>Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.</i> , 2019 CAF 179	799
<i>Teksavvy Solutions Inc. c. Bell Média Inc.</i> , 2020 CAF 108	53
<i>Teledyne Industries, Inc. c. Lido Industrial Products Ltd.</i> , [1982] A.C.F. n° 1024 (QL) (1 ^{re} inst.)	551
<i>TELUS Communications Inc. c. Wellman</i> , 2019 CSC 19, [2019] 2 R.C.S. 144	374
<i>Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.</i> , 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381	209
<i>Terre-Neuve-et-Labrador c. AbitibiBowater Inc.</i> , 2012 CSC 67, [2012] 3 R.C.S. 443	615
<i>Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)</i> , 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161	271
<i>Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385	271
<i>Thandi (Re)</i> , 2017 BCSC 1201, 2017 D.T.C. 5090	117
<i>Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.</i> , 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336	374
<i>Therrien c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CAF 14	271
<i>Thompson et al. v. Minister of Justice of Manitoba et al.</i> , 2017 MBCA 71 (CanLII), 5 C.P.C. (8th) 134	22
<i>Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)</i> , [1998] 1 R.C.S. 877, 1998 CanLII 829	615

	PAGE
<i>Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, commission sur les pratiques restrictives du commerce)</i> , [1990] 1 R.C.S. 425, 1990 CanLII 135	615
<i>Thorne's Hardware Ltd. c. La Reine</i> , [1983] 1 R.C.S. 106.....	209
<i>Toronto Real Estate Board c Canada (Commissaire de la concurrence)</i> , 2017 CAF 236, [2018] 3 R.C.F. 563	171
<i>Toure v. Canada (Public Safety & Emergency Preparedness)</i> , 2018 ONCA 681, 40 Admin. L.R. (6th) 261	53
<i>Tradition Fine Foods Ltd. c. Groupe Tradition'l Inc.</i> , 2006 CF 858, [2006] A.C.F. n° 1089 (QL)	323
<i>Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)</i> , 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513.....	374
<i>TransCanada Pipelines Ltd. c. Canada</i> , 2001 CAF 314	117
<i>Tremaine v. Hitchcock</i> , 90 U.S. 518 (1874)	551
<i>Trociuk c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , 2003 CSC 34, [2003] 1 R.C.S. 835	615
<i>Tsleil-Waututh Nation c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CAF 128.....	171
<i>Unicast SA c. South Asian Broadcasting Corporation Inc.</i> , 2014 CF 295, 2014 CarswellNat 874 (WLNext Can.)	323
<i>Union Electric Supply Co. c. Registraire des marques de commerce</i> , [1982] 2 C.F. 263 (1 ^{re} inst.)	323
<i>Vancouver Society of Immigrant and Visible Minority Women c. Ministre du Revenu national</i> , [1999] 1 R.C.S. 10, 1999 CanLII 704	615
<i>Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129	171
<i>Veuve Clicquot Ponsardin c. Boutiques Clicquot Ltée</i> , 2006 CSC 23, [2006] 1 R.C.S. 824	746
<i>VitaPharm Canada Ltd. v. F. Hoffman-La Roche Ltd.</i> (2000), 4 C.P.C. (5th) 169, [2000] O.J. n° 4594 (QL) (C.S.).....	22
<i>Vitronics v. Conceptronic, Inc.</i> , 90 F.3d 1576 (Fed. Cir. 1996).....	799
<i>Vivat Holdings Ltd. c. Levi Strauss & Co.</i> , 2005 CF 707, [2005] A.C.F. n° 893 (QL)	323
<i>Walchuk c. Canada (Justice)</i> , 2015 CAF 85.....	374
<i>Warner-Jenkinson Co. v. Hilton Davis Chemical Co.</i> , 520 U.S. 17, 117 S. Ct. 1040 (1997).....	799
<i>Watson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)</i> , 2017 CF 321	799
<i>Wellcome Foundation Limited c. Apotex Inc.</i> , 1998 CanLII 8270 (C.F. 1 ^{re} inst.) conf. par [2001] 2 C.F. 618, 2001 CanLII 22028 (C.A.).....	551
<i>Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.</i> , [2001] 2 C.F. 618, 2001 CanLII 22028 (C.A.).....	551
<i>Wenger S.A. c. Travel Way International Inc.</i> , 2017 CAF 215.....	746
<i>West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)</i> , 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635	209
<i>West York International Inc. v. Importanne Marketing Inc.</i> , 2012 ONSC 6476 (CanLII).....	117
<i>Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton</i> , 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534	22
<i>Westinghouse Electric & Manufacturing Co. v. Wagner</i> , 225 U.S. 604 (1912)	551
<i>Westminster Bank Ltd. v. Zang</i> , [1966] A.C. 182 (H.L.)	374
<i>Whirlpool Corp. c. Camco Inc.</i> , 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067.....	799
<i>White Burgess Langille Inman c. Abbott and Haliburton Co.</i> , 2015 CSC 23, [2015] 2 R.C.S. 182.....	171, 209
<i>Whiten c. Pilot Insurance Co.</i> , 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595	551

