



Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

2023, Vol. 1, Part 2

2023, Vol. 1, 2^e fascicule

Cited as [2023] 1 F.C.R., {³³⁷⁻⁶⁹⁴_{D-7-D-11}

Renvoi [2023] 1 R.C.F., {³³⁷⁻⁶⁹⁴_{F-7-F-13}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LORNE WALDMAN, C.M., Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

CASSANDRA JOHNSON
NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

ARRÊTISTES

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

CASSANDRA JOHNSON
NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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

© His Majesty the King in Right of Canada, 2024.

Print	Online
Cat. No. JU1-2-1	Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

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

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

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

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2024.

Imprimé	En ligne
N° de cat. JU1-2-1	N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

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

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

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

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

CONTENTS

Digests.....	D-7–D-11
Judgments	337–694

Immigration Consultants of Canada Regulatory Council v. Bansal (F.C.) 337

Citizenship and Immigration — Immigration Consultants — Regulation — Application for judicial review of decision of applicant's Discipline Committee (Discipline Committee) (1) lifting suspension of respondent's licence pending outcome of disciplinary proceedings against respondent and (2) allowing him to practice under supervision — Respondent is regulated immigration consultant — Over last decade, he, his associated corporations faced numerous complaints, several court proceedings relating to his immigration consultancy practice — Applicant proceeded with several complaints — Brought urgent motion for interim suspension of respondent's licence pending outcome of disciplinary proceedings, which motion granted — Defendant sought leave to judicially review decision — Matter settled, returned to Discipline Committee — Discipline Committee again suspending respondent's licence pending determination of underlying complaints — Respondent directed to stop soliciting business as immigration consultant — Respondent brought motion to lift suspension, proposed supervision with plan as alternative to suspension — Applicant brought cross-motion to continue suspension — Discipline Committee lifted suspension, allowed respondent to practice under supervision — On merits of underlying complaints, Discipline Committee found respondent committed professional misconduct; made no findings as to appropriate sanction that should apply — In case at bar, preliminary issues whether application for judicial review was premature; whether applicant precluded from raising adequacy of supervision on judicial review — Main issues whether decision of Discipline Committee to lift licence suspension reasonable; appropriate remedy — In accordance with applicant's By-Law, there was no internal appeal process for applicant — Decision was not interlocutory because, unlike other interim decisions or orders that arise from ongoing proceeding, Decision was complete in its rendering — Decision stood, would continue to do

Continued on next page

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

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

SOMMAIRE

Fiches analytiques.....	F-7–F-13
Jugements	337–694

Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada c. Bansal (C.F.) 337

Citoyenneté et Immigration — Consultants en immigration — Réglementation — Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Comité de discipline du demandeur (le Comité de discipline) 1) levant la suspension du permis du défendeur en attendant l'issue d'une procédure disciplinaire contre lui, et 2) autorisant le défendeur à pratiquer sous surveillance — Le défendeur est un consultant en immigration agréé — Au cours des 10 dernières années, lui et ses sociétés associées ont dû répondre à de nombreuses plaintes et ont plusieurs fois été traduits en justice relativement à sa pratique de consultant en immigration — Le demandeur a donné suite à plusieurs plaintes — Il a produit une requête urgente en vue de faire suspendre provisoirement le permis de pratique du défendeur en attendant l'issue des procédures disciplinaires et cette requête a été accueillie — Le défendeur a sollicité l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire — Les parties ont ensuite réglé l'affaire et elle a été renvoyée au Comité de discipline pour qu'il rende une nouvelle décision en contrôle judiciaire — Le Comité de discipline a une fois de plus suspendu le permis de pratique du défendeur jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur les plaintes sous-jacentes — Il a été ordonné au défendeur d'arrêter de recruter de nouveaux clients en qualité de consultant en immigration — Le défendeur a présenté une requête en vue de faire lever la suspension et a proposé un plan de surveillance plutôt que d'une suspension — Le demandeur a déposé une requête incidente en vue de maintenir la suspension — Le Comité de discipline a levé la suspension et autorisé le défendeur à pratiquer sous surveillance — Quant aux plaintes sous-jacentes sur le fond, le Comité de discipline a conclu que le défendeur avait commis des erreurs professionnelles, mais n'a tiré aucune conclusion quant à la sanction qu'il convenait d'infliger — En l'espèce, les questions préliminaires étaient celles de déterminer si le contrôle judiciaire était prématuré et de savoir s'il était interdit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

so, until final disposition of Discipline Committee following its findings of professional misconduct — Review of Decision not resulting in interference with internal administrative process of applicant's Discipline Committee nor would it result in fragmentation of administrative proceedings — Applicant not precluded from raising adequacy of supervision on judicial review — Applicant's central contention was that Decision lacked justification for whether supervision was appropriate in first place, as alternative to suspension — Therefore, nothing to preclude applicant from seeking judicial review of that aspect of Decision, given position it took consistently throughout proceedings before Discipline Committee — Determinative issue in this case was whether Discipline Committee made unreasonable Decision by failing to engage in analysis, provide adequate reasons for lifting suspension of respondent's licence — Discipline Committee concluded in one sentence that panel found that practice restrictions would be sufficient to reduce risk of harm to public interest in administration of justice, risk of harm to public — Discipline Committee offered no chain of analysis to justify its decision to lift licence suspension, replace it with licence restrictions in matter that raised serious allegations of misconduct, concerns for public's confidence in profession, risk of harm to public — This rendered Decision unreasonable — On that basis alone, matter sent back for redetermination — As to appropriate remedy, decision from Court quashing Decision would have effect of removing restrictions on respondent's licence to practice but would not reinstate licence suspension as per previous decision — Thus, this was appropriate case to direct that restrictions set out in Decision remain in place while redetermination was underway — Application allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au demandeur de soulever la question du caractère approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire — Les principales questions étaient celles de déterminer si la décision du Comité de discipline de lever la suspension du permis était raisonnable et quelle était la réparation appropriée — Conformément au Règlement administratif du demandeur, ce dernier ne disposait d'aucun processus d'appel interne — La décision n'était pas de nature interlocutoire, car, contrairement à d'autres ordonnances ou décisions provisoires qui découlent d'une instance en cours, cette décision était complète en soi — La décision du Comité de discipline était valide et continuerait de l'être jusqu'à ce qu'il rende la décision finale suivant ses conclusions d'inconduite professionnelle — Le contrôle de la décision ne constituait pas une ingérence dans le processus administratif interne du Comité de discipline du demandeur, pas plus qu'il ne fragmenterait les procédures administratives — Il n'était pas interdit au demandeur de soulever la question du caractère approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire — Le demandeur a principalement fait valoir que la décision n'était pas justifiée pour ce qui était de savoir si la surveillance était fondamentalement une mesure appropriée qui constitue une solution de rechange à la suspension — Par conséquent, rien n'empêchait le demandeur de solliciter le contrôle judiciaire de cet aspect de la décision, vu la position qu'il a systématiquement suivie pendant toute la durée des procédures devant le Comité de discipline — La question déterminante en l'espèce consistait à se demander si le Comité de discipline avait rendu une décision déraisonnable du fait qu'il ne s'était pas livré à une analyse et qu'il n'avait pas fourni de motifs suffisants pour lever la suspension du permis du défendeur — Le Comité de discipline a conclu en une seule phrase que le jury estimait que les restrictions suffiraient à réduire le risque de préjudice touchant l'intérêt public dans l'administration de la justice et le risque de préjudice pour le public — Le Comité de discipline n'a fait aucune analyse pour justifier sa décision de lever la suspension de permis et de la remplacer par des restrictions dans le cadre d'une affaire qui comportait de graves allégations d'inconduite, malgré ses préoccupations à l'égard de la confiance du public envers la profession et le risque de préjudice auquel le public serait exposé — La décision rendue était donc déraisonnable — Pour ce seul motif, l'affaire a été renvoyée pour qu'une nouvelle décision soit rendue — Quant à la question de la mesure de réparation appropriée, l'annulation par la Cour de la décision aurait eu pour effet d'éliminer les restrictions imposées au permis de pratique du défendeur, mais n'aurait pas rétabli la suspension de permis ordonnée dans la décision précédente — Ainsi, il convenait en l'espèce d'ordonner le maintien des restrictions formulées en attendant la nouvelle décision — Demande accueillie.

Suite à la page suivante

AbbVie Corporation v. Canada (Health) (F.C.) . . . 369

Patents — Applications for judicial review of two related decisions by respondent Minister of Health (Minister) made pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PM(NOC) Regulations) under *Patent Act* — Applications concerning: Minister’s determination that respondent JAMP Pharma Corporation (JAMP) not a “second person” for purposes of PM(NOC) Regulations, s. 5(1) in respect of its new drug submission (NDS); Minister’s decision to issue notice of compliance (NOC) to JAMP permitting it to market three drugs in Canada under brand name SIMLANDI — SIMLANDI “biosimilar” of applicants’ HUMIRA — To prevent abuse, subsequent entry manufacturer or “second person” must meet conditions prescribed by s. 5(1) — Second person must file “Form V” in manner approved by Health Canada’s Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) — HUMIRA assigned single drug identification number (DIN) — Health Canada’s Office of Submissions and Intellectual Property (OSIP) initially considered JAMP’s NDS incomplete for not including Form V declaration in respect of patents on Patent Register for three HUMIRA drugs — JAMP submitted Form Vs on “without prejudice” basis to avoid delay — Took position that it was not required to comply with s. 5(1) — OPML of opinion that drugs referred to in s. 5(1) must be DIN-specific, restricted to reference biologic drugs (RBDs) identified by Biologic and Radiopharmaceutical Drugs Directorate (BRDD) — OPML confirmed JAMP not second person for purposes of PM(NOC) Regulation, s. 5(1), corresponding obligations therein not arising unless NDS directly or indirectly compared drug to another drug — Found that “another drug” must be interpreted to be CRP (Canadian Reference Product) or RBD, specific with respect to strength, dosage form, route of administration (i.e. DIN-specific) — Determined that “another drug” for purposes of s. 5(1) consisting exclusively of RBDs identified by BRDD — OPML concluded that JAMP not second person pursuant to s. 5(1) — Minister issued NOCs to JAMP for its SIMLANDI pre-filled syringe, auto-injector pen, pre-filled syringe presentations — Applicants noted that text of s. 5(1) not defining “another drug”, or limiting it to DIN-specific presentation — Stated that text of s. 5(1) broader, intended to capture all manner of comparison to drug approved for marketing in Canada — Noting that Minister’s guidance document requiring active substances or medicinal ingredients of biosimilar, RBD to be similar, not identical — Whether reasonable for Minister to determine that JAMP not “second person” for purposes of PM(NOC) Regulations, s. 5(1) — Whether reasonable for Minister to issue NOCs to JAMP for its SIMLANDI presentations — Minister’s interpretation of s. 5(1) as applying only to DIN-specific version of drug marketed in Canada reasonable — No basis upon which Minister could have expanded RBDs to encompass

Continued on next page

AbbVie Corporation c. Canada (Santé) (C.F.) . . . 369

Brevets — Demandes de contrôle judiciaire de deux décisions connexes prises par le ministre de la Santé (le ministre) au titre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, (le Règlement sur les MB (AC)) pris en application de la *Loi sur les brevets* — Les demandes concernaient la décision du ministre selon laquelle, s’agissant de sa présentation de drogue nouvelle (PDN), JAMP Pharma Corporation (JAMP) n’est pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), et la décision du ministre de délivrer un avis de conformité (AC) permettant à JAMP de commercialiser trois médicaments au Canada sous la marque nominative SIMLANDI — SIMLANDI est un « médicament biosimilaire » d’HUMIRA des demandereses — Pour éviter les abus, le fabricant subséquent ou la « seconde personne » doit remplir les conditions prescrites par le paragraphe 5(1) — La seconde personne doit déposer le « formulaire V » de la manière prescrite par le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (le BMBL) de Santé Canada — HUMIRA s’est vu attribuer un seul numéro d’identification (DIN) — Le Bureau des présentations et de la propriété intellectuelle (le BPPI) de Santé Canada a d’abord considéré que la PDN de JAMP était incomplète parce qu’elle n’incluait pas la déclaration (formulaire V) quant aux brevets inscrits au registre qui se rapportent aux trois médicaments HUMIRA — JAMP a soumis les formulaires V « sous toutes réserves » pour éviter les retards — Elle a fait valoir qu’elle n’était pas tenue de se conformer au paragraphe 5(1) — Le BMBL a estimé que les médicaments visés par le paragraphe 5(1) doivent avoir leur propre DIN et qu’ils se limitent aux médicaments biologiques de référence (MBR) recensés par la Direction des médicaments biologiques et radiopharmaceutiques (la DMBR) — Le BMBL a confirmé que JAMP n’était pas une seconde personne pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) et qu’elle n’était tenue à aucune des obligations découlant de cette disposition à moins que la PDN, [TRADUCTION] « directement ou indirectement, compare le médicament à une autre drogue, ou y fasse renvoi » — Il a conclu que le terme « autre drogue » s’entend du [TRADUCTION] « produit de référence canadien (PRC) ou du médicament biologique de référence (MBR) (selon le cas), et que sa concentration, sa forme posologique et sa voie d’administration doivent être précisées (c’est-à-dire qu’il doit avoir son propre DIN) » — Le BMBL a jugé que, pour l’application du paragraphe 5(1), le terme « autre drogue » s’entendait exclusivement des MBR recensés par la DMBR — Le BMBL a conclu que JAMP n’était pas une seconde personne au sens du paragraphe 5(1) — Le ministre a délivré un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI sous forme de seringue préremplie, de stylo auto-injecteur et de seringue — Les demandereses ont

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

presentations of HUMIRA beyond those identified by BRDD — BRDD clear that it was responding to inquiry “as to what is the reference biologic drug” for JAMP presentations — Drug that is not marketed not eligible for protections under PM(NOC) Regulations, given explicit marketing requirement under s. 5(1) — Marketing condition ensuring that advantages of PM(NOC) Regulations not conferred on patent holders whose products not available to consumers — General policy behind marketing condition is that patent holder who obtains NOC, but does not use it, should not be entitled to rely on that NOC to obtain collateral advantages because of PM(NOC) Regulations — This supporting narrow interpretation of s. 5(1) — Minister’s decision falling within range of acceptable outcomes defensible in respect of facts, law — Minister not precluded from recognizing functional equivalence between RBDs, CRPs — Minister’s guidance document stating that dosage form, strength, routes of administration of biosimilar “should be the same” as RBD — Even if term “should” discretionary rather than mandatory, Minister could not be faulted for following recommendation contained in his own guidance document — Enforcement mechanism of PM(NOC) Regulations only available to innovator that markets its innovative drug in Canada — PM(NOC) Regulations, ss. 4, 5 reciprocal in nature — Applicants did not demonstrate that Minister’s decision to treat RBDs, CRPs as performing “equivalent role” unreasonable — Here, BRDD able to identify biologic drugs authorized in Canada having same dosage forms, strengths, routes of administration, active ingredient as JAMP presentations — No need for flexibility on part of Minister in selecting RBDs — Applicants’ alternative interpretation fell short of demonstrating that Minister’s application of guidance document outside range of acceptable, defensible outcomes — Minister having great expertise in PM(NOC) Regulations’ application, interpretation — Minister’s decision to issue NOC to JAMP reasonable — Applications dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

souligné que le paragraphe 5(1) ne définit pas le terme « une autre drogue », non plus qu’il ne limite son application à une présentation qui a son propre DIN — Elles ont indiqué que le libellé du paragraphe 5(1) est général et vise à englober toutes les formes de comparaison avec un médicament mis en marché au Canada — Elles ont fait valoir que les lignes directrices du ministre exigent que l’ingrédient actif, ou l’ingrédient médicamenteux, du médicament biosimilaire et celui du MBR soient similaires, et non pas identiques — Il s’agissait de déterminer s’il était raisonnable pour le ministre de conclure que JAMP n’était pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) — Il s’agissait également de déterminer s’il était raisonnable pour le ministre de délivrer un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI — L’interprétation qu’a donnée le ministre du paragraphe 5(1), à savoir qu’il ne s’applique qu’à la version d’un médicament à laquelle on a attribué un numéro d’identification de drogue (DIN) et qui est commercialisée au Canada, était raisonnable — Rien ne permettait au ministre d’allonger la liste des MBR afin d’englober d’autres présentations d’HUMIRA que celles recensées par la DMBR — La DMBR a dit clairement qu’elle répondait à une demande de renseignements [TRADUCTION] « sur le médicament biologique de référence » utilisé à l’égard des présentations de JAMP — Un médicament qui n’est pas commercialisé ne peut bénéficier des protections prévues par le Règlement sur les MB (AC), étant donné la condition expresse prévue au paragraphe 5(1) — La condition relative à la commercialisation existe pour s’assurer que les avantages du Règlement sur les MB (AC) ne soient pas conférés aux titulaires de brevet dont les produits ne sont pas offerts aux consommateurs — Le principe général qui sous-tend cette condition de commercialisation est que le titulaire de brevet qui obtient un AC, mais qui ne s’en prévaut pas, ne devrait pas pouvoir bénéficier des avantages accessoires que lui procure cet AC en raison du Règlement sur les MB (AC) — Ceci tend à confirmer qu’il convient de donner au paragraphe 5(1) une interprétation étroite — La décision du ministre appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Le ministre peut reconnaître qu’il existe une équivalence fonctionnelle entre les MBR et les PRC — Les lignes directrices du ministre indiquent que les formes posologiques, les dosages et les voies d’administration du médicament biosimilaire « devraient être identiques » à ceux du MBR — Même si le terme « devraient » est discrétionnaire plutôt qu’impératif, on ne peut reprocher au ministre d’avoir suivi la recommandation contenue dans ses propres lignes directrices — Le mécanisme d’application du Règlement sur les MB (AC) ne s’applique qu’à l’innovateur qui commercialise sa drogue innovante au Canada — Les articles 4 et 5 du Règlement sur les MB (AC) sont réciproques par nature — Les demanderes

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Soulliere v. Canada (F.C.A.) 397

Income Tax — Administration and Enforcement — Appeal from Tax Court of Canada decision upholding assessments against appellant as director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010) for unremitted income tax source deductions, levied under *Income Tax Act* (ITA), s. 227.1, unremitted net GST/HST, levied under *Excise Tax Act* (ETA), s. 323 — Metro 2010 incorporated under *Ontario Business Corporations Act* (OBCA), ran same operations as another family business, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), while Metro Windsor was in receivership — Appellant was also involved in operation of both Metro Windsor, Metro 2010 — Appellant not shareholder of Metro 2010, but was its sole incorporating director — No other directors were ever appointed or elected — After accepting role of incorporating director, appellant resigning as director a few weeks later — Tax Court determining that appellant's resignation not effective by virtue of combined effect of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — Holding that appellant remained director of Metro 2010 after delivery of his letter of resignation — Appellant submitted that Tax Court erred in its interpretation of OBCA, ss. 115(4), 119(2) because deemed director may be said to be “appointed” within meaning of s. 119(2); that accordingly, his resignation was effective when letter tendered — Whether Tax Court erred in interpretation of OBCA — Few cases existing where interplay of OBCA, ss. 115(4), 119(2) examined — Tax Court's interpretation respected ordinary meaning of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — On plain meaning, deeming provision not constituting “election” or “appointment”, thus supporting Tax Court's interpretation — Other provisions in OBCA dealing with election, appointment of directors entirely consistent with Tax Court's interpretation — Purpose of provisions examined, which was in particular to improve investor protections — Therefore, text, context,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

n'ont pas démontré que la décision du ministre de traiter les MBR et les PRC comme s'ils jouaient un « rôle équivalent » était déraisonnable — En l'espèce, la DMBR a pu recenser des médicaments biologiques autorisés au Canada dont les formes posologiques, les dosages, les voies d'administration et l'ingrédient actif étaient identiques à ceux des présentations de JAMP — Le ministre n'a pas eu besoin de faire preuve de souplesse dans la sélection des MBR — L'interprétation proposée par les demanderesse ne permettait pas de démontrer que la façon dont le ministre a appliqué les lignes directrices n'appartenait pas aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Le ministre possède une grande expertise dans l'application, l'interprétation du Règlement sur les MB (AC) — La décision du ministre de délivrer un AC à JAMP était raisonnable — Demandes rejetées.