<i>Wildlands League v. Ontario (Natural Resources and Forestry)</i> , 2016 ONCA 741, sub nom. <i>Wildlands League v. Ontario Lieutenant Governor in Council</i> , 134 O.R. (3d) 450	209
<i>Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174	374
<i>Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)</i> , 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83	117
<i>Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée</i> , 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770 . . .	374
<i>Wilson c. La Reine</i> , [1983] 2 R.C.S. 594	417
<i>Winder v. Marriott International Inc.</i> , 2019 ONSC 5766 (CanLII)	22
<i>Windsor (City) c. Canadian Transit Co</i> , 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617	417
<i>Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)</i> , [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694	53
<i>Wong v. Marriott International Inc.</i> , 2020 BCSC 55	22
<i>Woods Canada Ltd. c. Lang Michener</i> , [1996] A.C.F. n° 1701 (QL) (1 ^{re} inst.)	323
<i>Wsánec School Board c. Colombie-Britannique</i> , 2017 CAF 210	271
<i>X (Re)</i> , 2013 CF 1275, [2015] 1 R.C.F. 635, conf. par 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684	417
<i>X (Re)</i> , 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684	171
<i>X (Re)</i> , 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396	417
<i>X (Re)</i> , 2017 CanLII 33034 (C.I.S.R.)	764
<i>X (Re)</i> , 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567	417
<i>X (Re)</i> , 2018 CF 874	417
<i>Yantzi c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CAF 193	374
<i>Yu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 1138	764
<i>Zadydas v. Davis</i> , 533 U.S. 678 (2001)	53
<i>Zaytoun c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 939	764
<i>Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290	171
<i>Zhuo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 911	764

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
CANADA			
An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy by regulating certain activities that discourage reliance on electronic means of carrying out commercial activities, and to amend the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, the Competition Act, the Personal Information Protection and Electronic Documents Act and the Telecommunications Act, S.C. 2010, c. 23		An Act to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy... —Concluded	
s. 1(1).....	615	s. 20(5).....	615
s. 1(2).....	615	s. 22.....	615
s. 1(3).....	615	s. 24.....	615
s. 3.....	615	s. 25.....	615
s. 6.....	615	s. 27.....	615
s. 7.....	615	s. 29(1).....	615
s. 8.....	615	s. 30.....	615
s. 9.....	615	s. 31.....	615
s. 10(1).....	615	s. 32.....	615
s. 10(9).....	615	s. 34(1).....	615
s. 10(10).....	615		
s. 10(13).....	615	Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41	
s. 11(1).....	615	— — —.....	417
s. 12(1).....	615		
s. 12(2).....	615	Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C., 1985, c. B-3	
s. 13.....	615	s. 69.6(2).....	615
s. 14.....	615		
s. 15.....	615	Bill C-59, An Act respecting national security matters, 1st Sess., 42nd Parl., 2017 (1st reading, June 20, 2017)	
s. 17.....	615	cl. 100.....	417
s. 19.....	615	cl. 101.....	417
s. 20(1).....	615		
s. 20(2).....	615	Bill C-86, An Act to Amend the Immigration Act and Other Acts in Consequence Thereof, 34th Parl., 3rd Sess., 1992	
s. 20(3).....	615	— — —.....	271
s. 20(4).....	615		
		Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11	
		— — —.....	323
		Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29	
		s. 309.....	171

	PAGE		PAGE
Canada Evidence Act , R.S.C., 1985, c. C-5		Combines Investigation Act , R.S.C. 1970,	
s. 38.01	53	c. C-23	
		s. 17	615
Canada Student Loans Act , R.S.C., 1985,		s. 31.1	615
c. S-23			
— — —	117	Competition Act , R.S.C., 1985, c. C-34	
		— — —	615
Canadian Charter of Rights and			
Freedom s, being Part I of the Constitution		Constitution Act, 1867 , 30 & 31 Vict., c. 3	
Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982,		(U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982,	
1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix		c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act,	
II, No. 44]		1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II,	
s. 1	53, 171, 209, 615	No. 5]	
s. 2(b)	53, 615	s. 9	374
s. 7	53, 171, 209, 615	s. 91(2)	615
s. 8	417, 615	s. 91(24)	22
s. 9	53	ss. 91–95	374
s. 11	615	s. 101	417
s. 11(b)	53		
s. 12	53	Constitution Act, 1982 , Schedule B, Canada	
s. 15	53, 209	Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985,	
s. 24	53, 417	Appendix II, No. 44]	
		s. 52	53, 209, 374
Canadian Security Intelligence Service			
Act , R.S.C., 1985, c. C-23		Copyright Act , R.S.C., 1985, c. C-42	
s. 2 “dataset”, “human source”, “threats to		s. 2.4(1.1)	374
the security of Canada”	417	s. 3(1)(f)	374
s. 6	417		
s. 7(1)	417	Copyright Modernization Act , S.C. 2012,	
s. 7(2)	417	c. 20	
ss. 11.01–11.25	417	Preamble	374
ss. 11.13–11.15	417		
s. 11.15(5)	417	Corrections and Conditional Release Act ,	
s. 12	417	S.C. 1992, c. 20	
s. 18	417	s. 11	53
s. 18.1	417	ss. 31–37	53
s. 19(2)	417		
s. 20	417	Criminal Code , R.S.C., 1985, c. C-46	
s. 21	417	s. 25.1	417
s. 27.1	417	ss. 83.03–83.33	417
		s. 126	615
		s. 186(4)	417
		s. 515(1)	53
		s. 515(10)(a)	53

	PAGE		PAGE
Criminal Code—Concluded		Immigration and Refugee Protection Act	
s. 515(10)(b)	53	—Concluded	
s. 515(10)(c)	53	s. 44	209
s. 520	53	s. 48(2)	53
s. 521	53	s. 55	53
s. 679(3)	53	s. 57	53
s. 718	615	s. 58	53
Currency Act, R.S.C., 1985, c. C-52		s. 65	3
s. 12	551	s. 68(4)	171
Customs Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 1		s. 72	271
— — —	53	s. 74(d)	171, 271, 764
Customs Tariff, R.S.C., 1985 (3rd Supp.),		s. 95(1)	171
c. 41		s. 95(2)	53
— — —	53	s. 96	171
Department of Justice Act, R.S.C., 1985,		s. 97	171, 764
c. J-2		s. 98	171
s. 4(a)	417	s. 101	209
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7		s. 101(1)	171
s. 2	53	s. 102	209
s. 18(1)(a)	374	s. 104	171
s. 18.1	117	s. 110	764
s. 18.2	53	s. 112	171
s. 20(2)	551	s. 113(b)	171
s. 50	22	s. 113.01	171
s. 57	209	s. 114(1)	171
Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2		s. 117	53
— — —	271	s. 159(1)(g)	271
Immigration and Refugee Protection Act,		s. 159(1)(h)	53, 271
S.C. 2001, c. 27		s. 162(2)	271
s. 3(1)(h)	53	s. 170	271
s. 3(1)(i)	53	s. 171	271
s. 3(3)(f)	53	Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.),	
s. 12(1)	3	c. 1	
ss. 34–37	53	— — —	417
s. 36(1)(a)	171	s. 152(3)	117
s. 37(1)	171	s. 152(8)	117
		s. 164(2)	117
		s. 169(2.2)	117
		s. 169(3)	117

	PAGE		PAGE
Income Tax Act—Concluded		ALBERTA	
s. 222 “action”, “tax debt”	117	Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5	
s. 225.1(1)	117	— — —	615
s. 225.1(2)	117	BRITISH COLUMBIA	
s. 225.1(3)	117	Health and Social Services Delivery Improvement Act, S.B.C. 2002, c. 2	
s. 225.1(4)	117	— — —	615
s. 225.1(5)	117	Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236	
s. 248 “assessment”	117	— — —	117
s. 248(1)	615	Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418	
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21		s. 159	117
s. 17	417	s. 161(6)(d)	117
National Security and Intelligence Review Agency Act, S.C. 2019, c. 13		ONTARIO	
ss. 9–12	417	Judicial Review Procedure Act, R.S.O. 1990, c. J.1	
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4		— — —	53
s. 53.1	799	Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15	
s. 55	551	s. 45	117
s. 57	551	s. 51(1)	117
Trade Marks Act, S.C. 1952-53, c. 49		Mental Health Act, R.S.O. 1990, c. M-7	
s. 2 “use”	323	— — —	53
Trademarks Act, R.S.C., 1985, c. T-13		Ministry of Correctional Services Act, R.S.O. 1990, c. M.22	
s. 2 “trademark”, “use”	323	s. 17	53
s. 4	323	QUEBEC	
s. 7(b)	746	Act to promote workforce skills develop- ment and recognition, CQLR, c. D-8.3	
s. 18(1)	746	— — —	615
s. 19	746		
s. 20	746		
s. 21	746		
s. 30	323		
s. 32	746		
s. 45	323		
s. 53.2(1)	746		
s. 56(1)	323		
s. 56(5)	323		
s. 57	323		
s. 57(1)	746		
s. 67	746		

	PAGE		PAGE
AUSTRALIA		Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC), SOR/2012-36	
Spam Act 2003 (Cth.)		s. 1	615
s. 2(b)	615	s. 2	615
s. 6	615	s. 3	615
Sch. 2	615	s. 4	615
UNITED KINGDOM		s. 5	615
Immigration Act 1971 (U.K.), c. 77		s. 6	615
s. 25	53	Immigration and Refugee Protection Regulation, SOR/2002-227	
UNITED STATES		s. 2	3
Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003, 15 U.S.C. 103		s. 4(1)	3
— — —	615	s. 116	3
Exec. Order No. 13769, 60 Fed. Reg. 8977 (2017) (U.S.)		s. 117(1)a)	3
— — —	209	s. 117(1)b)	3
Immigration and Nationality Act (INA), 8 U.S.C. (2006)		s. 121	3
— — —	209	s. 159.3	209
ORDERS AND REGULATIONS		s. 159.5b(ii)	209
CANADA		s. 167	171
Electronic Commerce Protection Regulations, SOR/2013-221		ss. 244–248	53
s. 1	615	Order Fixing the Day After the Day on which this Order is Made as the Day on which Part 1.1 and Certain Provisions of that Act Come into Force, SI/2019-71 (2019), C. Gaz. II, Vol. 153, No.15	
s. 2	615	— — —	417
s. 3	615	Order in Council P.C. 2004-1158	
s. 4	615	— — —	209
s. 5	615	Order in Council P.C. 2015-0809	
s. 6	615	— — —	209
s. 7	615	Proposed Canadian Securities Act, Order in Council P.C. 2010-667	
s. 8	615	— — —	615
		United Nations Al Qaida and Taliban Regulations, SOR/99-444	
		— — —	417

QUEBEC	PAGE	RULES	PAGE
Regulation respecting the determination of total payroll, CQLR, c. D-8.3		CANADA	
r. 4, s. 1.....	615	Federal Courts Rules, SOR/98-106	
		r. 3	22
		r. 81	171
		r. 81(1)	22
		r. 105(b)	22
		r. 153	746
		r. 213	799
		r. 215	799
		r. 306–309	53
		r. 317	53
		Sch.	209
		tariff B, s. 2(2)	323
		tariff B, column III.....	323, 374
		tariff B, column V	323
		Immigration Division Rules, SOR/2002-229	
		s. 26	53
		Patent Rules, SOR/2019-251	
		s. 57.1.....	799