Soulliere c. Canada (C.A.F.) 397

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Appel à l'encontre du jugement de la Cour canadienne de l'impôt confirmant les cotisations établies à l'égard de l'appellant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) et de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA) — Metro 2010 a été constituée en société sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario* (LSAO), et exerçait essentiellement les mêmes activités qu'une autre entreprise familiale, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), pendant que cette dernière était mise sous séquestre — L'appellant a également participé aux activités de Metro Windsor de même qu'aux activités de Metro 2010 — L'appellant n'était pas actionnaire de Metro 2010, mais il en était le seul administrateur désigné dans les statuts — Aucun autre administrateur n'a été nommé ou élu — Après avoir accepté le rôle d'administrateur désigné, l'appellant a démissionné de son poste d'administrateur quelques semaines plus tard — La Cour de l'impôt a déterminé que la démission de l'appellant n'avait pas pris effet en raison de l'effet conjugué des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — Elle a conclu que l'appellant était demeuré administrateur de Metro 2010 après avoir remis sa lettre de démission — L'appellant a soutenu que la Cour de l'impôt avait commis une erreur dans son interprétation des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO, car un administrateur réputé peut être considéré comme étant « nommé » au sens du paragraphe 119(2) de la LSAO, de sorte que sa démission avait pris effet au moment où elle a été remise — Il s'agissait de déterminer si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

purpose of provisions supported Tax Court's interpretation — Tax Court not erring in rendering decision as it did — Appeal dismissed.

Corporations — Tax Court of Canada upholding assessments against appellant as director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010) for unremitted income tax source deductions, levied under *Income Tax Act* (ITA), s. 227.1, unremitted net GST/HST, levied under *Excise Tax Act* (ETA), s. 323 — Metro 2010 incorporated under *Ontario Business Corporations Act* (OBCA), ran same operations as another family business, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), while Metro Windsor was in receivership — Appellant was also involved in operation of both Metro Windsor, Metro 2010 — Was not shareholder of Metro 2010 but its sole incorporating director — No other directors were ever appointed or elected — After accepting role of incorporating director, appellant resigning as director a few weeks later — Tax Court determining that appellant's resignation not effective by virtue of combined effect of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — Appellant submitting Tax Court erring in interpretation of provisions at issue, in decision rendered — Tax Court's interpretation respected ordinary meaning of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — On its plain meaning, deeming provision not constituting an "election" or "appointment", thus supporting Tax Court's interpretation — Other provisions in OBCA dealing with election, appointment of directors consistent with interpretation of Tax Court — Provisions such as OBCA, ss. 119(4), 120 regarding appointment or election of directors all requiring deliberate acts — Are thus inconsistent with notion that an appointment could result from deeming provision contained in s. 115(4) — Purpose of ss. 115(4), 119(4) examined — Nothing in legislative record indicating that s. 115(4) was intended to override or circumscribe s. 119(2) — Therefore, text, context, purpose of provisions supported Tax Court's interpretation of those provisions.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

son interprétation de la LSAO — Il existe peu d'affaires dans lesquelles l'interaction entre les paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO a été examinée — L'interprétation de la Cour de l'impôt respectait le sens ordinaire des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — Dans leur sens ordinaire, les dispositions déterminatives ne constituent ni une « élection » ni une « nomination », ce qui corrobore l'interprétation de la Cour de l'impôt — Les autres dispositions de la LSAO qui portent sur l'élection et la nomination des administrateurs s'accordent entièrement avec l'interprétation de la Cour de l'impôt — L'objet des dispositions a été examiné et a révélé que celui-ci consistait surtout à améliorer les protections offertes aux investisseurs — Par conséquent, le texte, le contexte et l'objet des dispositions étayaient l'interprétation de la Cour de l'impôt — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rendant sa décision comme elle l'a fait — Appel rejeté.

Sociétés — La Cour canadienne de l'impôt a confirmé les cotisations établies à l'égard de l'appellant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) et de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA) — Metro 2010 a été constituée en société sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario* (LSAO), et exerçait essentiellement les mêmes activités qu'une autre entreprise familiale, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), pendant que cette dernière était mise sous séquestre — L'appellant a également participé aux activités de Metro Windsor de même qu'aux activités de Metro 2010 — Il n'était pas actionnaire de Metro 2010, mais il en était le seul administrateur désigné dans les statuts — Aucun autre administrateur n'a été nommé ou élu — Après avoir accepté le rôle d'administrateur désigné, l'appellant a démissionné de son poste d'administrateur quelques semaines plus tard — La Cour de l'impôt a déterminé que la démission de l'appellant n'avait pas pris effet en raison de l'effet conjugué des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — L'appellant a soutenu que la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation des dispositions en litige et dans sa décision — L'interprétation de la Cour de l'impôt respectait le sens ordinaire des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — Dans leur sens ordinaire, les dispositions déterminatives ne constituent ni une « élection » ni une « nomination », ce qui corroborait l'interprétation de la Cour de l'impôt — Les autres dispositions de la LSAO qui portent sur l'élection et la nomination des administrateurs s'accordent avec l'interprétation de la Cour de l'impôt — Les dispositions comme le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

CSX Transportation, Inc. v. ABB Inc. (F.C.A.) . . . 415

Administrative Law — Procedural fairness — Appeal from Federal Court decision finding, among other things, that appellant was liable under *Civil Code of Québec* in action for damages by respondent ABB Inc. — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada while it retained appellant to handle rail transportation in United States — Appellant is Virginia corporation headquartered in Florida — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision on number of grounds, in particular that Federal Court not respecting procedural fairness — Whether there was breach of procedural fairness in this case — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, since ABB Inc. not pleading that appellant liable in any way under Civil Code — While Federal Court not erring in raising with parties question of whether they had overlooked Civil Code, to fulfil procedural fairness obligations, it had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in an informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe — Therefore, Federal Court's judgment against appellant set aside; new trial in Federal Court ordered before another judge — Appeal allowed.

Transportation — Federal Court finding, among other things, that appellant was liable under *Civil Code of Québec* in action for damages by respondent ABB Inc. — ABB Inc., a

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

paragraphe 119(4) et l'article 120 de la LSAO concernant la nomination ou l'élection d'administrateurs requièrent toutes des actions délibérées — Elles sont donc incompatibles avec l'idée voulant qu'une nomination puisse résulter de la disposition déterminative du paragraphe 115(4) — L'objet des paragraphes 115(4) et 119(4) a été examiné — Il n'y a rien dans le dossier législatif qui indique que le paragraphe 115(4) ait eu pour but de supplanter le paragraphe 119(2) ou d'en limiter la portée — Par conséquent, le texte, le contexte et l'objet des dispositions étayaient l'interprétation de la Cour de l'impôt de ces dispositions.

CSX Transportation, Inc. c. ABB Inc. (C.A.F.) . . . 415

Droit administratif — Équité procédurale — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale concluant, entre autres, que l'appelante était responsable en application du *Code civil du Québec* dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, retenant les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — L'appelante est une société de la Virginie dont le siège social est situé en Floride — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a invoqué plusieurs motifs pour interjeter appel de la décision de la Cour fédérale, notamment que la Cour fédérale n'avait pas respecté l'équité procédurale — Il s'agissait en l'espèce de déterminer la présence d'un manquement à l'équité procédurale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, surtout du fait qu'ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable en application du Code civil — Même si la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en soulevant avec les parties la question de savoir si elles avaient omis de tenir compte du Code civil, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, elle devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr — Par conséquent, le jugement de la Cour fédérale a été annulé et la tenue d'un nouveau procès devant la Cour fédérale, devant un autre juge, a été ordonnée — Appel accueilli.

Transports — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil du Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada but retained appellant to handle rail transportation in United States — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, ABB Inc. not pleading that appellant liable in any way under Civil Code; Federal Court not inviting specific submissions on whether Civil Code could apply on facts of case in light of provisions of *Canada Transportation Act* — To fulfil procedural fairness obligations, Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe.

Railways — Federal Court finding, among other things, that appellant was liable under *Civil Code of Québec* in action for damages by respondent ABB Inc. — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada but retained appellant to handle rail transportation in United States — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, given that Federal Court not inviting specific submissions on whether Civil Code could apply on facts of case in light of provisions of *Canada Transportation Act*, *Railway Traffic Liability Regulations* — To fulfil procedural fairness obligations, Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'intimée ABB Inc. — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, mais a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, plus particulièrement, ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable en application du Code civil; la Cour fédérale n'a pas invité les parties à déposer des observations visant précisément l'application du Code civil aux faits de l'espèce à la lumière des dispositions de la *Loi sur les transports au Canada* — Pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr.

Chemins de fer — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil du Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, mais a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, plus particulièrement, du fait que la Cour fédérale n'a pas invité les parties à déposer des observations visant précisément l'application du Code civil aux faits de l'espèce à la lumière des dispositions de la *Loi sur les transports au Canada* et du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises* — Toutefois, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Civil Code — Federal Court finding, among other things, that appellant was liable under *Civil Code of Québec* in action for damages by respondent ABB Inc. (ABB Inc.) — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada but retained appellant to handle rail transportation in United States — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, since ABB Inc. not pleading that appellant liable in any way under Civil Code; pleadings not suggesting that governing law was that of Quebec; Federal Court raised by itself possibility of liability of respondent, appellant under Civil Code but did this in vague, general way — To fulfil procedural fairness obligations, Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe.

Serimbetov v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship) (F.C.) 425

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Business class applicants — Applications for judicial review concerning three work permit refusals (Decisions) by visa officer at Canadian Embassy in Warsaw, Poland (Officer) — Work permits were filed under Start-up Business Class (Program) — Three applicants all citizens of Kazakhstan, business partners who applied for Start-up Business Class Work Permits in conjunction with Program — Applicants sought to create company for purpose of designing, fabricating, selling self-sustained greenhouses — Applicants submitted application package for work permits under Program — Substantive reasons for Decisions, contained in refusal letters, Global Case Management System (GCMS) notes, were identical in all three files with minor exception — Officer found that applicants not eligible for C10 LMIA-exempt work permits for which they applied because in particular, applicants had not provided sufficient evidence of personal renown, expertise in their field, had not made efforts to first obtain LMIA — Officer thus not satisfied that work sought by applicants would create or maintain

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Code civil — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil du Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. (ABB Inc.) — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, mais a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, surtout du fait qu'ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable en application du Code civil; les actes de procédure ne mentionnaient pas que le droit applicable était celui du Québec; et la Cour fédérale a soulevé d'elle-même la possibilité que l'intimée et l'appelante soient responsables en application du Code civil, mais elle ne l'a fait que de façon vague et générale — Toutefois, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr.

Serimbetov c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté) (C.F.) 425

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demandeurs de la catégorie des gens d'affaires — Demandes de contrôle judiciaire de trois décisions par lesquelles un agent des visas à l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne (l'agent) a rejeté les demandes de permis de travail des demandeurs (les décisions) — Les demandes de permis de travail ont été présentées au titre de la catégorie du démarrage d'entreprise (le programme) — Les demandeurs sont tous des citoyens du Kazakhstan et des partenaires commerciaux ayant présenté une demande de permis de travail pour démarrage d'entreprise dans le cadre du programme — Les demandeurs souhaitaient créer une entreprise de conception, de fabrication et de vente de serres autonomes — Les demandeurs ont présenté un dossier de demande de permis de travail dans le cadre du programme — Les motifs de rejet, énoncés dans les lettres de refus et les notes du Système mondial de gestion des cas (le SMGC), étaient identiques dans les trois dossiers, à une exception près — L'agent a conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

significant benefits or opportunities for Canadians, concluding that applicants not qualifying for C10 LMIA-exempt work permits under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 205(a) — Officer also determined that applicants not eligible for A75-coded Work Permits — Applicants subsequently submitted requests for their refusals to be reconsidered, asserting that Officer's refusal letters not adequately taking into account Program's requirements — However, reconsideration requests also refused — Refusal letters issued with respect to reconsideration simply stated that no error in fact, law or procedural fairness occurred — Judicial review was in relation to refusal to reconsider Decisions which referred to initial reasons — Main issue was whether Decisions reasonable — Officer's Decisions unreasonable — Despite applicants' argument about GCMS notes, such notes should, do form part of Decisions as held prior to and since *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov* — However, GCMS notes failed to acknowledge LMIA-exempt nature of Program, applied wrong assessment criteria for work permit at issue — It was unreasonable for Officer to rely on family ties, purpose of applicants' visit to conclude that applicants unlikely to leave Canada at end of authorized stay — Officer also failed to grapple with evidence on file; erred in factoring into refusal fact that applicants had not yet incorporated business — Officer's three decisions therefore had to be redetermined through different officer — Applications allowed.

Ristorante a Mano Limited v. Canada (National Revenue) (F.C.A.) 461

Pensions — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from respondent's assessments concerning appellant's payment liability under *Canada Pension Plan, Employment Insurance Act* (EIA), upholding the assessments — Appellant operating restaurant in Halifax, employing wait staff (servers) to provide table service to its

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10, notamment parce que la preuve qu'ils avaient présentée ne permettait pas d'établir leur renommée ou leur expertise et qu'ils n'avaient pas fait d'efforts pour obtenir d'abord une EIMT — N'étant donc pas convaincu que le travail pour lequel les permis de travail avaient été demandés permettrait de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages pour les citoyens canadiens, l'agent a conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10 suivant l'alinéa 205a) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* — L'agent a également jugé que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail délivré au titre du code de dispense A75 — Les demandeurs ont par la suite présenté une demande de réexamen au motif que l'agent n'avait pas tenu adéquatement compte, dans ses lettres de refus, des exigences du programme — Cependant, ces demandes de réexamen ont également été rejetées — Les lettres de refus remises à la suite du réexamen indiquaient simplement qu'aucune erreur de fait ou de droit n'avait été commise et qu'il n'y avait eu aucun manquement à l'équité procédurale — Le contrôle judiciaire était lié au refus de procéder au réexamen des décisions, renvoyant aux motifs de refus initiaux — Il était question de savoir en l'espèce si les décisions étaient raisonnables — Les décisions de l'agent étaient déraisonnables — Malgré l'argument des demandeurs à propos des notes versées au SMGC, celles-ci font partie des décisions contestées, comme cela a toujours été le cas avant l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov* et depuis — Cependant, selon les notes versées dans le SMGC, le fait que le programme n'exige pas d'EIMT n'a pas été reconnu et le mauvais critère à l'évaluation des demandes de permis de travail en cause a été appliqué — Il était déraisonnable pour l'agent de se fonder sur les liens familiaux et l'objet de la visite des demandeurs pour conclure qu'il était peu probable que les demandeurs quittent le Canada à la fin de la période de séjour autorisée — En outre, l'agent n'a pas tenu compte de la preuve au dossier; il a commis une erreur en tenant compte du fait que les demandeurs n'avaient pas encore constitué leur entreprise en société — Les trois décisions de l'agent devaient donc faire l'objet d'un réexamen par un autre agent — Demandes accueillies.