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
CANADA			
Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]			
art. 1	53, 171, 209, 615		
art. 2b)	53, 615		
art. 7	53, 171, 209, 615		
art. 8	417, 615		
art. 9	53		
art. 11	615		
art. 11b)	53		
art. 12	53		
art. 15	53, 209		
art. 24	53, 417		
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46			
art. 25.1	417		
art. 83.01–83.33	417		
art. 126	615		
art. 186(4)	417		
art. 515(1)	53		
art. 515(10a)	53		
art. 515(10b)	53		
art. 515(10c)	53		
art. 520	53		
art. 521	53		
art. 679(3)	53		
art. 718	615		
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41			
— — —	417		
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. 9	374		
art. 91(2)	615		
art. 91(24)	22		
art. 91–95	374		
art. 101	417		
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. 52	53, 209, 374		
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5 ^e suppl.), ch. 1			
— — —	417		
art. 152(3)	117		
art. 152(8)	117		
art. 164(2)	117		
art. 169(2.2)	117		
art. 169(3)	117		
art. 222 « action », « dette fiscale »	117		
art. 225.1(1)	117		
art. 225.1(2)	117		
art. 225.1(3)	117		
art. 225.1(4)	117		
art. 225.1(5)	117		
art. 248 « cotisation »	117		
art. 248(1)	615		
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21			
art. 17	417		

	PAGE		PAGE
Loi fédérale sur les prêts aux étudiants, L.R.C. (1985), ch. S-23 — — —	117	Loi sur le service canadien du renseigne- ment de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 art. 2 « ensemble de données », « menaces envers la sécurité du Canada », « source humaine »	417
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, ch. 29 art. 309	171	art. 6	417
Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23 art. 17	615	art. 7(1)	417
art. 31.1	615	art. 7(2)	417
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34 — — —	615	art. 11.01–11.25	417
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. (1985), ch. B-3 art. 69.6(2)	615	art. 11.13–11.15	417
Loi sur la modernisation du droit d'au- teur, L.C. 2012, ch. 20 préambule	374	art. 11.15(5)	417
Loi sur la monnaie, L.R.C. (1985), ch. C-52 art. 12	551	art. 12	417
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5 art. 38.01	53	art. 18	417
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11 — — —	323	art. 18.1	417
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42 art. 2.4(1.1)	374	art. 19(2)	417
art. 3(1)f)	374	art. 20	417
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.C. (1985), ch. J-2 art. 4a)	417	art. 21	417
		Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20 art. 11	53
		art. 31–37	53
		Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4 art. 53.1	799
		art. 55	551
		art. 57	551
		Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7 art. 2	53
		art. 18(1)a)	374
		art. 18.1	117
		art. 18.2	53
		art. 20(2)	551
		art. 50	22
		art. 57	209
		Loi sur les douanes, L.R.C. (1985) (2 ^e suppl.), ch. 1 — — —	53

PAGE	PAGE
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés—Fin
art. 2 « emploi », « marque de commerce »... 323	art. 72..... 271
art. 4..... 323	art. 74d)..... 171, 271, 764
art. 7b)..... 746	art. 95(1)..... 171
art. 18(1)..... 746	art. 95(2)..... 53
art. 19..... 746	art. 96..... 171
art. 20..... 746	art. 97..... 171, 764
art. 21..... 746	art. 98..... 171
art. 30..... 323	art. 101..... 209
art. 32..... 746	art. 101(1)..... 171
art. 45..... 323	art. 102..... 209
art. 53.2(1)..... 746	art. 104..... 171
art. 56(1)..... 323	art. 110..... 764
art. 56(5)..... 323	art. 112..... 171
art. 57..... 323	art. 113b)..... 171
art. 57(1)..... 746	art. 113.01..... 171
art. 67..... 746	art. 114(1)..... 171
Loi sur les marques de commerce, S.C. 1953, ch. 49	art. 117..... 53
art. 2 « emploi »..... 323	art. 159(1)g)..... 271
Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2	art. 159(1)h)..... 53, 271
— — —..... 271	art. 162(2)..... 271
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27	art. 170..... 271
art. 3(1)h)..... 53	art. 171..... 271
art. 3(1)i)..... 53	Loi sur l'Office de surveillance des activités en matière de sécurité nationale et de renseignement, L.C. 2019, ch. 13
art. 3(3)f)..... 53	art. 9–12..... 417
art. 12(1)..... 3	Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne par la réglementation de certaines pratiques qui découragent l'exercice des activités commerciales par voie électronique et modifiant la Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, la Loi sur la concurrence, la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques et la Loi sur les télécommunications, L.C. 2010, ch. 23
art. 34–37..... 53	art. 1(1)..... 615
art. 36(1)a)..... 171	
art. 37(1)..... 171	
art. 44..... 209	
art. 48(2)..... 53	
art. 55..... 53	
art. 57..... 53	
art. 58..... 53	
art. 65..... 3	
art. 68(4)..... 171	

	PAGE		PAGE
Loi visant à promouvoir l'efficacité et la capacité d'adaptation de l'économie canadienne...—Fin		Projet de loi C-59, Loi concernant des questions de sécurité nationale , 1 ^{re} sess., 42 ^e ég., 2017, (1 ^{re} lecture le 20 juin 2017)	
art. 1(2)	615	clause 100	417
art. 1(3)	615	clause 101	417
art. 3	615	Projet de loi C-86, Loi modifiant la Loi sur l'immigration et d'autres lois en conséquence , 34 ^e lég., 3 ^e sess., 1992	
art. 6	615	— — —	271
art. 7	615	Tarif des douanes , L.R.C. (1985) (3 ^e suppl.), ch. 41	
art. 8	615	— — —	53
art. 9	615	ALBERTA	
art. 10(1)	615	Personal Information Protection Act , S.A. 2003, ch. P-6.5	
art. 10(9)	615	— — —	615
art. 10(10)	615	COLOMBIE-BRITANNIQUE	
art. 10(13)	615	Health and Social Services Delivery Improvement Act , S.B.C. 2002, ch. 2	
art. 11(1)	615	— — —	615
art. 12(1)	615	Limitation Act , R.S.B.C. 1979, ch. 236	
art. 12(2)	615	— — —	117
art. 13	615	Securities Act , R.S.B.C. 1996, ch. 418	
art. 14	615	art. 159	117
art. 15	615	art. 161(6)(d)	117
art. 17	615	ONTARIO	
art. 19	615	Loi sur la prescription des actions , L.R.O. 1990, ch. L.15	
art. 20(1)	615	art. 45	117
art. 20(2)	615	art. 51(1)	117
art. 20(3)	615	Loi sur la procédure de révision judiciaire , L.R.O. 1990, ch. J.1	
art. 20(4)	615	— — —	53
art. 20(5)	615		
art. 22	615		
art. 24	615		
art. 25	615		
art. 27	615		
art. 29(1)	615		
art. 30	615		
art. 31	615		
art. 32	615		
art. 34(1)	615		

PAGE		PAGE
	ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS	
	CANADA	
	Décret C.P. 2004-1158	
	— — —	209
	Décret C.P. 2015-0809	
	— — —	209
	Décret fixant au lendemain de la prise du présent décret la date d'entrée en vigueur de la Partie 1.1 et de certaines dispositions de cette loi, TR/2019-71 (2019), Gaz. C. II, vol. 153, n° 15	
	— — —	417
	Proposition concernant une loi canadienne intitulée Loi sur les valeurs mobilières, décret C.P. 2010-667	
	— — —	615
	Règlement d'application des résolutions des Nations Unies sur Al-Qaïda et le Taliban, DORS/99-444	
	— — —	417
	Règlement sur la protection du commerce électronique, DORS/2013-221	
	art. 1	615
	art. 2	615
	art. 3	615
	art. 4	615
	art. 5	615
	art. 6	615
	art. 7	615
	art. 8	615
	Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC), DORS/2012-36	
	art. 1	615
	art. 2	615
	art. 3	615
	art. 4	615
Loi sur la santé mentale, L.R.O. 1990, ch. M-7		
— — —	53	
Loi sur le ministère des Services correctionnels, L.R.O. 1990, ch. M.22		
art. 17	53	
QUÉBEC		
Loi favorisant le développement et la reconnaissance des compétences de la main-d'œuvre, RLRQ, ch. D-8.3		
— — —	615	
AUSTRALIE		
Spam Act 2003 (Cth)		
art. 2(b)	615	
art. 6	615	
ann. 2	615	
ÉTATS-UNIS		
Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003, 15 U.S.C. 103		
— — —	615	
Exec. Order No. 13769, 60 Fed. Reg. 8977 (2017) (É.-U.)		
— — —	209	
Immigration and Nationality Act (INA), 8 U.S.C. (2006)		
— — —	209	
ROYAUME-UNI		
Immigration Act 1971 (R.-U.), ch. 77		
art. 25	53	

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

	PAGE
<p>Agreement between the Government of Canada and the Government of the United States of America for Cooperation in the Examination of Refugee Status Claims from Nationals of Third Countries, 5 December 2002, [2004] Can. T.S. No. 2 — — —</p>	209
<p>Convention Against Torture and Other Cruel, Inhumane or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36 Art. 3</p>	209
<p>Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, The Hague, October 25, 1980, [1983] Can. T.S. No. 35 — — —</p>	374
<p>Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), October 5, 1973 art. 69</p>	799
<p>United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, 189 U.N.T.S. 137 Art. 1F(b)</p>	171
<p>Art. 33</p>	209
<p>United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, G.A. Res. 61/295, UN GAOR, 61st Sess., Supp. No. 49, Vol. III, UN Doc. A/61/49 (2007) — — —</p>	22
<p>WIPO Copyright Treaty, Geneva, 20 December 1996, [2014] Can. T.S. No. 20 Art. 8</p>	374

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

	PAGE
<p>Accord entre le gouvernement du Canada et le gouvernement des États-Unis d'Amérique pour la coopération en matière d'examen des demandes de statut de réfugiés présentées par des ressortissants de pays tiers, 5 décembre 2002, [2004] R.T. Can. n° 2</p> <p>— — —</p>	209
<p>Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36</p> <p>art. 3</p>	209
<p>Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, 189 R.T.N.U. 137</p> <p>art. 1Fb)</p> <p>art. 33</p>	171 209
<p>Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973</p> <p>art. 69</p>	799
<p>Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, La Haye, 25 octobre 1980, [1983] R.T. Can. n° 35</p> <p>— — —</p>	374
<p>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Rés. A.G. 61/295, Doc. Off., 61^e session, Suppl. n° 49, vol. III, Doc. de l'ONU A/61/49 (2007)</p> <p>— — —</p>	22
<p>Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, Genève, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n° 20</p> <p>art. 8</p>	374