Ristorante a Mano Limited c. Canada (Revenu national) (C.A.F.) 461

Pensions — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi* (LAE) et qui a confirmé les cotisations

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

customers — Gratuities (tips) paid to servers either in cash or via appellant when customers paying for their bill (including tip) electronically — Appellant, servers having arrangement whereby servers receiving portion of electronic tips paid by customers they served — Appellant not considering any part of electronic tips received by servers to be pensionable salary, wages for purposes of *Canada Pension Plan* or insurable earnings for purposes of EIA — Accordingly, in 2015, 2016, 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, appellant not taking into account any portion of electronic tips — However, respondent disagreed, assessing appellant on basis that portion of servers' electronic tips for 2015, 2016, 2017 should have been taken into account for purposes of *Canada Pension Plan*, insurable earnings for purposes of EIA — After appeal to respondent failed, appellant appealed those assessments to Tax Court of Canada — Tax Court referred to amount transferred to servers as “due-back” — Where server received cash from customers in payment of their restaurant bills, server retained it while server's due-back took that cash into account — Thus due-back was net of that cash — On appeal, Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Issue herein was whether Tax Court erred when it concluded that appellant paid due-backs to servers in respect of their employment; therefore that due-backs were contributory salary, wages for purposes of *Canada Pension Plan*, insurable earnings for purposes of EIA — Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Tax Court made right conclusion — Same was true of due-backs notwithstanding that they constituted only portion of electronic tips received from server's customers — Arrangements between appellant, its servers not affecting conclusion that server's due-back was in respect of server's employment — Only relevant question for determining whether amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment — Tax Court rightly concluded that due-backs were so received — In determining whether tip is amount paid by employer, whether that amount is in respect of employment, question to be answered is whether employer paid amounts to employees in respect of their employment — How such question answered in any particular case depends on facts as found by Tax Court therein — Here, citing in particular Supreme Court decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, Tax Court identified applicable test as simply whether it was employer who “paid” tips to servers — Applying that test, Tax Court concluded, based on

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

— L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients — Les pourboires sont versés aux serveurs en espèces ou par l'appelante lorsque les clients paient leurs factures (incluant le pourboire) par voie électronique — L'appelante et les serveurs ont une entente selon laquelle les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis — L'appelante ne considérerait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du *Régime de pensions du Canada* ou à des gains assurables aux fins de la LAE — Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques — L'intimé n'était toutefois pas d'accord et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en considération aux fins du *Régime de pensions du Canada* et comme gains assurables aux fins de la LAE — Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement » — Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, le serveur conservait cette somme, tandis que le remboursement au serveur prenait en compte cet argent — Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent — En appel, la Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi; par conséquent, que les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE — La Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — La Cour de l'impôt a tiré la bonne conclusion — Il en allait de même pour les remboursements, bien qu'ils ne constituent qu'une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur — Les ententes conclues entre l'appelante et ses serveurs ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l'égard de son emploi — La seule question en litige

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

evidence, that tips were paid to server employees by appellant — Tax Court not erring in articulation of test or application thereof to facts as it found — In conclusion, Tax Court not erring in dismissing appellant's appeal of respondent's assessments at issue — Appeal dismissed.

Employment Insurance — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from respondent's assessments concerning appellant's payment liability under *Canada Pension Plan, Employment Insurance Act* (EIA), upholding the assessments — Appellant operating restaurant in Halifax, employing wait staff (servers) to provide table service to its customers — Gratuities (tips) paid to servers either in cash or via appellant when customers paying for their bill (including tip) electronically — Appellant, servers having arrangement whereby servers receiving portion of electronic tips paid by customers they served — Appellant not considering any part of electronic tips received by servers to be pensionable salary, wages for purposes of *Canada Pension Plan* or insurable earnings for purposes of EIA — Accordingly, in 2015, 2016, 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, appellant not taking into account any portion of electronic tips — However, respondent disagreed, assessing appellant on basis that portion of servers' electronic tips for 2015, 2016, 2017 should have been taken into account for purposes of *Canada Pension Plan*, insurable earnings for purposes of EIA — After appeal to respondent failed, appellant appealed those assessments to Tax Court of Canada — Tax Court referred to amount transferred to servers as "due-back" — Where server received cash from customers in payment of their restaurant bills, server retained it while server's due-back took that cash into account — Thus

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pertinente pour déterminer si un montant est versé à l'égard de l'emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci — La Cour de l'impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus — Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l'égard de l'emploi, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l'employeur a versé les montants aux employés à l'égard de leur emploi — La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l'impôt à cet égard — En l'espèce, citant notamment l'arrêt de la Cour suprême dans *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour de l'impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c'est l'employeur qui a « payé » les pourboires aux serveurs — Appliquant ce critère, la Cour de l'impôt a conclu, en se fondant sur des éléments de preuve, que les pourboires ont été versés aux employés serveurs par l'appelante — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur dans la formulation du critère ou dans son application aux faits qu'elle a constatés — En conclusion, la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé en question — Appel rejeté.

Assurance-emploi — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi* (LAE) et qui a confirmé les cotisations — L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients — Les pourboires sont versés aux serveurs en espèces ou par l'appelante lorsque les clients paient leurs factures (incluant le pourboire) par voie électronique — L'appelante et les serveurs ont une entente selon laquelle les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis — L'appelante ne considérait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du *Régime de pensions du Canada* ou à des gains assurables aux fins de la LAE — Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques — L'intimé n'était toutefois pas d'accord et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en considération aux fins du *Régime de pensions du Canada* et comme gains assurables

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

due-back was net of that cash — On appeal, Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Issue herein was whether Tax Court erred when it concluded that appellant paid due-backs to servers in respect of their employment; therefore that due-backs were contributory salary, wages for purposes of *Canada Pension Plan*, insurable earnings for purposes of EIA — Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Tax Court made right conclusion — Same was true of due-backs notwithstanding that they constituted only portion of electronic tips received from server's customers — Arrangements between appellant, its servers not affecting conclusion that server's due-back was in respect of server's employment — Only relevant question for determining whether amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment — Tax Court rightly concluded that due-backs were so received — In determining whether tip is amount paid by employer, whether that amount is in respect of employment, question to be answered is whether employer paid amounts to employees in respect of their employment — How such question answered in any particular case depends on facts as found by Tax Court therein — Here, citing in particular Supreme Court decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, Tax Court identified applicable test as simply whether it was employer who "paid" tips to servers — Applying that test, Tax Court concluded, based on evidence, that tips were paid to server employees by appellant — Tax Court not erring in articulation of test or application thereof to facts as it found — In conclusion, Tax Court not erring in dismissing appellant's appeal of respondent's assessments at issue — Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

aux fins de la LAE — Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement » — Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, le serveur conservait cette somme, tandis que le remboursement au serveur prenait en compte cet argent — Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent — En appel, la Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi; par conséquent, que les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE — La Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — La Cour de l'impôt a tiré la bonne conclusion — Il en allait de même pour les remboursements, bien qu'ils ne constituent qu'une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur — Les ententes conclues entre l'appelante et ses serveurs ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l'égard de son emploi — La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant est versé à l'égard de l'emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci — La Cour de l'impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus — Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l'égard de l'emploi, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l'employeur a versé les montants aux employés à l'égard de leur emploi — La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l'impôt à cet égard — En l'espèce, citant notamment l'arrêt de la Cour suprême dans *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour de l'impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c'est l'employeur qui a « payé » les pourboires aux serveurs — Appliquant ce critère, la Cour de l'impôt a conclu, en se fondant sur des éléments de preuve, que les pourboires ont été versés aux employés serveurs par l'appelante — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur dans la formulation du critère ou dans son application aux faits qu'elle a constatés — En conclusion, la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Income Tax — Assessment and Reassessment — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from respondent's assessments concerning appellant's payment liability under *Canada Pension Plan, Employment Insurance Act* (EIA), upholding the assessments — Appellant operating restaurant in Halifax, employing wait staff (servers) to provide table service to its customers — Gratuities (tips) paid to servers either in cash or via appellant when customers paying for their bill (including tip) electronically — Appellant, servers having arrangement whereby servers receiving portion of electronic tips paid by customers they served — Appellant not considering any part of electronic tips received by servers to be pensionable salary, wages for purposes of *Canada Pension Plan* or insurable earnings for purposes of EIA — Accordingly, in 2015, 2016, 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, appellant not taking into account any portion of electronic tips — However, respondent disagreed, assessing appellant on basis that portion of servers' electronic tips for 2015, 2016, 2017 should have been taken into account for purposes of *Canada Pension Plan*, insurable earnings for purposes of EIA — After appeal to respondent failed, appellant appealed those assessments to Tax Court of Canada — Tax Court referred to amount transferred to servers as "due-back" — Where server received cash from customers in payment of their restaurant bills, server retained it while server's due-back took that cash into account — Thus due-back was net of that cash — On appeal, Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Issue herein was whether Tax Court erred when it concluded that appellant paid due-backs to servers in respect of their employment; therefore that due-backs were contributory salary, wages for purposes of *Canada Pension Plan*, insurable earnings for purposes of EIA — Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Tax Court made right conclusion — Same was true of due-backs notwithstanding that they constituted only portion of electronic tips received from server's customers — Arrangements between appellant, its servers not affecting conclusion that server's due-back was in respect of server's employment — Only relevant question for determining whether amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment — Tax Court rightly concluded

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'encontre des cotisations établies par l'intimé en question — Appel rejeté.

Impôt sur le revenu — Cotisation et nouvelle cotisation — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi* (LAE) et qui a confirmé les cotisations — L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients — Les pourboires sont versés aux serveurs en espèces ou par l'appelante lorsque les clients paient leurs factures (incluant le pourboire) par voie électronique — L'appelante et les serveurs ont une entente selon laquelle les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis — L'appelante ne considérait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du *Régime de pensions du Canada* ou à des gains assurables aux fins de la LAE — Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques — L'intimé n'était toutefois pas d'accord et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en considération aux fins du *Régime de pensions du Canada* et comme gains assurables aux fins de la LAE — Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement » — Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, le serveur conservait cette somme, tandis que le remboursement au serveur prenait en compte cet argent — Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent — En appel, la Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi; par conséquent, que les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE — La Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

that due-backs were so received — In determining whether tip is amount paid by employer, whether that amount is in respect of employment, question to be answered is whether employer paid amounts to employees in respect of their employment — How such question answered in any particular case depends on facts as found by Tax Court therein — Here, citing in particular Supreme Court decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, Tax Court identified applicable test as simply whether it was employer who “paid” tips to servers — Applying that test, Tax Court concluded, based on evidence, that tips were paid to server employees by appellant — Tax Court not erring in articulation of test or application thereof to facts as it found — In conclusion, Tax Court not erring in dismissing appellant’s appeal of respondent’s assessments at issue — Appeal dismissed.

Gemak Trust v. Jempak Corporation (F.C.A.) . . . 484

Patents — Practice — Appeal from Federal Court decision granting summary judgment dismissing appellant’s action for patent infringement against respondents — Appellant, owner of two patents claiming dishwasher, laundry detergent compositions — On appeal, alleging that Federal Court committed several errors in finding that case not raising one or more genuine issues for trial — Respondents develop, manufacture, sell dishwashing detergent pod products — Appellant brought action against respondent for infringement of Canadian Letters Patent Nos. 2276428, 2337069 (collectively “patents”) — Patents relating to dishwashing, laundry detergent compositions — Asserted claims relating generally to encapsulated percarbonate granule or dishwashing detergent composition with encapsulated percarbonate granules — Respondents brought motion for summary judgment seeking to have appellant’s infringement action dismissed based

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

employés par l’appelante, en particulier s’ils étaient versés par l’appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l’égard de leur emploi — La Cour de l’impôt a tiré la bonne conclusion — Il en allait de même pour les remboursements, bien qu’ils ne constituent qu’une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur — Les ententes conclues entre l’appelante et ses serveurs ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l’égard de son emploi — La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant est versé à l’égard de l’emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci — La Cour de l’impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus — Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l’égard de l’emploi, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l’employeur a versé les montants aux employés à l’égard de leur emploi — La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l’impôt à cet égard — En l’espèce, citant notamment l’arrêt de la Cour suprême dans *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour de l’impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c’est l’employeur qui a « payé » les pourboires aux serveurs — Appliquant ce critère, la Cour de l’impôt a conclu, en se fondant sur des éléments de preuve, que les pourboires ont été versés aux employés serveurs par l’appelante — La Cour de l’impôt n’a pas commis d’erreur dans la formulation du critère ou dans son application aux faits qu’elle a constatés — En conclusion, la Cour de l’impôt n’a pas commis d’erreur en rejetant l’appel interjeté par l’appelante à l’encontre des cotisations établies par l’intimé en question — Appel rejeté.

Gemak Trust c. Jempak Corporation (C.A.F.) . . . 484

Brevets — Pratique — Appel à l’encontre d’un jugement sommaire par lequel la Cour fédérale a rejeté l’action en contrefaçon de brevet contre les intimées — L’appelante est titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive — En appel, elle a allégué que la Cour fédérale avait commis plusieurs erreurs en tirant la conclusion que l’affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses — Les intimées mettent au point, fabriquent et vendent des dosettes de détergent pour les lave-vaisselle — L’appelante a introduit une action contre les intimées pour contrefaçon des brevets canadiens numéros 2276428 et 2337069 (collectivement appelés « les brevets ») — Les brevets concernent des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive — Les revendications invoquées concernent généralement un granulé de percarbonate encapsulé ou une préparation détergente pour le lave-vaisselle

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

on non-infringement — Respondents stating that, once terms “encapsulating”, “encapsulates”, “blend” properly construed, there is no infringement of appellant’s patents — Provided expert evidence to support position while appellant responded with its own expert evidence — Federal Court concluding that respondents meeting their burden of establishing that their products do not infringe asserted claims of patents, that appellant not demonstrating that there was genuine issue for trial with respect to question of infringement — Whether Federal Court erred in making credibility findings on motion for summary judgment — Federal Court correctly identified principles relating to making of credibility findings in context of motions for summary judgment, noted its general reluctance to grant summary judgment in patent infringement actions because such proceedings depend on assessment of expert evidence, credibility of expert witnesses — Federal Court nevertheless stated that there was no substantial conflict of opinion evidence in this case, that respondents’ expert was only witness to provide informed, purposive claim construction of terms at issue from perspective of POSITA (person of skill in the art) — Federal Court found evidence of respondents’ expert uncontested while finding evidence of appellant’s evidence wanting, problematic — Thus concluded that appellant’s expert witness failed to provide fair, objective, non-partisan opinions, which ended up tainting her entire evidence, with result that Federal Court ascribed little or no weight to her testimony — Federal Court completely rejected appellant’s evidence; was therefore left only with opinion evidence of respondents’ expert witness — Its decision was accordingly based on that evidence — There were several problems with Federal Court’s assessment of credibility of appellant’s expert witness, its wholesale rejection of her evidence — Federal Court making palpable, overriding errors in making negative credibility findings it did respecting evidence of appellant’s expert witness based on transcript of her testimony, then deciding case in reliance on those findings — Federal Court also erring in other ways, notably with respect to the common general knowledge and with respect to the testing evidence — Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

contenant des granulés de percarbonate encapsulés — Les intimées ont déposé une requête en jugement sommaire, demandant que l’action en contrefaçon introduite par l’appelante soit rejetée pour absence de contrefaçon — Les intimées ont déclaré que, lorsque les termes [TRADUCTION] « encapsulant » ou [TRADUCTION] « encapsule » et [TRADUCTION] « mélange » sont interprétés correctement, il n’y a pas de contrefaçon des brevets de l’appelante — Elles ont fourni une preuve d’expert pour appuyer leur thèse, alors que l’appelante a répondu en déposant sa propre preuve d’expert — La Cour fédérale a conclu que les intimées s’étaient acquittées du fardeau qui leur incombait d’établir que leurs produits ne contrefaisaient pas les revendications invoquées dans les brevets et que l’appelante n’avait donc pas démontré qu’il existait une véritable question litigieuse portant sur la contrefaçon — Il s’agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité dans le cadre d’une requête en jugement sommaire — La Cour fédérale a correctement indiqué les principes liés aux conclusions en matière de crédibilité dans le contexte de requêtes en jugement sommaire et a reconnu avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet parce que ces instances reposent sur l’évaluation de la preuve d’expert et la crédibilité des témoins experts — La Cour fédérale a néanmoins affirmé qu’il n’y avait pas de conflit important dans les témoignages d’opinion en l’espèce et que l’experte des intimées était le seul témoin ayant fourni une interprétation éclairée et téléologique des termes en question du point de vue d’une personne versée dans l’art — La Cour fédérale a indiqué que le témoignage de l’experte des intimées n’était pas contesté, mais que le témoignage de l’experte de l’appelante était insuffisant et problématique — Elle a donc conclu que l’experte de l’appelante n’avait pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l’ensemble de son témoignage, faisant en sorte que la Cour fédérale n’a accordé que peu, voire aucun, poids à son témoignage — La Cour fédérale a rejeté la preuve de l’appelante dans sa totalité; il ne lui restait donc que le témoignage d’opinion de l’experte des intimées — Par conséquent, sa décision a reposé sur ce témoignage — L’évaluation par la Cour fédérale de la crédibilité de l’experte de l’appelante et le rejet de l’ensemble de son témoignage ont soulevé plusieurs problèmes — La Cour fédérale a commis des erreurs manifestes et dominantes en tirant les conclusions négatives en matière de crédibilité en question quant au témoignage de l’experte de l’appelante à partir de la transcription de son témoignage, et ensuite en s’appuyant sur ces conclusions pour trancher l’affaire — La Cour fédérale a également commis des erreurs à d’autres égards, notamment en ce qui concerne la connaissance générale courante et les résultats d’essais — Appel accueilli.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Patents — Infringement — Appellant brought action against respondents for infringement of Canadian Letters Patent Nos. 2276428, 2337069 (collectively “patents”) — Federal Court granting summary judgment dismissing appellant’s action for patent infringement against respondents — Appellant alleging that Federal Court committed several errors in finding that case not raising one or more genuine issues for trial — Whether Federal Court erred with respect to common general knowledge; whether Federal Court erred with respect to testing evidence — Federal Court correctly stated that common knowledge is knowledge generally known by skilled person at relevant time; includes what skilled person may reasonably be expected to know, be able to find out — However, Federal Court also stated that Court must assess what knowledge skilled person would have obtained through diligent search conducted using means available at relevant time — Common general knowledge does not include all information in public domain but means knowledge generally known by persons skilled in relevant art at relevant time — With respect to prior art, it is no longer required that prior art be available to person of skill in the art (POSITA) through reasonably diligent search for it to be potentially relevant for purpose of obviousness or anticipation analyses — That said, knowledge that is only discoverable through reasonably diligent search is not, has never been, considered to be part of common general knowledge — Federal Court thus erred in finding otherwise — Regarding testing evidence, Federal Court making palpable, overriding errors, in particular on findings concerning evidence provided by appellant’s expert witness, which tainted Federal Court’s analysis of such testing evidence.