AUTHORS CITED

	PAGE
Alberta. Law Reform Institute. <i>Limitations</i> . Report No. 55. Edmonton: The Institute, 1989	117
Amnesty International Canada and Canadian Council for Refugees. Report “Contesting the Designation of the US as a Safe Third Country” (June 28, 2017)	209
<i>Black’s Law Dictionary</i> , 10th ed., Thomson Reuters, 2014	117
<i>Black’s Law Dictionary</i> online, 2nd ed., “acknowledgement”	117
Bowden, David and Junyi Chen, “Canadian Trademark Law and ‘Use’ in the Computer and Internet Age” (2017), 33 <i>C.I.P.R.</i> 49	323
Brown, Donald J. M. and John M. Evans, <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , looseleaf. Toronto: Thomson Reuters, 2019	53
Burrows, Andrew S. <i>The Law of Restitution</i> , 3rd ed. New York: Oxford University Press, 2011	551
Canada. Citizenship and Immigration Canada, <i>Bill C-11: Clause by Clause Analysis</i> , Ottawa: Citizenship and Immigration, 2001	271
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 40th Parl., 2nd Sess., No. 053 (7 May 2009)	615
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 40th Parl., 2nd Sess., No. 105 (2 November 2009)	615
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , 40th Parl., 2nd Sess., No. 106 (3 November 2009)	615
Canada. Immigration and Refugee Board. <i>Policy on the Use of Jurisprudential Guides</i> , Policy No. 2003-01, as amended December 2016	271
Canada. Immigration and Refugee Board. <i>Policy on the Use of Jurisprudential Guides</i> , Policy No. 2003-01, as amended December 2019	271
Canada. Parliament. House of Commons. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of Legislative Committee on Bill C-86</i> , 34th Parl., 3rd Sess., Issue No. 10 (September 15, 1992)	271
Canada. Parliament. Senate. <i>Proceedings of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology</i> , 34th Parl., 3rd Sess., Issue No. 17 (September 4, 1992)	271
Canada. Task Force on Spam. <i>Stopping Spam: Creating a stronger, safer Internet</i> , Ottawa: Industry Canada, May 2005	615
Canadian Intellectual Property Office. <i>Trade-marks examination: wares and services manual</i> , Ottawa: Industry Canada, 1996	323
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. Compliance and Enforcement Information Bulletin CRTC 2012-548. “Guidelines on the interpretation of the <i>Electronic Commerce Protection Regulations (CRTC)</i> , October 10, 2012	615
Citizenship and Immigration Canada. <i>Operational Manual: Enforcement (ENF)</i> , Chapter ENF 3 “Admissibility, Hearings and Detention Review Proceedings”	53

	PAGE
Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. <i>Second Report: Freedom and Security under the Law</i> , Ottawa: Privy Council Office, 1981 (Chair: D.C. McDonald)	417
Daly, Paul “Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness” (2016), 62:2 <i>McGill L.J.</i> 527	374
Daly, Paul. “To Have the Point: <i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina</i> , 2019 SCC 29” (5 June 2019) online: <i>Administrative Law Matters</i> < www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/ >	53
Department of Justice. <i>Policy of the Department of Justice Canada and the Canadian Security Intelligence Service on the Duty of Candour in ex parte Proceedings</i> , February 23, 2017	417
Edelman, James. <i>Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property</i> , Oxford, Portland, OR: Hart, 2002	551
Edelman, James. “The Measure of Restitution and the Future of Restitutory Damages” (2010), 18 <i>R.L.R.</i> 1	551
Federation of Law Societies of Canada. <i>Model Code of Professional Conduct</i> , Ottawa (as amended March 14, 2017).	417
Human Rights Watch, <i>In the Freezer: Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells</i> , 28 February 2018	209
Immigration and Refugee Board of Canada, <i>Chairperson Guideline 2: Detention</i> . Ottawa: Immigration and Refugee Board of Canada, April 1, 2019.	53
Immigration and Refugee Board. <i>Practice Notice—Allegations Against Former Counsel</i> , 2018	764
Jackman, I.M. “Restitution for Wrongs” (1989), 48:2 <i>Cambridge L.J.</i> 302.	551
Jones, Martin and Sasha Baglay. <i>Refugee Law</i> , 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2017	53
Keyes, John Mark. “Loyalty, Legality and Public Sector Lawyers” (2019), 97 <i>Can. Bar Rev.</i> 129	417
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 5th ed. Toronto: Lexis Nexis, 2018.	53
MacOdrum, Donald H. <i>Fox: Canadian Law of Patents</i> , looseleaf, 5th ed. Toronto: Carswell, 2013.	551
Mancini, Mark. “The ‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC [?]” (9 April 2019), online (blog): Double Aspect < doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/ >	374
<i>Merriam-Webster Online Dictionary</i> , “acknowledgement”	117
Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) (2006-04-19), « Report of the OECD Task Force on Spam: Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures », <i>OECD Digital Economy Papers</i> , No. 114, OECD Publishing, Paris, online: < https://doi.org/10.1787/231503010627 >	615
<i>Oxford English Dictionary</i> online, 3rd ed., “acknowledgement”	117
<i>Oxford English Dictionary</i> (last visited May 13, 2020) online: www.oed.com , “activity”, “commercial”	615
Perry J.A. and T.A. Currier. <i>Canadian Patent Law</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014	551
Pretnar, Bojan, “Use and Non-Use in Trade Mark Law” in Jeremy Phillips and Ilanah Simon, eds., <i>Trade Mark Use</i> , Oxford: Oxford University Press, 2005.	323
Security Intelligence Review Committee. <i>Review of a Human Source Operation</i> , SIRC Study 2008-4, March 9, 2009	417

	PAGE
Security Intelligence Review Committee. <i>Review of CSIS's Investigation of Canadian Foreign Fighters</i> , SIRC Study 2015-09. May 27, 2016.	417
Security Intelligence Review Committee. <i>SIRC Annual Report 2014–2015: Broader Horizons: Preparing the Groundwork for Change in Security Intelligence Review</i> , Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2015.	417
Security Intelligence Review Committee. <i>SIRC Annual Report 2015–2016: Maintaining Momentum</i> , Ottawa: Public Works and Government Services Canada, 2016.	417
Siebrasse, Norman. “A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms” (2004), 20 <i>C.I.P.R.</i> 79	551
Siebrasse, Norman et al., “Accounting of Profits in Intellectual Property Cases in Canada” (2007), 24 <i>C.I.P.R.</i> 83	551
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016	53
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014	53,117
United Nations High Commissioner for Refugees, <i>Guideline on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention</i> , 2012.	53
United Nations High Commissioner for Refugees, <i>Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report - Universal Periodic Review: United States of America</i> , October 2014.	209
United Nations. General Assembly. <i>United Nations Basic Principles and Guidelines on the right of anyone deprived of their liberty to bring proceedings before a court</i> , 4 May 2015, WGAD/CRP.1/2015.	53
Vaver, David. “Civil Liability for Taking or Using Trade Secrets in Canada” (1981), 5 <i>Can. Bus. L.J.</i> 253	551
Waddams, S.M. <i>The Law of Damages</i> , loose leaf, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1991	551
Wade, William and Christopher Forsyth, <i>Administrative Law</i> , 11th ed. New York: Oxford University Press, 2014	374
Watterson, Stephen. An Account of Profits or Damages? The History of Orthodoxy” (2004), 24:3 <i>O.J.L.S.</i> 471	551
Willis, John. “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 <i>Can. Bar Rev.</i> 1 . . .	374

DOCTRINE CITÉE

PAGE

Alberta. Law Reform Institute. <i>Limitations</i> . Report No. 55. Edmonton : The Institute, 1989	117
Amnesty International et le Conseil canadien pour les réfugiés. Rapport « Contester la désignation des États-Unis en tant que tiers pays sûr » (28 juin 2017)	209
<i>Black's Law Dictionary</i> , 10 ^e éd., Thomson Reuters, 2014	117
<i>Black's Law Dictionary</i> en ligne, 2 ^e éd., « <i>acknowledgement</i> »	117
Bowden, David et Junyi Chen, « Canadian Trademark Law and 'Use' in the Computer and Internet Age » (2017), 33 <i>C.I.P.R.</i> 49	323
Brown, Donald J. M. et John M. Evans, <i>Judicial Review of Administrative Action in Canada</i> , feuilles mobiles. Toronto : Thomson Reuters, 2019	53
Burrows, Andrew S. <i>The Law of Restitution</i> , 3 ^e éd. New York: Oxford University Press, 2011	551
Canada. Citoyenneté et Immigration Canada, <i>Projet de loi C-11: analyse article par article</i> , Ottawa : Citoyenneté et Immigration, 2001	271
Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. <i>Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels</i> , Politique n° 2003-01, modifié en décembre 2016	271
Canada. Commission de l'immigration et du statut de réfugié. <i>Politique sur l'utilisation de guides jurisprudentiels</i> , Politique n° 2003-01, modifié en décembre 2019	271
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 40 ^e lég., 1 ^{re} sess., n° 53 (7 mai 2009).	615
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 40 ^e lég., 2 ^e sess., n° 105 (2 novembre 2009)	615
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , 40 ^e lég., 2 ^e sess., n° 106 (3 novembre 2009)	615
Canada. Groupe de travail sur le pourriel. <i>Freinons le pourriel : Créer un Internet plus fort et plus sécuritaire</i> , Ottawa : Industrie Canada, mai 2005.	615
Canada. Parlement. Chambre des communes. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le projet de loi C-86</i> , 34 ^e lég., 3 ^e sess., fascicule n° 10 (le 15 septembre 1992)	271
Canada. Parlement. Sénat du Canada, <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie</i> , 34 ^e lég., 3 ^e sess., fascicule n° 17 (le 4 septembre 1992)	271
Citoyenneté et Immigration Canada. <i>Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)</i> , chapitre ENF 3 : « Enquêtes et contrôle de la détention »	53
Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. <i>CSARS Rapport annuel 2014–2015 : Vers de nouveaux horizons : préparer le terrain du changement dans la surveillance des activités de renseignement de sécurité</i> , Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2015	417

Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. <i>CSARS Rapport annuel 2015–2016 : Sur notre lancée</i> , Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2016	417
Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. <i>Examen d'une opération faisant appel à des sources humaines</i> , Étude du csars 2008-04, 9 mars 2009	417
Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. <i>Un examen de l'enquête du SCRS sur les « combattants étrangers » canadiens</i> , Étude du CSARS 2015-09, 27 mai 2016	417
Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. <i>Deuxième rapport : La liberté et la sécurité devant la loi</i> , Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1981 (Président : D.C. McDonald)	417
Commission de l'immigration et du statut de réfugié. <i>Avis de pratique – Allégations à l'égard d'un ancien conseil</i> , 2018	764
Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, <i>Directives numéro 2 du président : Détention</i> . Ottawa : Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada, 1 ^{er} avril 2019	53
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Bulletin d'information de Conformité et Enquêtes CRTC 2012-548. « Lignes directrices sur l'interprétation du <i>Règlement sur la protection du commerce électronique (CRTC)</i> , 10 octobre 2012	615
Daly, Paul. « Struggling Towards Coherence in Canadian Administrative Law? Recent Cases on Standard of Review and Reasonableness » (2016), 62:2 <i>R.D. McGill</i> 527.	374
Daly, Paul. « To Have the Point : <i>Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Chhina</i> , 2019 SCC 29 » (5 juin 2019) en ligne : <i>Administrative Law Matters</i> < www.administrativelawmatters.com/blog/2019/06/05/to-have-the-point-canada-public-safety-and-emergency-preparedness-v-chhina-2019-scc-29/ >	53
<i>Dictionnaire Larousse en ligne</i> (consulté le 1 ^{er} juin 2020) : www.larousse.fr/dictionnaires/francais , « activité », « commercial »	615
Edelman, James. <i>Gain-Based Damages: Contract, Tort, Equity and Intellectual Property</i> , Oxford, Portland, OR: Hart, 2002	551
Edelman, James. « The Measure of Restitution and the Future of Restitutionary Damages » (2010), 18 <i>R.L.R.</i> 1	551
Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada. <i>Code type de déontologie professionnelle</i> , Ottawa (tel que modifié le 14 mars 2017).	417
Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés. <i>Principes directeurs relatifs aux critères et aux normes applicables à la détention des demandeurs d'asile et alternatives à la détention</i> , 2012	53
Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés, <i>Submission by the United Nations High Commissioner for Refugees For the Office of the High Commissioner for Human Rights' Compilation Report - Universal Periodic Review : United States of America</i> , Octobre 2014	209
Human Rights Watch, <i>In the Freezer : Abusive Conditions for Women and Children in US Immigration Holding Cells</i> , 28 février 2018.	209
Jackman, I.M. « Restitution for Wrongs » (1989), 48:2 <i>Cambridge L.J.</i> 302	551
Jones, Martin et Sasha Baglay. <i>Refugee Law</i> , 2 ^e éd. Toronto : Irwin Law, 2017	53
Keyes, John Mark. « Loyalty, Legality and Public Sector Lawyers » (2019), 97 <i>Rev. du B. can.</i> 129	417

Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 5 ^e éd. Toronto : Lexis Nexis, 2018	53
MacOdrum, Donald H. <i>Fox : Canadian Law of Patents</i> , feuilles mobiles, 5 ^e éd. Toronto : Carswell, 2013	551
Mancini, Mark. “The ‘Return’ of ‘Textualism’ at the SCC [?]” (9 avril 2019), en ligne (blog) : <i>Double Aspect</i> <doubleaspect.blog/2019/04/09/the-return-of-textualism-at-the-scc/>	374
<i>MerriamWebster Online Dictionary</i> , « acknowledgement »	117
Ministère de la Justice. <i>Politique du ministère de la Justice du Canada et du Service canadien du renseignement de sécurité sur l’obligation de franchise lors d’instances ex parte</i> , 23 février 2017	417
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Principes de base et lignes directrices des Nations Unies sur les voies et procédures permettant aux personnes privées de liberté d’introduire un recours devant un tribunal</i> , 4 mai 2015, WGAD/CRP.1/2015	53
Office de la propriété intellectuelle du Canada. <i>L’examen des marques de commerce : le manuel des marchandises et services</i> , Ottawa : Industrie Canada, 1996	323
Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (2006-04-19), « Report of the OECD Task Force on Spam : Anti-Spam Toolkit of Recommended Policies and Measures », <i>Documents de travail de l’OCDE sur l’économie numérique</i> , n ^o 114, Éditions OCDE, Paris, en ligne : <https://doi.org/10.1787/231503010627>	615
<i>Oxford English Dictionary</i> en ligne, 3 ^e éd., « acknowledgement »	117
Perry J.A. et T.A. Currier. <i>Canadian Patent Law</i> , 2 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014	551
Pretnar, Bojan, « Use and Non-Use in Trade Mark Law » dans Jeremy Phillips et Ilanah Simon, dir., <i>Trade Mark Use</i> , Oxford : Oxford University Press, 2005	323
Siebrasse, Norman. « A Remedial Benefit-Based Approach to the Innocent-User Problem in the Patenting of Higher Life Forms » (2004), 20 <i>R.C.P.I.</i> 79	551
Siebrasse, Norman et al., « Accounting of Profits in Intellectual Property Cases in Canada » (2007), 24 <i>R.C.P.I.</i> 83	551
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3 ^e éd. Toronto : Irwin Law, 2016	53
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014	53, 117
Vaver, David. « Civil Liability For Taking or Using Trade Secrets in Canada » (1981), 5 <i>Can. can. dr. comm.</i> 253	551
Waddams, S.M. <i>The Law of Damages</i> , feuilles mobiles, 2 ^e éd. Toronto: Canada Law Book, 1991	551
Wade, William et Christopher Forsyth, <i>Administrative Law</i> , 11 ^e éd., New York : Oxford University Press, 2014	374
Watterson, Stephen. « An Account of Profits or Damages? The History of Orthodoxy » (2004), 24:3 <i>O.J.L.S.</i> 471	551
Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 <i>Rev B. can.</i> 1	374

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3

Available on the Internet at the following Web sites:

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

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

Disponible sur Internet aux sites Web suivants :

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

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