Arc-en-Ciel Produce Inc. v. BF Leticia (Ship) **(F.C.) 520**

Maritime Law — Carriage of Goods — Motions by defendants for stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada — Plaintiff (Cargo Claimant) alleged that cargo arrived at destination in damaged, deteriorated state — Cargo Claimant commenced two actions in Federal Court, naming as defendants vessels that carried cargo, respective owners thereof — Defendant, Great White Fleet (Carrier) is defendant in both actions — Carrier,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Brevets — Contrefaçon — L’appelante a introduit une action contre les intimées pour contrefaçon des brevets canadiens numéros 2276428 et 2337069 (collectivement appelés « les brevets ») — La Cour fédérale a accordé un jugement sommaire rejetant l’action en contrefaçon de brevet introduite par l’appelante contre les intimées — L’appelante a allégué que la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs en tirant la conclusion que l’affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses — Il s’agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur concernant la connaissance générale courante; et si la Cour fédérale a commis une erreur en ce qui concerne les résultats d’essais — La Cour fédérale a affirmé avec raison que les connaissances générales courantes sont celles que possède en général la personne versée dans l’art au moment pertinent; et que ces connaissances comprennent ce que la personne versée dans l’art peut raisonnablement savoir et être en mesure de découvrir — Toutefois, la Cour fédérale a également affirmé que la Cour doit évaluer les connaissances que la personne versée dans l’art aurait obtenues au terme d’une recherche diligente menée à l’aide des moyens disponibles au moment pertinent — Les connaissances générales courantes n’englobent pas la totalité de l’information relevant du domaine public, mais désignent les connaissances que possède généralement une personne versée dans l’art au moment pertinent — Quant aux antériorités, il n’est plus obligatoire que l’antériorité ait été accessible à la personne versée dans l’art au terme d’une recherche raisonnablement diligente pour qu’elle devienne pertinente pour les fins des analyses de l’évidence ou de l’antériorité — Cela dit, les connaissances qui ne peuvent être découvertes qu’au terme d’une recherche raisonnablement diligente ne sont pas, et n’ont jamais été, considérées comme faisant partie des connaissances générales courantes — La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant le contraire — En ce qui a trait aux résultats d’essais, la Cour fédérale a commis des erreurs manifestes et dominantes surtout dans ses conclusions sur la preuve fournie dans le témoignage de l’experte de l’appelante, ce qui a entaché l’analyse par la Cour fédérale de ces résultats d’essais.

Arc-en-Ciel Produce Inc. c. BF Leticia (Navire) **(C.F.) 520**

Droit maritime — Transport de marchandises — Requêtes en suspension d’instance présentées par les défendeurs dans deux actions en matière d’amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada — La demanderesse (la réclamante) a allégué que la cargaison était arrivée à destination endommagée et détériorée — La réclamante a intenté deux actions devant la Cour fédérale, désignant comme défendeurs les navires qui transportaient la cargaison et leurs propriétaires

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Cargo Claimant having business relationship spanning several years — Motions brought pursuant to *Federal Courts Act*, s. 50(1) on basis of forum selection clause in favour of United States District Court, Southern District of New York — Cargo Claimant asked that forum selection clause not be enforced because contracts at issue falling within scope of *Marine Liability Act* (Act), s. 46 and strong cause existing to set aside such clause — Cargo Claimant is Canadian company that specializes in importation, distribution of fresh produce to local merchants — Carrier specializes in dry, refrigerated containerized cargo services between Central, North America — Carrier, Cargo Claimant had entered into series of service contracts — Service contract at issue (Service Contract) containing clause incorporating Carrier's bill of lading, providing that bill of lading determining terms, conditions of shipment — In addition to forum selection clause, also included "clause paramount" providing that carriage to be governed by U.S. *Carriage of Goods by Sea Act* as well as United States federal law or laws of New York — To obtain delivery of cargo, Cargo Claimant not required to tender copy of shipping document (Shipping Document) — Nature, characterization of Shipping Document, consequences flowing from that characterization central herein — Issues: (i) nature of contractual arrangements between Carrier, Cargo Claimant, as evidenced by Service Contract, Shipping Documents; (ii) whether contractual arrangements attracted application of Act, s. 46 with result that Cargo Claimant could continue its proceedings in Canada despite forum selection clause; (iii) if Act, s. 46 not applying, whether forum selection clause should nevertheless be set aside on basis of strong cause test (set out in *The Eleftheria*, adopted in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*) — Act not providing definition of bill of lading — Common law, international convention governing carriage of goods by sea (Hague-Visby Rules) examined — Bill of lading is document used in carriage of goods by sea — Must fulfill three key functions: (a) act as receipt for goods received by carrier; (b) evidence terms of contract of carriage; (c) act as "document of title" — Bill of lading is document entitling possession of goods described; considered "order" or "negotiable" — Act, s. 46 applying to "a contract for the carriage of goods by water" — This expression not defined in Act — Having to determine whether Shipping Document, Service Contract constituted contract of carriage as defined by Hague-Visby Rules, Article 1(b) — Shipping Document evidencing terms of carriage between Cargo Claimant, Carrier — Fact Shipping Document not required to be surrendered to Carrier to obtain delivery of cargo weighed against Shipping Document being considered straight bill of lading, other document of title under Hague-Visby Rules — Modus operandi evidencing clear intention, practice between parties that Shipping Documents remain unsigned, stamped

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

respectifs — La défenderesse, la Great White Fleet (le transporteur), agit à ce titre dans les deux actions — Le transporteur et la réclamante entretiennent une relation d'affaires depuis plusieurs années — Les requêtes ont été présentées en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et étaient fondées sur la clause d'élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York — La réclamante a demandé que la clause d'élection de for ne soit pas appliquée parce que les contrats en litige entrent dans le champ d'application de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (la Loi) et qu'il existe un « motif sérieux » d'annuler cette clause — La réclamante est une entreprise canadienne qui se spécialise dans l'importation de fruits et légumes frais et leur distribution à des commerçants locaux — Le transporteur est spécialisé dans les services de fret conteneurisé sec et réfrigéré entre l'Amérique centrale et l'Amérique du Nord — Le transporteur et la réclamante avaient conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d'affaires — Le contrat de service en litige (le contrat de service) contenait une clause incorporant le connaissance du transporteur et prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités et conditions de l'expédition — En plus de la clause d'élection de for, une « clause paramount » stipulait que le transport serait régi par la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis ainsi que par le droit fédéral américain ou des lois de l'État de New York — Pour pouvoir prendre livraison des marchandises, la réclamante n'était pas tenue de remettre une copie du document d'expédition (le document d'expédition) — La nature et la qualification du document d'expédition ainsi que les conséquences qui découlaient de cette qualification étaient au cœur des présentes requêtes — Il s'agissait de déterminer : (i) la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante, telle qu'elle ressortait du contrat de services et des documents d'expédition; (ii) si les ententes contractuelles commandaient l'application de l'article 46 de la Loi, de sorte que la réclamante pouvait poursuivre les procédures au Canada malgré la clause d'élection de for; (iii) si, dans le cas où l'article 46 de la Loi ne s'appliquait pas, la clause d'élection de for devait néanmoins être annulée sur la base du critère des motifs sérieux (énoncé dans l'arrêt *The Eleftheria* et adopté dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*) — La Loi ne donne toutefois pas de définition du connaissance — La common law et la convention internationale régissant le transport de marchandises par mer (Règles de La Haye-Visby) ont été examinées — Un connaissance s'entend d'un document utilisé dans le transport de marchandises par mer — Il doit remplir les trois fonctions essentielles suivantes : a) servir de reçu pour les marchandises reçues par le transporteur; b) prouver les modalités du contrat de transport; c) servir de « document formant titre » — Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

non-negotiable, not tendered to obtain delivery — Therefore, Shipping Document not bill of lading or other document of title under Hague-Visby Rules — Shipping Document more akin to waybill — Used, treated as such — Given that waybills not considered to be bills of lading or similar documents of title, Hague-Visby Rules not applying to them by force of law — Consequently, contract of carriage at issue not evidenced by bill of lading or similar document of title as per Hague Visby Rules, Article 1(b) — Service Contract, in addition to Shipping Document, evidencing contractual relationship between parties — Service Contract at issue was not type of contract that attracted application of Hague-Visby Rules by force of law — While it governed commercial relationship between parties, it could not be considered bill of lading or similar document of title for any particular shipment — In present case, best evidence of contracts of carriage were Shipping Documents — Given that Shipping Document not contract of carriage under Hague-Visby Rules, was not contract for carriage of goods by water under Act, s. 43 — Act, ss. 43, 46 found under Part 5 entitled Liability for Carriage of Goods by Water — Given alignment between aims of ss. 43, 46, could not be said that purposes of those sections differed such that different interpretation of term “contract for the carriage of goods by water” warranted — Act, s. 43 not including waybills — Same term as used in s. 46 to be given same meaning, thus also not include waybills — Although use of non-negotiable carriage documents may result in claimants, such as Cargo Claimant, not being able to avail themselves of rights of action in Canada pursuant to Act, s. 46, it was not for Federal Court to broaden scope of Canada’s carriage of goods regime, contained in Act, Part 5 so as to include waybills, other similar non-negotiable documents — Question of whether Canada’s carriage of goods regime, particularly s. 46, should be extended to apply to waybills was one for Parliament — As to appropriate test on motion for stay pursuant to Federal Courts Act, s. 50(1), “strong cause” test applying — Test required that Court consider all circumstances of case in exercising its discretion — Here, factors examined weighed in favour of granting Carrier’s stay — Under strong cause test, in all but exceptional circumstances, Court must give effect to parties’ agreement — Taking into account all circumstances of present case, Cargo Claimant not meeting its burden of showing sufficiently strong reasons to conclude that it would not be reasonable or just to enforce forum selection clause — Motions granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

connaissance est un document donnant droit à la possession des marchandises qui y sont décrites; il peut s’agir d’un connaissance « à ordre » ou d’un connaissance « négociable » — L’article 46 de la Loi s’applique au « contrat de transport de marchandises par eau » — Cette expression n’est pas définie dans la Loi — Il s’agissait de déterminer si le document d’expédition et le contrat de services étaient des contrats de transport au sens de l’alinéa 1b) des Règles de La Haye-Visby — Le document d’expédition attestait des conditions de transport convenues entre la réclamante et le transporteur — Le fait qu’il n’était pas nécessaire de remettre le document d’expédition au transporteur pour avoir droit à la délivrance de la cargaison militait contre la conclusion que le document d’expédition était un connaissance nominatif ou un autre document formant titre au sens des Règles de La Haye-Visby — Le *modus operandi* témoignait d’une intention et d’une pratique claires entre les parties, à savoir que les documents d’expédition ne soient pas signés, qu’ils portent l’estampille « non négociable » et qu’ils ne soient pas présentés pour avoir droit à la délivrance — Par conséquent, le document d’expédition n’était pas un connaissance ni un autre document formant titre au sens des Règles de La Haye-Visby — Le document d’expédition s’apparentait plutôt à une lettre de transport — Il était utilisé et traité comme tel — Comme les lettres de transport ne sont pas considérées comme des connaissances ou des documents similaires formant titre, elles ne sont pas assujetties aux Règles de La Haye-Visby, qui ont force de loi — Par conséquent, le contrat de transport en litige n’était pas constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre au sens de l’alinéa 1b) des Règles de La Haye-Visby — Le contrat de service et le document d’expédition attestaient du rapport contractuel qui unissait les parties — Le contrat de service en litige n’était pas un contrat du type qui commandait l’application des Règles de La Haye-Visby, qui avaient force de loi — Même s’il régissait les relations commerciales entre les parties, il ne pouvait pas être considéré comme un connaissance ou un document similaire formant titre préparé en vue du transport d’une cargaison donnée — En l’espèce, les documents d’expédition étaient la meilleure preuve des contrats de transport — Comme le document d’expédition n’était pas un contrat de transport au sens des Règles de La Haye-Visby, il ne s’agissait pas d’un contrat de transport de marchandises par eau au sens de l’article 43 de la Loi — Les articles 43 et 46 se trouvent à la partie 5 de la Loi, intitulée « Responsabilité en matière de transport de marchandises par eau » — Comme l’objectif de l’article 43 concorde avec celui de l’article 46, on ne pouvait pas dire que les objets de ces articles différaient à ce point qu’il fallait interpréter différemment l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » — L’article 43 ne vise par les lettres de transport — Il

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Maritime Law — Contracts — Defendants seeking stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada whereby plaintiff (Cargo Claimant) alleged that cargo arrived at destination in damaged, deteriorated state — Cargo Claimant commenced two actions in Federal Court naming as defendants vessels that carried cargo, respective owners thereof — Carrier, Cargo Claimant had entered into series of service contracts — Service contract at issue (Service Contract) containing clause incorporating Carrier's bill of lading, providing that bill of lading determining terms, conditions of shipment — To obtain delivery of cargo, Cargo Claimant not required to tender copy of shipping document (Shipping Document) — Nature, characterization of Shipping Document, consequences flowing from that characterization central herein — Issue was what was nature of contractual arrangements between Carrier, Cargo Claimant, as evidenced by Service Contract, Shipping Documents — Contractual relationship between parties was evidenced not only by Shipping Documents pertaining to cargo at issue but also by Service Contract — Over the course

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

convenait de donner le même sens à la même expression utilisée à l'article 46 et, donc, de conclure que celle-ci ne vise pas non plus les lettres de transport — L'utilisation de documents de transport non négociables pourrait faire en sorte que des demandeurs, comme la réclamante, ne puissent faire valoir le droit que leur confère l'article 46 de la Loi d'intenter une action au Canada, mais il n'appartenait pas à la Cour fédérale d'élargir la portée du régime de transport de marchandises au Canada, établi à la partie 5 de la Loi, afin qu'il englobe les lettres de transport et autres documents non négociables semblables — Il appartenait au législateur de décider si le régime canadien de transport de marchandises, et plus précisément l'article 46, devrait être élargi afin qu'il s'applique également aux lettres de transport — Quant au critère applicable à l'examen d'une requête en suspension d'instance présentée sur le fondement du paragraphe 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales, le critère des « motifs sérieux » s'appliquait — Ce critère exige que la Cour tienne compte de toutes les circonstances de l'affaire à l'étude au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire — En l'espèce, les facteurs examinés militaient en faveur de la suspension d'instance — Au titre du critère des motifs sérieux, la Cour doit donner effet à l'entente conclue entre les parties, sauf circonstances exceptionnelles — Vu les circonstances de l'espèce, la réclamante ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer l'existence de motifs suffisamment sérieux pour conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste d'appliquer la clause d'élection de for — Requêtes accueillies.

Droit maritime — Contrats — Les défendeurs ont demandé une suspension d'instance dans deux actions en matière d'amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada, dans le cadre desquelles la demanderesse (la réclamante) a allégué que la cargaison était arrivée à destination endommagée et détériorée — La réclamante a intenté deux actions devant la Cour fédérale désignant comme défendeurs les navires qui transportaient la cargaison et leurs propriétaires respectifs — Le transporteur et la réclamante avaient conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d'affaires — Le contrat de service en litige (le contrat de service) contenait une clause incorporant le connaissance du transporteur et prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités et conditions de l'expédition — Pour pouvoir prendre livraison des marchandises, la réclamante n'était pas tenue de remettre une copie du document d'expédition (le document d'expédition) — La nature et la qualification du document d'expédition ainsi que les conséquences qui découlaient de cette qualification étaient d'une importance capitale en l'espèce — Il s'agissait de déterminer

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of their business relationship, the parties entered into a series of service contracts — Service Contract at issue provided for discounted rates in particular; contained clause incorporating terms of “Carrier’s bill of lading” into Service Contracts, provided that said bill of lading would determine terms, conditions of shipment — Service Contract at issue was not type of contract that attracted application of Hague-Visby Rules by force of law — While it governed commercial relationship between parties, it could not be considered to be bill of lading or similar document of title for any particular shipment — In present case, best evidence of contracts of carriage were Shipping Documents, which included reference to contract number of Service Contract between parties — Thus, documents akin to waybills were issued by Carrier for shipments at issue, rates for which were governed by Service Contract — Given that Shipping Document was not contract of carriage under Hague-Visby Rules, it was not “contract for the carriage of goods by water” under *Marine Liability Act*, s. 43.

Practice — Stay of Proceedings — Defendants seeking stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada whereby plaintiff (Cargo Claimant) alleged that cargo arrived at destination in damaged, deteriorated state — Appropriate test on motion for stay pursuant to *Federal Courts Act*, s. 50(1) was “strong cause” test set out in *The Eleftheria*, adopted in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.* — Test required that Court consider all circumstances of case in exercising its discretion — Here, factors examined weighed in favour of granting Carrier’s stay — Under strong cause test, in all but exceptional circumstances, Court must give effect to parties’ agreement — Taking into account all circumstances of present case, Cargo Claimant not meeting its burden of showing sufficiently strong reasons to conclude that it would not be reasonable or just to enforce forum selection clause.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante, telle qu’elle ressortait du contrat de services et des documents d’expédition — Le rapport contractuel qui unissait les parties a été attesté non seulement par les documents d’expédition se rapportant à la cargaison en litige, mais aussi par le contrat de services — Les parties ont conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d’affaires — Le contrat de service en litige prévoyait entre autres des tarifs réduits; il contenait également une clause incorporant les modalités du « connaissance du transporteur », qui prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités et conditions de l’expédition — Le contrat de service en litige n’était pas un contrat du type qui commandait l’application des Règles de La Haye-Visby, qui avait force de loi — Même s’il régissait les relations commerciales entre les parties, il ne pouvait pas être considéré comme un connaissance ou un document similaire formant titre préparé en vue du transport d’une cargaison donnée — En l’espèce, les documents d’expédition étaient la meilleure preuve des contrats de transport, chacun d’eux renvoyant au numéro du contrat de services conclu entre les parties — Par conséquent, des documents s’apparentant à des lettres de transport ont été délivrés par le transporteur pour les expéditions en litige, les tarifs applicables étant régis par le contrat de services — Comme le document d’expédition n’était pas un contrat de transport au sens des Règles de La Haye-Visby, il ne s’agissait pas d’un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 43 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*.

Pratique — Suspension d’instance — Les défendeurs ont demandé une suspension d’instance dans deux actions en matière d’amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada, dans le cadre desquelles la demanderesse (la réclamante) a allégué que la cargaison était arrivée à destination endommagée et détériorée — Le critère applicable à l’examen d’une requête en suspension d’instance présentée sur le fondement du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* est le critère des « motifs sérieux » énoncé dans l’arrêt *The Eleftheria* et adopté dans *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.* — Ce critère exige que la Cour tienne compte de toutes les circonstances de l’affaire à l’étude au moment d’exercer son pouvoir discrétionnaire — En l’espèce, les facteurs examinés militaient en faveur de la suspension d’instance — Au titre du critère des motifs sérieux, la Cour doit donner effet à l’entente conclue entre les parties, sauf circonstances exceptionnelles — Vu les circonstances de l’espèce, la réclamante ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer l’existence de motifs suffisamment

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Sweet v. Canada (F.C.) 609

Practice — Class Proceedings — Motion for order certifying action relating to data breaches as class proceeding under *Federal Courts Rules*, r. 334.16 — Online Government of Canada accounts vulnerable to hackers from June to August 2020 — Plaintiff, proposed class representative, alleged that hackers committed, *inter alia*, identity theft, Canada Emergency Response Benefit fraud, accessed sensitive and personal information including social insurance numbers — Proposed class defined as “[a]ll persons whose personal or financial information in their Government of Canada Online Account was disclosed to a third party without authorization on or after March 1, 2020” — Plaintiff advanced causes of action against defendant based on torts of systemic negligence, breach of confidence, intrusion upon seclusion — Pled that he, other class members suffered damages including identity theft — Defendant submitted, *inter alia*, that plaintiff failed to plead any facts to support relationship of proximity necessary to establish *prima facie* duty of care; that negligence claim cannot succeed because it challenges core policy decision immune from liability; that claim should fail because it seeks to impose duty of care in circumstances that would result in indeterminate liability to indeterminate class — Also submitted that plaintiff did not show that proximity existing between proposed class members, defendant such as would make it just to impose duty of care in circumstances of this case — Whether plaintiff satisfied criteria of r. 334.16 for certification of proceeding — Requirements for certification met — First requirement was that pleadings disclose reasonable cause of action — Plaintiff advancing cause action in systemic negligence — Relevant principles for determining duty of care are those derived from *Anns v. Merton London Borough Council* as applied in *Cooper v. Hobart* — First stage of *Anns/Cooper* test asking whether circumstances disclosing reasonably foreseeable harm, proximity sufficient to establish *prima facie* duty of care — Reasoning of Supreme Court of British Columbia in *Tucci v. Peoples Trust Company (Tucci)* persuasive — Here, as in *Tucci*, reasonably foreseeable that proposed class members would suffer categories of harm alleged by plaintiff resulting from data breaches — Plaintiff’s pleaded facts sufficiently asserted basis for proximity consistent with that recognized in *Tucci* — Finding in *Tucci* sufficient authority for comparable finding in case at hand — Plaintiff argued that requisite proximity arising from relationship between Government entities offering online access to data, individuals availing themselves of that access in expectation that their personal, financial information

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

sérieux pour conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste d’appliquer la clause d’élection de for.

Sweet c. Canada (C.F.) 609

Pratique — Recours collectifs — Requête visant l’obtention d’une ordonnance autorisant une action comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales* — Des comptes en ligne du gouvernement du Canada étaient vulnérables aux pirates informatiques entre juin et août 2020 — Le demandeur, le représentant demandeur proposé, a allégué que les pirates ont pu commettre, entre autres choses, un vol d’identité et une fraude liée à la Prestation canadienne d’urgence, et accéder à des renseignements personnels et de nature délicate, notamment des numéros d’assurance sociale — Le demandeur a sollicité la certification du groupe défini comme [TRADUCTION] « [t]oute personne dont les renseignements personnels ou financiers contenus dans son compte en ligne du Gouvernement du Canada ont été divulgués à un tiers sans autorisation à compter du 1^{er} mars 2020 » — Il a avancé des causes d’action contre la défenderesse fondées sur les délits de négligence systémique, d’abus de confiance et d’intrusion dans l’intimité — Il a plaidé que lui et les autres membres du groupe ont subi des dommages dont le vol d’identité — La défenderesse a soutenu que le demandeur a omis de plaider des faits étayant un lien de proximité nécessaire pour établir une obligation de diligence *prima facie*; que la demande fondée sur la négligence ne pouvait être accueillie parce qu’elle contestait une décision de politique fondamentale qui est à l’abri de toute responsabilité; et que la demande devait être rejetée parce qu’elle visait à imposer une obligation de diligence dans des circonstances qui entraîneraient une responsabilité indéterminée à l’égard d’un groupe indéterminé — Il s’agissait de déterminer si le demandeur satisfaisait aux critères de la règle 334.16, de sorte que la présente instance devait être autorisée — Les conditions d’autorisation ont été remplies — La première exigence est que les actes de procédure doivent révéler une cause d’action valable — Le demandeur a avancé des causes d’action s’appuyant sur la négligence systémique — Les principes régissant la reconnaissance d’une obligation de diligence dans une affaire donnée alléguant la responsabilité d’une autorité publique sont ceux qui sont tirés de l’arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, ainsi qu’il a été appliqué dans l’arrêt *Cooper c. Hobart* — À la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, il s’agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie* — Le raisonnement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Tucci v. Peoples Trust Company (Tucci)* est convaincant — En l’espèce, comme dans l’arrêt *Tucci*, il était raisonnablement

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

kept secure — This was reasonably arguable position, such that not plain, obvious that first stage of *Anns/Cooper* test not met — Second stage of *Anns/Cooper* test asking whether residual policy considerations which justify denying liability exist — In case at hand, plaintiff emphasized proposing class composed of only those persons who established relationship with Government by registering for online portals that store personal, financial information, giving rise to what plaintiff argued was duty by Government to secure those portals reasonably — Not plain, obvious that plaintiff did not disclose viable cause of action in systemic negligence — Plaintiff's pleading sufficient to perform its role of identifying issues for defendant — Could not be concluded that plaintiff's cause of action in breach of confidence doomed to fail — As to cause of action in intrusion by seclusion, not possible to conclude it was bound to fail — Regarding proposed class, definition thereof intended to be objective rather than merits-based, notwithstanding that result may be over-inclusiveness — Proposed class herein not inappropriate — With respect to requirement for certification, i.e. that there be some basis in fact for claims of class members raising common questions of law or fact, potential differences among class members' claims were not necessarily impediment to certification — Variation in types of accounts, information breached dwarfed by commonality — Decisions in *Condon v. Canada* (F.C.A.), *Canada v. John Doe* (F.C.A.), instructive in resolving parties' disagreement on whether evidence demonstrated basis in fact for class members' damages claim — Not plain, obvious that plaintiff failing in asserting claim for categories of damages such as mental stress, anxiety or out-of-pocket expenses related to risk of identity theft — Plaintiff's proposed common questions on aggregate, punitive damages certified — Plaintiff's action meeting goals that animate class proceedings — Judicial economy achieved — Class proceeding preferable procedure for just, efficient resolution of common questions in this matter — Plaintiff falling within class definition — Motion to certify action as class proceeding granted.

SOMMAIRE (Suite)

prévisible que les membres du groupe proposé subiraient les catégories de dommages allégués par le demandeur à la suite des atteintes à la protection des données — Les faits allégués dans la déclaration du demandeur ont affirmé de manière suffisante un fondement de proximité conforme à celui reconnu dans la décision *Tucci* — Cette conclusion dans l'arrêt *Tucci* constitue un précédent suffisant pour tirer une conclusion comparable en l'espèce — Le demandeur a soutenu que la proximité requise découle de la relation entre les entités gouvernementales qui ont offert l'accès en ligne aux données et les personnes qui se sont prévaluées de cet accès et ont créé des profils dans l'attente que leurs renseignements personnels et financiers soient protégés — Il s'agissait d'une position raisonnablement défendable, de sorte qu'il n'était ni clair ni évident que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'était pas respectée — À la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité — En l'espèce, le demandeur a souligné qu'il proposait un groupe composé uniquement des personnes qui ont établi une relation avec le gouvernement en s'inscrivant à des portails en ligne qui stockent des renseignements personnels et financiers, donnant lieu à ce qu'il a soutenu être une obligation du gouvernement d'assurer raisonnablement la sécurité de ces portails — On ne pouvait pas conclure qu'il était clair et évident que le demandeur n'a pas divulgué une cause d'action valable fondée sur la négligence systémique — Les actes de procédure du demandeur étaient suffisants pour remplir leur rôle, soit de cerner des questions pour la défenderesse — On ne pouvait pas conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'abus de confiance était vouée à l'échec — On ne pouvait pas non plus conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'intrusion dans l'intimité était vouée à l'échec — En ce qui concerne le groupe proposé, la définition se veut objective plutôt que basée sur le fond, même si cela peut entraîner une portée trop vaste — Le groupe proposé n'était pas inapproprié — Pour ce qui est de l'exigence de certification, c.-à-d. qu'il soit démontré l'existence d'un certain fondement factuel relativement aux demandes des membres du groupe qui soulèvent des points de droit ou de fait communs, les différences possibles entre les demandes des membres du groupe ne constituaient pas nécessairement un obstacle à l'autorisation — La variation des types de comptes et de renseignements qui ont fait l'objet d'une violation est éclipsée par le caractère commun — Les arrêts *Condon c. Canada* (C.A.F.) et *Canada c. Untel* (C.A.F.) étaient instructifs pour ce qui est de résoudre le désaccord des parties quant à la question de savoir si la preuve démontrait un fondement factuel pour la demande en dommages-intérêts des membres du groupe — Il n'était pas clair et évident que le

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

demandeur ne pourrait pas faire valoir une demande pour des catégories de préjudices comme le stress mental et l'anxiété ou les dépenses personnelles liées au risque de vol d'identité — Les points proposés par le demandeur sur la nature des dommages-intérêts globaux et sur les dommages-intérêts punitifs ont été autorisés — L'économie judiciaire a été réalisée — Un recours collectif était le meilleur moyen pour assurer le règlement juste et efficace des points communs en l'espèce — Le demandeur était visé par la définition du groupe — Requête autorisant l'action comme recours collectif accueillie.

**Federal Courts
Reports**

2023, Vol. 1, Part 2

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2023, Vol. 1, 2^e fascicule

IMM-6736-20
2022 FC 1070

IMM-6736-20
2022 CF 1070

Immigration Consultants of Canada Regulatory Council (Applicant)

Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada (demandeur)

v.

c.

Kuldeep Bansal (Respondent)

Kuldeep Bansal (défendeur)

INDEXED AS: IMMIGRATION CONSULTANTS OF CANADA REGULATORY COUNCIL v. BANSAL

RÉPERTORIÉ : CONSEIL DE RÉGLEMENTATION DES CONSULTANTS EN IMMIGRATION DU CANADA C. BANSAL

Federal Court, Go J.—By videoconference, June 21; Toronto, July 19, 2022.

Cour fédérale, juge Go—Par vidéoconférence, 21 juin; Toronto, 19 juillet 2022.

Citizenship and Immigration — Immigration Consultants — Regulation — Application for judicial review of decision of applicant's Discipline Committee (Discipline Committee) (1) lifting suspension of respondent's licence pending outcome of disciplinary proceedings against respondent and (2) allowing him to practice under supervision — Respondent is regulated immigration consultant — Over last decade, he, his associated corporations faced numerous complaints, several court proceedings relating to his immigration consultancy practice — Applicant proceeded with several complaints — Brought urgent motion for interim suspension of respondent's licence pending outcome of disciplinary proceedings, which motion granted — Defendant sought leave to judicially review decision — Matter settled, returned to Discipline Committee — Discipline Committee again suspending respondent's licence pending determination of underlying complaints — Respondent directed to stop soliciting business as immigration consultant — Respondent brought motion to lift suspension, proposed supervision with plan as alternative to suspension — Applicant brought cross-motion to continue suspension — Discipline Committee lifted suspension, allowed respondent to practice under supervision — On merits of underlying complaints, Discipline Committee found respondent committed professional misconduct; made no findings as to appropriate sanction that should apply — In case at bar, preliminary issues whether application for judicial review was premature; whether applicant precluded from raising adequacy of supervision on judicial review — Main issues whether decision of Discipline Committee to lift licence suspension reasonable; appropriate remedy — In accordance with applicant's By-Law, there was no internal appeal process for applicant — Decision was not interlocutory because, unlike other interim decisions or orders that arise from ongoing proceeding, Decision was complete in its rendering — Decision stood, would continue to do so, until final disposition of Discipline Committee following

Citoyenneté et Immigration — Consultants en immigration — Réglementation — Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Comité de discipline du demandeur (le Comité de discipline) 1) levant la suspension du permis du défendeur en attendant l'issue d'une procédure disciplinaire contre lui, et 2) autorisant le défendeur à pratiquer sous surveillance — Le défendeur est un consultant en immigration agréé — Au cours des 10 dernières années, lui et ses sociétés associées ont dû répondre à de nombreuses plaintes et ont plusieurs fois été traduits en justice relativement à sa pratique de consultant en immigration — Le demandeur a donné suite à plusieurs plaintes — Il a produit une requête urgente en vue de faire suspendre provisoirement le permis de pratique du défendeur en attendant l'issue des procédures disciplinaires et cette requête a été accueillie — Le défendeur a sollicité l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire — Les parties ont ensuite réglé l'affaire et elle a été renvoyée au Comité de discipline pour qu'il rende une nouvelle décision en contrôle judiciaire — Le Comité de discipline a une fois de plus suspendu le permis de pratique du défendeur jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur les plaintes sous-jacentes — Il a été ordonné au défendeur d'arrêter de recruter de nouveaux clients en qualité de consultant en immigration — Le défendeur a présenté une requête en vue de faire lever la suspension et a proposé un plan de surveillance plutôt que d'une suspension — Le demandeur a déposé une requête incidente en vue de maintenir la suspension — Le Comité de discipline a levé la suspension et autorisé le défendeur à pratiquer sous surveillance — Quant aux plaintes sous-jacentes sur le fond, le Comité de discipline a conclu que le défendeur avait commis des erreurs professionnelles, mais n'a tiré aucune conclusion quant à la sanction qu'il convenait d'infliger — En l'espèce, les questions préliminaires étaient celles de déterminer si le contrôle judiciaire était prématuré et de savoir s'il était interdit au demandeur de soulever la question du caractère

its findings of professional misconduct — Review of Decision not resulting in interference with internal administrative process of applicant's Discipline Committee nor would it result in fragmentation of administrative proceedings — Applicant not precluded from raising adequacy of supervision on judicial review — Applicant's central contention was that Decision lacked justification for whether supervision was appropriate in first place, as alternative to suspension — Therefore, nothing to preclude applicant from seeking judicial review of that aspect of Decision, given position it took consistently throughout proceedings before Discipline Committee — Determinative issue in this case was whether Discipline Committee made unreasonable Decision by failing to engage in analysis, provide adequate reasons for lifting suspension of respondent's licence — Discipline Committee concluded in one sentence that panel found that practice restrictions would be sufficient to reduce risk of harm to public interest in administration of justice, risk of harm to public — Discipline Committee offered no chain of analysis to justify its decision to lift licence suspension, replace it with licence restrictions in matter that raised serious allegations of misconduct, concerns for public's confidence in profession, risk of harm to public — This rendered Decision unreasonable — On that basis alone, matter sent back for redetermination — As to appropriate remedy, decision from Court quashing Decision would have effect of removing restrictions on respondent's licence to practice but would not reinstate licence suspension as per previous decision — Thus, this was appropriate case to direct that restrictions set out in Decision remain in place while redetermination was underway — Application allowed.

approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire — Les principales questions étaient celles de déterminer si la décision du Comité de discipline de lever la suspension du permis était raisonnable et quelle était la réparation appropriée — Conformément au Règlement administratif du demandeur, ce dernier ne disposait d'aucun processus d'appel interne — La décision n'était pas de nature interlocutoire, car, contrairement à d'autres ordonnances ou décisions provisoires qui découlent d'une instance en cours, cette décision était complète en soi — La décision du Comité de discipline était valide et continuerait de l'être jusqu'à ce qu'il rende la décision finale suivant ses conclusions d'inconduite professionnelle — Le contrôle de la décision ne constituait pas une ingérence dans le processus administratif interne du Comité de discipline du demandeur, pas plus qu'il ne fragmenterait les procédures administratives — Il n'était pas interdit au demandeur de soulever la question du caractère approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire — Le demandeur a principalement fait valoir que la décision n'était pas justifiée pour ce qui était de savoir si la surveillance était fondamentalement une mesure appropriée qui constitue une solution de rechange à la suspension — Par conséquent, rien n'empêchait le demandeur de solliciter le contrôle judiciaire de cet aspect de la décision, vu la position qu'il a systématiquement suivie pendant toute la durée des procédures devant le Comité de discipline — La question déterminante en l'espèce consistait à se demander si le Comité de discipline avait rendu une décision déraisonnable du fait qu'il ne s'était pas livré à une analyse et qu'il n'avait pas fourni de motifs suffisants pour lever la suspension du permis du défendeur — Le Comité de discipline a conclu en une seule phrase que le jury estimait que les restrictions suffiraient à réduire le risque de préjudice touchant l'intérêt public dans l'administration de la justice et le risque de préjudice pour le public — Le Comité de discipline n'a fait aucune analyse pour justifier sa décision de lever la suspension de permis et de la remplacer par des restrictions dans le cadre d'une affaire qui comportait de graves allégations d'inconduite, malgré ses préoccupations à l'égard de la confiance du public envers la profession et le risque de préjudice auquel le public serait exposé — La décision rendue était donc déraisonnable — Pour ce seul motif, l'affaire a été renvoyée pour qu'une nouvelle décision soit rendue — Quant à la question de la mesure de réparation appropriée, l'annulation par la Cour de la décision aurait eu pour effet d'éliminer les restrictions imposées au permis de pratique du défendeur, mais n'aurait pas rétabli la suspension de permis ordonnée dans la décision précédente — Ainsi, il convenait en l'espèce d'ordonner le maintien des restrictions formulées en attendant la nouvelle décision — Demande accueillie.

This was an application for judicial review of a decision of the applicant's Discipline Committee (Discipline Committee) (1) lifting the suspension of the respondent's licence pending

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision du Comité de discipline du demandeur (le Comité de discipline) 1) levant la suspension du permis du défendeur en

the outcome of disciplinary proceedings against the respondent and (2) allowing him to practice under supervision.

The respondent is a regulated immigration consultant. Over the last decade, the respondent and his associated corporations have faced numerous complaints and several court proceedings relating to his immigration consultancy practice. Approximately 40 complaints against the respondent were filed with the applicant, a national regulatory body that oversees licensed immigration consultants. The applicant decided to proceed with six of these complaints. In July 2019, the applicant brought an urgent motion for an interim suspension of the respondent's licence pending the outcome of the disciplinary proceedings. The respondent argued that the motion contained factual inaccuracies. The Discipline Committee granted an interim suspension in August 2019. The respondent sought leave to judicially review this decision, and after leave was granted, the matter was settled and returned to the Discipline Committee. On June 17, 2020, the Discipline Committee again decided to suspend the respondent's licence pending determination of the underlying complaints. The suspension was for six months, unless in the interim the panel hearing the complaints lifted, extended or varied it, or after three months the respondent brought a motion requiring the applicant to justify the continuation of the suspension and the panel hearing that motion lifted, extended or otherwise varied it. The Discipline Committee directed the respondent to stop soliciting business as an immigration consultant. While the respondent had proposed supervision as an alternative to suspension, he had put forward no supervision plan. The Discipline Committee rejected this request. In October 2020, the respondent brought a motion to lift his suspension. This time, he proposed another member of the applicant in good standing to be his supervisor. The applicant brought a cross-motion to continue the suspension. On December 17, 2020, the Discipline Committee lifted the suspension and allowed the respondent to practice under supervision (the Decision). The Discipline Committee's hearing on the merits of the underlying complaints ended in July 2021. It found that the respondent had committed professional misconduct while the hearing of the application for judicial review was underway. In particular, the Discipline Committee found that the respondent had breached the applicant's June 2012 Code of Professional Ethics by failing to maintain integrity and failing to serve honourably with respect to five of the six complainants. The Discipline Committee made no findings as to the appropriate sanction that should apply based on its findings on misconduct.

attendant l'issue d'une procédure disciplinaire contre lui et 2) autorisant le défendeur à pratiquer sous surveillance.

Le défendeur est un consultant en immigration agréé. Au cours des 10 dernières années, le défendeur et ses sociétés associées ont dû répondre à de nombreuses plaintes et ont plusieurs fois été traduits en justice relativement à sa pratique de consultant en immigration. Environ une quarantaine de plaintes ont été déposées contre le défendeur auprès du demandeur, un organisme de réglementation national chargé de surveiller les consultants en immigration agréés. Le demandeur a décidé de donner suite à six d'entre elles. En juillet 2019, le demandeur a produit une requête urgente en vue de faire suspendre provisoirement le permis de pratique du défendeur en attendant l'issue des procédures disciplinaires. Le défendeur a fait valoir que la requête comportait des inexactitudes factuelles. Le Comité de discipline a prononcé une suspension provisoire en août 2019. Le défendeur a sollicité l'autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire, laquelle lui a été accordée, et les parties ont ensuite réglé l'affaire et convenu de la renvoyer au Comité de discipline. Le 17 juin 2020, le Comité de discipline a décidé une fois de plus de suspendre le permis de pratique du défendeur jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur les plaintes sous-jacentes. Le Comité de discipline a ordonné une suspension de six mois, ajoutant que cette période pourrait varier si, dans l'intervalle, le jury instruisant les plaintes la levait, la prolongeait ou la modifiait ou encore si, après trois mois, le défendeur présentait une requête en vue d'enjoindre au demandeur de justifier le maintien de la suspension et si le jury instruisant cette requête la levait, la prolongeait ou la modifiait. Le Comité de discipline a donc ordonné au défendeur d'arrêter de recruter de nouveaux clients en qualité de consultant en immigration. Le défendeur avait proposé de faire l'objet d'une surveillance plutôt que d'une suspension, mais il n'avait mis de l'avant aucun plan de surveillance. Le Comité de discipline a rejeté cette proposition. En octobre 2020, le défendeur a présenté une requête en vue de faire lever sa suspension. Cette fois, il a proposé qu'un autre membre en règle du demandeur le surveille. Le demandeur a déposé une requête incidente en vue de maintenir la suspension. Le 17 décembre 2020, le Comité de discipline a levé la suspension et autorisé le défendeur à pratiquer sous surveillance (la décision). L'audition des plaintes sous-jacentes sur le fond, par le Comité de discipline, a pris fin en juillet 2021. Il a conclu que le défendeur avait commis des erreurs professionnelles pendant que l'audition de la demande de contrôle judiciaire était en cours. Plus particulièrement, le Comité de discipline a conclu que le défendeur avait manqué au code d'éthique professionnelle de juin 2012 du demandeur parce qu'il n'avait pas agi honorablement et de façon à préserver l'intégrité, relativement à cinq des six plaignants. Le Comité de discipline n'a tiré aucune conclusion quant à la sanction qu'il convenait d'infliger à la suite de ses conclusions en matière d'inconduite.

The preliminary issues were whether the application for judicial review was premature and whether the applicant was precluded from raising the adequacy of supervision on judicial review. The main issues were whether the decision of the Discipline Committee to lift the licence suspension was reasonable and what was the appropriate remedy.

Held, the application should be allowed.

As a general rule, interlocutory rulings should not be challenged until the tribunal's proceedings have been completed. As an exception to the general principle of non-interference with ongoing administrative processes, a court may review an interlocutory decision in "exceptional circumstances", but the threshold is high. In this case, the applicant submitted that the Decision was not an interlocutory decision for jurisdictional purposes with respect to judicial review. In accordance with the applicant's By-Law, there is no internal appeal process for the applicant. That process is only available for the member. The lack of an internal appeal process was a factor that weighed against finding the Decision as an interlocutory one. Nevertheless, the Decision's provision for a six-month review was a relevant factor to be considered. A review of the Discipline Committee's order (one of ten orders) enabling the applicant to bring a motion to review the Decision was examined. The order allowed a review of the Decision only under specific conditions. There was no provision for the applicant to seek an internal review of the Decision itself. Thus, there was no internal review mechanism available to the applicant under the applicant's By-Law nor did the order in the Decision enabling the applicant to bring a motion to review within six months amount to an alternative remedy for the applicant to review the merits of the Decision. The Decision was not interlocutory because, unlike other interim decisions or orders that arise from an ongoing proceeding, the Decision was complete in its rendering. The Decision stood, and would continue to do so, until the final disposition of the Discipline Committee following its findings of professional misconduct. The applicant's disciplinary process had continued to proceed notwithstanding the filing of the judicial review application. A review of the Decision did not result in interference with the internal administrative process of the applicant's Discipline Committee nor would it result in the fragmentation of the administrative proceedings.

With respect to the applicant being precluded from raising the adequacy of supervision on judicial review, the respondent argued that because the applicant's submissions on the law

Les questions préliminaires étaient celles de déterminer si le contrôle judiciaire était prématuré, et de savoir s'il était interdit au demandeur de soulever la question du caractère approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire. La principale question était celle de déterminer si la décision de lever la suspension du permis était raisonnable, et quelle était la réparation appropriée.

Jugement : la demande doit être accueillie.

En règle générale, il ne convient pas de contester une décision interlocutoire tant que l'instance engagée devant le tribunal administratif n'a pas été menée à terme. À titre d'exception au principe général de non-ingérence dans les procédures administratives en cours, une cour de justice peut contrôler une décision interlocutoire dans des « circonstances exceptionnelles », mais le critère minimal est élevé. En l'espèce, le demandeur a soutenu que la décision n'est pas une décision interlocutoire qui concerne des questions de compétence devant être examinées dans le cadre du contrôle judiciaire. Conformément au Règlement administratif du demandeur, il n'existe pour ce dernier aucun processus d'appel. Ce processus n'est offert qu'aux membres. L'absence de processus d'appel interne était un facteur qui empêchait de conclure que la décision était de nature interlocutoire. Néanmoins, le réexamen après un délai de six mois prévu dans la décision était un facteur pertinent à prendre en considération. Un réexamen de l'ordonnance (l'une de dix) par laquelle le Comité de discipline a habilité le demandeur à présenter une requête en réexamen de la décision a fait l'objet d'un examen. L'ordonnance n'autorisait le contrôle de la décision que dans des conditions spécifiques. Aucune disposition ne permettait au demandeur de solliciter un réexamen interne de la décision elle-même. Par conséquent, le demandeur ne disposait d'aucun mécanisme de révision interne sous le régime du Règlement administratif du demandeur, pas plus que l'ordonnance incluse dans la décision habilitant le demandeur à présenter une requête en réexamen dans les six mois n'était assimilable à une autre voie de recours dont disposait le demandeur pour réexaminer le fond de la décision. La décision n'était pas de nature interlocutoire, car, contrairement à d'autres ordonnances ou décisions provisoires qui découlent d'une instance en cours, cette décision était complète en soi. La décision du Comité de discipline était valide et continuerait de l'être jusqu'à ce que le Comité de discipline rende la décision finale suivant ses conclusions d'inconduite professionnelle. Le processus disciplinaire du demandeur s'était poursuivi, malgré le dépôt de la demande de contrôle judiciaire. Le réexamen de la décision ne constituait pas une ingérence dans le processus administratif interne du Comité de discipline du demandeur, pas plus qu'il ne fragmenterait les procédures administratives.

Quant à la question de savoir s'il était interdit au demandeur de soulever la question du caractère approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire, le défendeur a

were inadequate and because the applicant did not challenge the respondent's evidence on the adequacy of the practice restrictions, it was precluded from challenging the adequacy of the practice restrictions on judicial review. The respondent's submission was misleading. The applicant pointed out that it had argued before the Discipline Committee that the complaints against the respondent raised serious issues of integrity. A review of the materials confirmed the applicant's position. In its factum supporting its motion for interim suspension, the applicant had argued that interim suspension was the appropriate measure and that practice restrictions were not enough in cases alleging lack of integrity on the part of the immigration consultant. The applicant was not challenging the Decision based on the suitability of the supervisor or the conditions of the practice restrictions. Its central contention was that the Decision lacked justification for whether supervision was appropriate in the first place, as an alternative to suspension. Therefore, there was nothing to preclude the applicant from seeking judicial review of that aspect of the Decision, given the position it took consistently throughout the proceedings before the Discipline Committee.

The determinative issue in this case was whether the Discipline Committee made an unreasonable decision by failing to engage in an analysis and provide adequate reasons for lifting the suspension of the respondent's licence. The Discipline Committee devoted much of its analysis responding to the respondent's arguments that the conditions had changed since the order of June 17, 2020, to suspend his licence. The Discipline Committee addressed the respondent's submissions. It concluded in one sentence that the panel found that practice restrictions would be sufficient to reduce the risk of harm to the public interest in the administration of justice and risk of harm to the public. Given the brevity of this conclusion, the applicant rightly submitted that in deciding to lift the suspension, the Discipline Committee failed to conduct any analysis as to why supervision would be sufficient "to reduce the harm of the public interest in the administration of justice and risk of harm to the public." The Discipline Committee cited no case law, quoted no evidence, gave no response to the applicant's arguments, and made no attempt to link its conclusion to its own finding that the alleged misconduct remained serious and there were reasonable grounds to believe that a member of the public could be harmed. A reasonable decision is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker. Here, the Discipline Committee offered no chain of analysis, rational or otherwise, to justify its decision to lift the licence suspension and replace it with licence restrictions in

soutenu que le caractère inadéquat des observations du demandeur sur le droit applicable et l'absence de contestation de la part du demandeur quant à la preuve du défendeur concernant le caractère approprié des restrictions en matière de pratique empêchaient le demandeur de contester le caractère approprié de ces restrictions dans le cadre du contrôle judiciaire. L'argument du défendeur était trompeur. Le demandeur a fait remarquer qu'il avait fait valoir devant le Comité de discipline que les plaintes formulées contre le défendeur soulevaient de sérieuses questions d'intégrité. Un examen des documents a confirmé la position du demandeur. Dans son mémoire à l'appui de sa requête en suspension provisoire, le demandeur avait affirmé que la suspension provisoire était la mesure appropriée et que des restrictions en matière de pratique n'étaient pas suffisantes dans le cas d'une affaire où le manque d'intégrité de la part du consultant en immigration était allégué. Le demandeur n'a pas fait reposer sa contestation de la décision sur la compétence du surveillant ou sur les conditions des restrictions en matière de pratique. Il a principalement fait valoir que la décision n'était pas justifiée pour ce qui était de savoir si la surveillance était fondamentalement une mesure appropriée qui constitue une solution de rechange à la suspension. Par conséquent, rien n'empêchait le demandeur de solliciter le contrôle judiciaire de cet aspect de la décision, vu la position qu'il a systématiquement suivie pendant toute la durée des procédures devant le Comité de discipline.

La question déterminante en l'espèce consistait à se demander si le Comité de discipline avait rendu une décision déraisonnable du fait qu'il ne s'était pas livré à une analyse et qu'il n'avait pas fourni des motifs suffisants sur la question de la levée de la suspension du permis du défendeur. Le Comité de discipline a consacré une bonne part de son analyse à répondre aux arguments du défendeur selon lesquels les conditions avaient changé depuis l'ordonnance de suspension de son permis prononcée le 17 juin 2020. Le Comité de discipline a examiné les arguments du défendeur. Il a conclu en une seule phrase que le jury estimait que les restrictions suffiraient à réduire le risque de préjudice touchant l'intérêt public dans l'administration de la justice et le risque de préjudice pour le public. Vu la brièveté de cette conclusion, le demandeur a fait valoir à juste titre que le Comité de discipline n'a pas, lorsqu'il a décidé de lever la suspension, analysé les raisons pour lesquelles une surveillance suffirait « à réduire le risque de préjudice touchant l'intérêt public dans l'administration de la justice et le risque de préjudice pour le public ». Le Comité de discipline n'a cité aucune décision, n'a renvoyé à aucun élément de preuve, n'a fourni aucune réponse aux arguments du demandeur, et n'a rien fait pour rattacher sa décision à sa propre conclusion voulant que l'inconduite alléguée demeurerait grave et qu'il y avait des motifs raisonnables de croire qu'il pourrait y avoir un préjudice causé à un autre membre du public. Une décision raisonnable doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et être justifiée

a matter that raised serious allegations of misconduct. In conclusion, the Discipline Committee's failure to engage in any analysis and provide adequate reasons for lifting the suspension of the respondent's licence to practice, in the face of the Committee's acknowledged serious allegations of misconduct and concerns for the public's confidence in the profession and risk of harm to the public, rendered the Decision unreasonable. On that basis alone, the matter needed to be sent back for redetermination.

As to the appropriate remedy, the only remedy the applicant sought was an order quashing the Decision and remitting the matter back for reconsideration, without addressing the practical effect of quashing the Decision. A decision from the Court quashing the Decision would have the effect of removing the restrictions on the respondent's licence to practice but would not reinstate the licence suspension as per the June 17, 2020 decision. This was an appropriate case to direct that the restrictions set out in the Decision remain in place while the redetermination was underway, until either the Discipline Committee rendered a new decision regarding the appropriate interim sanction to be imposed on the respondent's practice or until the Discipline Committee rendered a final decision on sanction pursuant to its June 21, 2022 findings of misconduct against the respondent, whichever came first.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(3)(b).
 Immigration Consultants of Canada Regulatory Council.
 By-Law 2020-1, (December 17, 2020), ss. 20.7–20.9, 28.2(d), 30.8, 30.10, 32.1, 39.5.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 72.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Watto v. Immigration Consultants of Canada Regulatory Council*, 2018 FC 890.

au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti. En l'espèce, le Comité de discipline n'a fait aucune analyse, rationnelle ou autre, pour justifier sa décision de lever la suspension de permis et de la remplacer par des restrictions dans le cadre d'une affaire qui comportait de graves allégations d'inconduite. En conclusion, le Comité de discipline a rendu une décision déraisonnable, car il n'a fait aucun travail d'analyse et n'a pas fourni de motifs suffisants pour lever la suspension du permis de pratique du défendeur, malgré le fait qu'il avait reconnu l'existence de graves allégations d'inconduite et malgré ses préoccupations à l'égard de la confiance du public envers la profession et le risque de préjudice auquel le public serait exposé. Pour ce seul motif, il était nécessaire de renvoyer la présente affaire pour qu'une nouvelle décision soit rendue.

Quant à la mesure de réparation appropriée, la seule réparation que le demandeur souhaitait obtenir était une ordonnance annulant la décision du Comité de discipline et renvoyant l'affaire pour nouvel examen, mais il n'a rien dit au sujet de l'effet pratique de cette annulation. L'annulation, par la Cour, de la décision du comité de discipline aurait pour effet d'éliminer les restrictions imposées au permis de pratique du défendeur, mais elle ne rétablirait pas la suspension de permis ordonnée dans la décision du 17 juin 2020. Ainsi, il convenait en l'espèce d'ordonner le maintien des restrictions formulées dans la décision pendant le processus décisionnel, jusqu'à ce que le Comité de discipline rende une nouvelle décision sur la sanction provisoire à infliger ou prononce une décision finale sur la sanction à infliger, qui fait suite à la conclusion d'inconduite de la part du défendeur tirée le 21 juin 2022, selon la première de ces deux dates.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 72.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(3)(b).
 Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada. Règlement administratif 2020-1, (17 décembre 2020), art. 20.7–20.9, 28.2d), 30.8, 30.10, 32.1, 39.5.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Watto c. Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada*, 2018 CF 890.

CONSIDERED:

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village), 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *Olah v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 899; *Zhu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 980; *Dugré v. Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8; *Benito v. Immigration Consultants of Canada Regulatory Council*, 2019 FC 1628; *Zhang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FC 746; *Pharmascience Inc. v. Binet*, 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513.

REFERRED TO:

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; *Novakova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 110; *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255, 2000 CanLII 17138 (C.A.); *Canada (Border Services Agency) v. C.B. Powell Limited*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Herbert v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 11; *Khan v. Immigration Consultants of Canada Regulatory Council*, 2021 FC 381; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *Rohringer v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 2017 ONSC 6656 (CanLII); *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2019 FCA 206, [2020] 1 F.C.R. 231.

AUTHORS CITED

Tomlinson, Kathy. "False promises: Foreign workers are falling prey to a sprawling web of labour trafficking in Canada", *The Globe and Mail*, (April 5, 2019), online.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Discipline Committee of the applicant to lift the suspension of the respondent's licence pending the outcome of disciplinary proceedings against the respondent and allow him to practice under supervision. Application allowed.

APPEARANCES

Barbara Jackman for applicant.
Mark Nohra for respondent.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village), 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *Olah c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 899; *Zhu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 980; *Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8; *Benito c. Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada*, 2019 CF 1628; *Zhang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CF 746; *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817; *Novakova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 110; *Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255, 2000 CanLII 17138 (C.A.); *Canada (Agence des services frontaliers) c. C.B. Powell Limited*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Herbert c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 11; *Khan c. Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada*, 2021 CF 381; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Rohringer v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 2017 ONSC 6656 (CanLII); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2019 CAF 206, [2020] 1 R.C.F. 231.

DOCTRINE CITÉE

Tomlinson, Kathy. "False promises: Foreign workers are falling prey to a sprawling web of labour trafficking in Canada", *The Globe and Mail*, (April 5, 2019), online.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision du Comité de discipline du demandeur levant la suspension du permis du défendeur en attendant l'issue d'une procédure disciplinaire contre le défendeur et l'autorisant à pratiquer sous surveillance. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Barbara Jackman pour le demandeur.
Mark Nohra pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD

*Immigration Consultants of Canada Regulatory Council, Burlington, and Jackman & Associates, Toronto, for applicant.
Nohralaw and Martin + Associates, Vancouver, for respondent.*

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

Go J.:

I. Overview

[1] The respondent, Mr. Kuldeep Bansal, is a regulated immigration consultant. Over the last decade, Mr. Bansal and his associated corporations have faced numerous complaints and several court proceedings relating to his immigration consultancy practice.

[2] Several common themes run through the various allegations and complaints against Mr. Bansal: (a) clients having paid thousands of dollars for which no receipt was given and often no retainer signed; (b) clients being promised a job in Canada and/or permanent residence, but no approved job offer materialized, or the job offer disappeared, or a different job was given, by the time clients arrived in Canada; and (c) no money was refunded or only a partial refund was given despite requests that it be returned in full.

[3] Approximately 40 complaints against Mr. Bansal were filed with the applicant, the Immigration Consultants of Canada Regulatory Council (ICCRC)—now the College of Immigration and Citizenship Consultants (College)—a national regulatory body that oversees licensed immigration consultants.

[4] About 30 of these complaints were dismissed, while 10 were investigated. ICCRC decided to proceed with 6 of these complaints.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada, Burlington, et Jackman & Associates, Toronto, pour le demandeur.
Nohralaw et Martin + Associates, Vancouver, pour le défendeur.*

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

LA JUGE GO :

I. Vue d'ensemble

[1] Le défendeur, M. Kuldeep Bansal, est un consultant en immigration agréé. Au cours des 10 dernières années, M. Bansal et ses sociétés associées ont dû répondre à de nombreuses plaintes et ont plusieurs fois été traduits en justice relativement à sa pratique de consultant en immigration.

[2] Plusieurs thèmes communs reviennent dans les diverses allégations et plaintes formulées contre M. Bansal : a) des clients ont payé des milliers de dollars pour lesquels aucun reçu n'a été remis et, souvent, M. Bansal ne leur avait fait signer aucun mandat; b) les clients se sont vus promettre un emploi au Canada ou la résidence permanente, mais au moment où ils sont arrivés au Canada, ces promesses n'ont abouti à aucune offre d'emploi approuvée, ou l'offre d'emploi avait disparu, ou ils ont obtenu un emploi différent; et c) aucune somme d'argent n'a été remboursée ou seul un remboursement partiel a été fait, malgré des demandes de remboursement intégral.

[3] Environ une quarantaine de plaintes ont été déposées contre M. Bansal auprès du demandeur, le Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada (le CRCIC) — aujourd'hui appelé le Collège des consultants en immigration et en citoyenneté (le Collège) —, un organisme de réglementation national chargé de surveiller les consultants en immigration agréés.

[4] Environ 30 de ces plaintes ont été rejetées, mais 10 ont fait l'objet d'une enquête, et le CRCIC a décidé de donner suite à 6 d'entre elles.

[5] *The Globe and Mail* published an article dated April 5, 2019, covering a variety of allegations against immigration consultants offering employment services. Mr. Bansal was named in the article and said to have garnered up to \$5 million dollars a year by collecting money from overseas clients in exchange for “guaranteed” jobs and, in some cases, eventual permanent residence status while failing to deliver on these promises or refund the money paid.

[6] In July 2019, the ICCRC brought an urgent motion for an interim suspension of Mr. Bansal’s licence pending the outcome of the disciplinary proceedings. Mr. Bansal argued that the motion contained factual inaccuracies. The Discipline Committee of the ICCRC (Discipline Committee) granted an interim suspension in August 2019. Mr. Bansal sought leave to judicially review this decision, and after leave was granted, the matter was settled and returned to the Discipline Committee.

[7] On June 17, 2020, the Discipline Committee again decided to suspend Mr. Bansal’s licence pending determination of the underlying complaints. The suspension was for six months, unless in the interim the panel hearing the complaints lifted, extended or varied it, or after three months Mr. Bansal brought a motion requiring the ICCRC to justify the continuation of the suspension and the panel hearing that motion lifted, extended or otherwise varied it. The Discipline Committee was concerned that Mr. Bansal had continued to practice as a consultant when he had undertaken not to practice, as he was advertising his consulting business on an active website. The Discipline Committee thus directed Mr. Bansal to stop soliciting business as an immigration consultant, either directly or through a company he controls, and to remove any reference to services he might offer as an immigration consultant from any website that he, or a company he controls, operates. The Discipline Committee was also concerned about his credibility and his failure to cooperate with the ICCRC investigation. While Mr. Bansal had proposed supervision as an alternative to suspension, he had put forward no supervision plan. The Discipline

[5] Le 5 avril 2019, le *Globe and Mail* a publié un article dans lequel la journaliste rapportait diverses allégations visant des consultants en immigration qui offraient des services d’emploi. M. Bansal était nommé dans l’article et il aurait gagné jusqu’à 5 millions de dollars par année en percevant de l’argent auprès de clients situés à l’étranger en échange d’emplois « garantis » et, dans certains cas, de l’obtention éventuelle du statut de résident permanent, sans toutefois honorer ses promesses ou rembourser l’argent payé.

[6] En juillet 2019, le CRCIC a produit une requête urgente en vue de faire suspendre provisoirement le permis de pratique de M. Bansal en attendant l’issue des procédures disciplinaires. M. Bansal a fait valoir que la requête comportait des inexactitudes factuelles. Le Comité de discipline du CRCIC (le comité de discipline) a prononcé une suspension provisoire en août 2019. M. Bansal a sollicité l’autorisation de présenter une demande de contrôle judiciaire — laquelle lui a été accordée —, et les parties ont ensuite réglé l’affaire et convenu de la renvoyer au comité de discipline.

[7] Le 17 juin 2020, le comité de discipline a décidé une fois de plus de suspendre le permis de pratique de M. Bansal jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur les plaintes sous-jacentes. Le comité de discipline a ordonné une suspension de six mois, ajoutant que cette période pourrait varier si, dans l’intervalle, le jury instruisant les plaintes la levait, la prolongeait ou la modifiait ou encore si, après trois mois, M. Bansal présentait une requête en vue d’enjoindre au CRCIC de justifier le maintien de la suspension et si le jury instruisant cette requête la levait, la prolongeait ou la modifiait. Le comité de discipline craignait que M. Bansal continue de pratiquer en qualité de consultant alors qu’il s’était engagé à ne pas le faire, car il annonçait son entreprise de consultation sur un site Web actif. Le comité de discipline a donc ordonné à M. Bansal d’arrêter de recruter de nouveaux clients en qualité de consultant en immigration, soit directement soit par l’entremise d’une société qu’il contrôlait, et de supprimer de tout site Web exploité par lui-même, ou une société qu’il contrôlait, toute mention des services qu’il pouvait offrir en qualité de consultant en immigration. Le comité de discipline doutait également de sa crédibilité

Committee rejected this request as it found that suspension was necessary to protect the public from harm and address public confidence in the profession.

[8] In October 2020, Mr. Bansal brought a motion to lift his suspension. This time, he had proposed another member of the ICCRC in good standing to be his supervisor. ICCRC brought a cross-motion to continue the suspension. On December 17, 2020, the Discipline Committee lifted the suspension and allowed Mr. Bansal to practice under supervision (the Decision). ICCRC now seeks judicial review of this decision pursuant to section 72 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27.

[9] Before the date of the hearing, I asked the parties for submissions on whether the Decision under review is an interlocutory decision, and if yes, whether the Court should dismiss the judicial review application due to prematurity.

[10] For reasons that follow, I find the Decision is not interlocutory. Further, I grant the application as I conclude that the Discipline Committee failed to engage in any analysis as to why or how practice supervision might achieve the protection of the public.

II. Complaint Proceedings since the Decision

[11] The Discipline Committee's hearing on the merits of the underlying complaints ended in July 2021.

[12] On June 21, 2022, at the start of the hearing of this application, counsel for the applicant alerted the Court about the possible release of the Discipline Committee's decision later that day which may render the herein application moot.

et craignait qu'il ne collabore pas à l'enquête du CRCIC. M. Bansal avait proposé de faire l'objet d'une surveillance plutôt que d'une suspension, mais il n'avait mis de l'avant aucun plan de surveillance. Le comité de discipline a rejeté sa proposition, car il a conclu que la suspension était nécessaire pour protéger le public contre tout préjudice et assurer sa confiance envers la profession.

[8] En octobre 2020, M. Bansal a présenté une requête en vue de faire lever sa suspension. Cette fois-ci, il a proposé qu'un autre membre en règle du CRCIC le surveille. Le CRCIC a déposé une requête incidente en vue de maintenir la suspension. Le 17 décembre 2020, le comité de discipline a levé la suspension et autorisé M. Bansal à pratiquer sous surveillance (la décision du comité de discipline). Le CRCIC sollicite aujourd'hui le contrôle judiciaire de cette décision en vertu de l'article 72 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27.

[9] Avant la date de l'audience, j'ai demandé aux parties de me faire part de leurs observations sur le point de savoir si la décision du comité de discipline visée par le présent contrôle était une décision interlocutoire et, dans l'affirmative, s'il fallait que la Cour rejette la demande de contrôle judiciaire pour cause de prématurité.

[10] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la décision du comité de discipline n'est pas de nature interlocutoire. De plus, je fais droit à la demande, car j'estime que le comité de discipline n'a fait aucune analyse sur le point de savoir pourquoi ou comment la pratique surveillée permettrait de protéger le public.

II. Les procédures en matière de plainte suivies depuis la décision du comité de discipline

[11] L'audition des plaintes sous-jacentes sur le fond, par le comité de discipline, a pris fin en juillet 2021.

[12] Le 21 juin 2022, au début de l'audition de la présente demande, l'avocate du demandeur a attiré l'attention de la Cour sur la possibilité que le comité de discipline rende sa décision plus tard ce jour-là, ce qui rendrait peut-être cette demande théorique.

[13] As it turns out, the Discipline Committee did release its decision finding Mr. Bansal has committed professional misconduct while the hearing of the herein application was underway. It is not necessary to give a detailed summary of the 116-page decision. Suffice to say the Discipline Committee found some, but not all, of the allegations were made out against Mr. Bansal. Among its key findings, the Discipline Committee found Mr. Bansal has breached the ICCRC's June 2012 Code of Professional Ethics by failing to maintain integrity and failing to serve honourably with respect to five of the six complainants, as well as failing to provide a retainer agreement in the sixth complaint.

[14] The Discipline Committee made no findings as to the appropriate sanction that should apply based on its findings on misconduct, and ordered the parties to make submissions on the issue of sanction over the course of several months, with the last submission date being September 9, 2022, for the reply from the College.

[15] Given that the Discipline Committee's decision on June 21, 2022, does not address the issue of sanction, the Court is of the view that the release of the Committee's decision does not render the herein application moot. The parties did not express any opposition to the Court's conclusion in this regard, though they were given an opportunity to do so.

III. Issues and Standard of Review

[16] ICCRC raises two central arguments:

- (a) that the Discipline Committee breached the duty of fairness in failing to address the appropriateness of practice supervision in light of its findings that the allegations against Mr. Bansal were serious, and in failing to provide reasons for this part of its decision; and
- (b) that the Discipline Committee ignored and/or misunderstood significant factors, namely the negative

[13] Il se trouve que le comité de discipline a effectivement rendu sa décision et il a conclu que M. Bansal avait commis des erreurs professionnelles pendant que l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire était en cours. Il n'est nul besoin de résumer en détail la décision de 116 pages. Je me contenterai de dire que le comité de discipline a conclu que certaines des allégations visant M. Bansal, mais pas toutes, ont été prouvées. L'une des principales conclusions que le comité de discipline a tirées était que M. Bansal avait manqué au code d'éthique professionnelle de juin 2012 du CRCIC parce qu'il n'avait pas agi honorablement et de façon à préserver l'intégrité, relativement à cinq des six plaignants, et parce qu'il n'avait fourni aucun mandat dans le cas du sixième plaignant.

[14] Le comité de discipline n'a tiré aucune conclusion quant à la sanction qu'il convenait d'infliger à la suite de ses conclusions en matière d'inconduite, et il a ordonné aux parties de présenter leurs observations sur ce point au cours d'une période s'étalant sur plusieurs mois, la dernière date de présentation des observations étant, dans le cas de la réplique du Collège, le 9 septembre 2022.

[15] Comme la décision du comité de discipline du 21 juin 2022 ne traite pas de la question de la sanction à infliger, la Cour est d'avis que son prononcé ne rend pas théorique la demande dont il est question en l'espèce. Les parties n'ont exprimé aucune opposition à la conclusion de la Cour à cet égard, même si celle-ci leur en a donné la possibilité.

III. Les questions en litige et la norme de contrôle applicable

[16] Le CRCIC soulève deux arguments centraux :

- a) le comité de discipline a manqué à son obligation d'équité parce qu'il ne s'est pas exprimé sur le caractère approprié de la pratique surveillée au vu de ses conclusions selon lesquelles les allégations visant M. Bansal étaient graves, et parce qu'il n'a pas motivé cette partie de sa décision;
- b) le comité de discipline a fait abstraction de facteurs importants — à savoir la publicité négative

publicity Mr. Bansal has received, his prior non-compliance, and his responsibility for the delay in hearing the merits of the complaints.

dont M. Bansal a été l'objet, sa non-conformité antérieure et sa responsabilité quant à l'audition tardive des plaintes sur le fond — ou il les a mal compris.

[17] Mr. Bansal's two main contentions are:

[17] Les deux arguments principaux de M. Bansal sont les suivants :

- (a) that ICCRC is precluded from making submissions on the adequacy of the practice restrictions when it failed to make these arguments to the Discipline Committee, and
- (b) that the Decision is transparent, intelligible, and justified in light of a concession by ICCRC, the procedural history, and the evidentiary record.

- a) le CRCIC est irrecevable à présenter des observations concernant le caractère approprié des restrictions en matière de pratique parce qu'il n'a pas présenté ces arguments au comité de discipline;
- b) la décision du comité de discipline est transparente, intelligible et justifiée au vu d'une concession que le CRCIC a faite, de l'historique procédural et du dossier de preuve.

[18] Mr. Bansal argues that the Decision is reviewable on a reasonableness standard, per *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*). ICCRC agrees that the standard of review is reasonableness with respect to the exercise of the Discipline Committee's discretion. However, ICCRC argues that the Decision's lack of reasons raises a procedural fairness issue, which is reviewable on a standard of correctness, citing *Vavilov*, at paragraphs 77–81 and *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (*Baker*), at paragraph 43.

[18] M. Bansal fait valoir que la décision du comité de discipline est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, conformément à l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*). Le CRCIC convient qu'en ce qui concerne l'exercice du pouvoir discrétionnaire du comité de discipline, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable. Cependant, il fait valoir que l'absence de motifs dans la décision du comité de discipline soulève une question d'équité procédurale, laquelle est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte, citant à cet égard l'arrêt *Vavilov*, aux paragraphes 77–81, et l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (*Baker*), au paragraphe 43.

[19] ICCRC also cites *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650, at paragraph 30, in which a municipality gave no reasons for denying a permit and the Supreme Court found that this failure to justify its decision breached procedural fairness. Additionally, ICCRC cites *Olah v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2017 FC 899, at paragraphs 33–38, which quashed a pre-removal risk assessment decision based on a lack of analysis—but notably on reasonableness rather than on a procedural fairness ground.

[19] Le CRCIC cite également l'arrêt *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650, au paragraphe 30, une affaire dans laquelle la municipalité n'avait pas motivé son refus d'attribuer un permis et où la Cour suprême a conclu que ce défaut de justifier la décision constituait un manquement à l'équité procédurale. De plus, le CRCIC cite la décision *Olah c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2017 CF 899, aux paragraphes 33–38, une affaire dans laquelle la Cour a annulé la décision rendue à l'issue de l'examen des risques avant renvoi en raison de l'absence d'analyse —

[20] The question of whether reasons are adequate can have both a procedural and substantive aspect, according to *Vavilov*, at paragraph 81: “the provision of reasons for an administrative decision may have implications for its legitimacy, including in terms both of whether it is procedurally fair and of whether it is substantively reasonable.”

[21] Since *Vavilov*, however, this Court has often applied the reasonableness standard to reviewing adequacy of reasons: see for instance, *Novakova v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 110 and *Zhu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 980 (*Zhu*).

[22] In *Zhu*, the applicant alleged that the officer in question unreasonably assessed the evidence and provided inadequate reasons. In finding that both issues attract a reasonableness standard of review, Justice Favel stated [at paragraph 12]:

Despite the parties’ submissions to the contrary, the adequacy of the Officer’s reasoning goes to the substantive reasonableness of the Decision. A decision-maker’s reasoning may affect both the substantive reasonableness and the procedural fairness of a decision (see *Vavilov* at para 81). However, the way that the Applicant has framed his “procedural fairness” argument, claiming that the Decision lacked “justification” and that it was “not possible to understand why the Officer rejected the Applicant’s experience”, indicates that it is an argument against the substantive reasonableness of the Decision. This is the same type of language used in *Dunsmuir*, and now *Vavilov*, to describe an unreasonable decision (see *Vavilov* at para 81).

[23] Here, while the applicant frames the issue as one of duty of fairness in relation to the Discipline Committee’s failure to give reasons for lifting the suspension of Mr. Bansal’s licence, the substance of the

mais, il importe de souligner que la Cour a appliqué la norme de la décision raisonnable et non celle qui s’applique aux questions d’équité procédurale.

[20] Selon l’arrêt *Vavilov*, au paragraphe 81, la question de savoir si des motifs sont suffisants peut comporter à la fois un aspect procédural et un aspect substantiel : « [L]a communication des motifs à l’appui d’une décision administrative est susceptible d’avoir des répercussions sur sa légitimité, à la fois au regard de l’équité procédurale et du caractère raisonnable de ceux-ci sur le fond. »

[21] Depuis l’arrêt *Vavilov* toutefois, notre Cour a souvent appliqué la norme de la décision raisonnable à l’examen du caractère suffisant des motifs (voir, par exemple, les décisions *Novakova c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 110, et *Zhu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 980 (*Zhu*)).

[22] Dans l’affaire *Zhu*, le demandeur alléguait que l’agent en question avait évalué la preuve de manière déraisonnable et fourni des motifs insuffisants. Après avoir conclu que ces deux aspects commandaient la norme de contrôle de la décision raisonnable, le juge Favel s’est exprimé comme suit [au paragraphe 12] :

Malgré les observations contraires présentées par les parties, le caractère suffisant des motifs de l’agent touche au caractère raisonnable de la décision quant au fond. Les motifs d’un décideur peuvent avoir une incidence à la fois sur le caractère raisonnable de la décision quant au fond et sur l’équité procédurale d’une décision (voir *Vavilov*, au para 81). Toutefois, la façon dont le demandeur a présenté son argument concernant [TRADUCTION] « l’équité procédurale », c’est-à-dire en soutenant que la décision n’était pas [TRADUCTION] « justifiée » et qu’il était [TRADUCTION] « impossible de comprendre pourquoi l’agent a rejeté l’expérience du demandeur », indique qu’il s’agit d’un argument contre le caractère raisonnable de la décision quant au fond. Ce type de langage employé pour décrire une décision déraisonnable est le même que celui employé dans la décision *Dunsmuir* et dans la décision *Vavilov* (voir *Vavilov*, au para 81). [*sic*, pour l’ensemble de la citation]

[23] En l’espèce, bien que selon le demandeur, la question qui doit être examinée relativement au défaut du comité de discipline de motiver la levée de la suspension du permis de pratique de M. Bansal mette en jeu

applicant's arguments, in my view, amount to a challenge to the adequacy of the Discipline Committee's reasons. As such, I find no basis to rebut the presumed standard of reasonableness.

[24] A reasonable decision "is one that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker" (*Vavilov*, at paragraph 85). The onus is on the applicant to demonstrate that the decision is unreasonable (*Vavilov*, at paragraph 100). To set aside a decision on this basis, "the reviewing court must be satisfied that there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency" (*Vavilov*, at paragraph 100).

IV. Preliminary Issues

[25] As noted above, I asked the parties for their position on the issue of prematurity. In addition, Mr. Bansal argues ICCRC is precluded from making submissions on the adequacy of the practice restrictions. I will deal with these two preliminary issues before conducting my substantive review of the Decision.

Issue 1: Is the Judicial Review Premature?

[26] As a general rule, interlocutory rulings should not be challenged until the tribunal's proceedings have been completed: *Zündel v. Canada (Human Rights Commission)*, [2000] 4 F.C. 255, 2000 CanLII 17138 (C.A.), at paragraph 10. As an exception to the general principle of non-interference with ongoing administrative processes, a court may review an interlocutory decision in "exceptional circumstances", but the threshold is high: *Canada (Border Services Agency) v. C.B. Powell Limited*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 (*CB Powell*), at paragraph 33. Even jurisdictional issues do not warrant judicial review of interlocutory decisions, but rather only decisions whose consequences are so "immediate and radical" that they call into question the rule of law: *Dugré*

le devoir d'agir équitablement, l'essentiel de ses arguments est, à mon avis, assimilable à une contestation du caractère suffisant des motifs du comité. Par conséquent, j'estime que rien ne permet de déroger à la présomption de contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

[24] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et [être] justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). Il incombe au demandeur d'établir que la décision est déraisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 100). Pour pouvoir infirmer une décision pour ce motif, « la cour de révision doit être convaincue qu'elle souffre de lacunes graves à un point tel qu'on ne peut pas dire qu'elle satisfait aux exigences de justification, d'intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100).

IV. Les questions préliminaires

[25] Comme je l'ai dit plus tôt, j'ai demandé aux parties de me faire part de leur position sur la question de la prématurité. De plus, M. Bansal soutient que le CRCIC est irrecevable à présenter des observations concernant le caractère approprié des restrictions en matière de pratique. Je trancherai ces deux questions préliminaires avant d'effectuer le contrôle judiciaire de la décision du comité de discipline sur le fond.

Première question : Le contrôle judiciaire est-il prématuré?

[26] En règle générale, il ne convient pas de contester une décision interlocutoire tant que l'instance engagée devant le tribunal administratif n'a pas été menée à terme (*Zündel c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [2000] 4 C.F. 255, 2000 CanLII 17138 (C.A.), au paragraphe 10). À titre d'exception au principe général de non-ingérence dans les procédures administratives en cours, une cour de justice peut contrôler une décision interlocutoire dans des « circonstances exceptionnelles », mais le critère minimal est élevé (*Canada (Agence des services frontaliers) c. C.B. Powell Limited*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332 (*CB Powell*), au paragraphe 33). Même une question de compétence ne justifie pas le contrôle judiciaire d'une décision interlocutoire : seules

v. *Canada (Attorney General)*, 2021 FCA 8, at paragraphs 35–36. An exception ought not to be made even in cases where the practical realities of allowing an interlocutory decision to go un-reviewed would cause hardship: *Herbert v. Canada (Attorney General)*, 2022 FCA 11, at paragraphs 7–19.

[27] In *Benito v. Immigration Consultants of Canada Regulatory Council*, 2019 FC 1628 (*Benito*), two immigration consultants sought judicial review of a decision of the Discipline Committee imposing an interim suspension of their right to act as immigration consultants. The respondent, ICCRC, argued that the judicial review should be dismissed for prematurity, as the administrative disciplinary process before the Discipline Committee remained in progress. Justice Gascon accepted ICCRC's argument and found the judicial review application to be premature, noting the following rationale for courts declining to review interlocutory decisions [at paragraph 19]:

...When legislation sets out an administrative process consisting of a series of decisions and remedies, it must be followed to the end, barring exceptional circumstances, before the courts may be asked to intervene. The parties must exhaust all adequate remedial recourses when Parliament has given administrative decision-makers the authority to make decisions rather than courts of law: "... absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted" (*CB Powell* at para 31). Therefore, the Applicants cannot by-pass the process established in the ICCRC disciplinary procedures by making an application for judicial review...

[28] After reviewing the case law, Justice Gascon concluded [at paragraph 23]:

In the present case, as in *CB Powell*, there is an administrative disciplinary process at the ICCRC, and this process must be followed until completion, unless exceptional circumstances exist. In this administrative process,

les décisions dont les conséquences sont à ce point « immédiates et radicales » qu'elles mettent en doute le principe de la primauté du droit le peuvent (*Dugré c. Canada (Procureur général)*, 2021 CAF 8, aux paragraphes 35–36). Il n'y a pas lieu de faire exception à cette règle, même dans les cas où le fait de permettre qu'une décision interlocutoire ne soit pas contrôlée causerait, en pratique, des difficultés (*Herbert c. Canada (Procureur général)*, 2022 CAF 11, aux paragraphes 7–19).

[27] Dans l'affaire *Benito c. Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada*, 2019 CF 1628 (*Benito*), deux consultants en immigration sollicitaient le contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le comité de discipline avait suspendu provisoirement leur droit d'agir en qualité de consultant en immigration. Le défendeur, le CRCIC, faisait valoir qu'il fallait rejeter la demande de contrôle judiciaire pour cause de prématurité, car le processus disciplinaire administratif que suivait le comité de discipline était toujours en cours. Le juge Gascon a souscrit à l'argument du CRCIC et a conclu que la demande de contrôle judiciaire était prématurée, ajoutant que les tribunaux devaient refuser de contrôler une décision interlocutoire pour les raisons suivantes [au paragraphe 19] :

... Lorsque la loi prévoit un processus administratif consistant en une série de décisions et de réparations, ce processus doit, en l'absence de circonstances exceptionnelles, être suivi jusqu'au bout avant que les tribunaux puissent être priés d'intervenir. Les parties doivent épuiser tous les recours adéquats en réparation si c'est aux décideurs administratifs plutôt qu'aux cours de justice que le législateur a accordé le pouvoir de rendre des décisions: « ... à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés » (*CB Powell*, au par. 31). Par conséquent, les demandeurs ne peuvent contourner le processus établi dans les procédures disciplinaires du CRCIC en présentant une demande de contrôle judiciaire ...

[28] Après avoir passé en revue la jurisprudence, le juge Gascon a tiré la conclusion suivante [au paragraphe 23] :

En l'espèce, comme dans l'arrêt *CB Powell*, un processus administratif disciplinaire se déroule devant le CRCIC, et il doit être suivi jusqu'à son terme, à moins de circonstances exceptionnelles. Dans ce processus administratif, le

Parliament has assigned decision-making authority to the ICCRC and various administrative officials, not to the courts. Absent extraordinary circumstances, which are not present here, parties must exhaust their rights and remedies under this administrative process before pursuing a recourse to the courts, even on so-called “jurisdictional” issues relating to the Discipline Committee’s power to act or on procedural fairness concerns. For all those reasons, the applications for judicial review must be dismissed for prematurity as the ordinary administrative process outlined in the ICCRC by-laws and rules ought to be followed, rather than this Court pre-empting the Discipline Committee’s jurisdiction.

[29] I note however in *Zhang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2021 FC 746 (*Zhang*), at paragraphs 14–22, Justice Ahmed found that the judicial review was not premature because the remedial capacity of the administrative appeal was not equivalent.

[30] In this case, ICCRC submits that the Decision is not an interlocutory decision for jurisdictional purposes with respect to judicial review.

[31] ICCRC contends there is a distinction between decisions that are interlocutory to the proceeding—such as a ruling on evidence to be admitted, a challenge to a summons to produce evidence, or the standard to be applied in reaching the ultimate decision—and decisions that are rooted in a separate statutory power of decision-making. ICCRC submits the latter includes a decision to suspend a licence (or not) pending the outcome of a disciplinary proceeding. The latter type of decisions, ICCRC argues, is complete in its rendering and subject to review, provided there is no other administrative remedy available to the aggrieved party.

[32] On this point, ICCRC submits that it has no internal appeal process, as the ICCRC By-Law 2020-1 Dec. 17, 2020, provides for an internal appellate remedy for the member but not for the ICCRC (citing Rules 20.7–20.9, 28.2(d), 32.1, 39.5).

législateur a confié le pouvoir décisionnel au CRCIC et à divers dirigeants administratifs, et non aux tribunaux. En l’absence de circonstances extraordinaires, qui n’existent pas en l’espèce, les parties doivent épuiser le[s] droits et recours [prévus par] ce processus administratif avant d’intenter un recours devant les tribunaux, même en ce qui touche les questions dites « de compétence », liées au pouvoir d’agir du Comité de discipline ou les préoccupations en matière d’équité procédurale. Pour tous ces motifs, les demandes de contrôle judiciaire doivent être rejetées en raison de leur caractère prématuré, étant donné qu’il faut s’en tenir au processus administratif ordinaire prévu par les règles et règlements administratifs du CRCIC, et non que la Cour substitue sa compétence à celle du Comité de discipline.

[29] Je tiens toutefois à faire remarquer que dans la décision *Zhang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2021 CF 746 (*Zhang*), le juge Ahmed a conclu, aux paragraphes 14–22, que le contrôle judiciaire n’était pas prématuré parce que l’instance administrative d’appel n’avait pas la même faculté d’accorder une réparation.

[30] En l’espèce, le CRCIC soutient que la décision du comité de discipline n’est pas une décision interlocutoire qui concerne des questions de compétence devant être examinées dans le cadre du contrôle judiciaire.

[31] Le CRCIC soutient qu’il y a lieu de distinguer les décisions de nature interlocutoire qui doivent être tranchées en cours d’instance — par exemple, une décision sur des éléments de preuve à admettre, une contestation relative à une assignation visant à produire des éléments de preuve, ou la norme à appliquer pour arriver à la décision ultime — de celles qui doivent être rendues en vertu d’un pouvoir décisionnel législatif distinct. Il ajoute que ce pouvoir comprend la décision de suspendre un permis (ou non) en attendant l’issue d’une procédure disciplinaire. Selon lui, le dernier type de décision est complet en soi et susceptible de contrôle, à condition que la partie lésée ne dispose d’aucun autre recours administratif.

[32] À ce sujet, le CRCIC soutient qu’il ne dispose d’aucun processus d’appel interne, car son Règlement administratif 2020-1 du 17 décembre 2020 prévoit un mécanisme d’appel interne pour les membres et non pour le CRCIC (citant les paragraphes 20.7–20.9, l’alinéa 28.2d) et les paragraphes 32.1 et 39.5 du Règlement administratif).

[33] ICCRC also refers to *Benito*, at paragraphs 19–20, seemingly to make the point that judicial review is only premature if an administrative remedy is available to the applicant. This passage, however, states that the applicants should have followed not only “the internal appeal mechanism available to them” but also “the ICCRC disciplinary process” (*Benito*, at paragraph 20).

[34] ICCRC further argues that judicially reviewing the Decision does not interfere with the disciplinary process, given that the hearing into the complaints will continue whether or not Mr. Bansal’s licence is suspended.

[35] Initially Mr. Bansal did not take a clear position on the issue of prematurity. He only challenged the ICCRC’s inconsistency with its own previous position when he sought judicial review of two of the Discipline Committee’s orders. One of these two judicial review applications concerned Mr. Bansal’s interim suspension, while the other dealt with the Discipline Committee’s denial of Mr. Bansal’s abuse of process motion. In both instances, ICCRC raised the argument of prematurity. The Court denied leave with respect to the former application, and held the latter one in abeyance until a decision is released by the Discipline Committee on the merits of the allegations. While Mr. Bansal argued the ICCRC’s submission that the ICCRC By-Law provides for an internal appellate remedy for members like himself is inconsistent with its past position, he did not appear to dispute ICCRC’s position that it does not have an internal appeal process.

[36] In a subsequent letter to the Court, Mr. Bansal submitted that the Decision is interlocutory because it contains an order that states:

The ICCRC may bring a motion to review this Interim Order if the conditions are not fulfilled or the hearing of the complaints, penalties and costs are not completed within six months of the date of the Order.

[33] Le CRCIC fait également référence à la décision *Benito*, aux paragraphes 19–20, apparemment pour faire valoir qu’un contrôle judiciaire n’est prématuré que dans le cas où le demandeur dispose d’un recours administratif. Ce passage indique toutefois que les demandeurs auraient dû suivre non seulement le « mécanisme interne d’appel dont ils pouvaient se prévaloir », mais aussi le « processus disciplinaire du CRCIC » (*Benito*, au paragraphe 20).

[34] Le CRCIC fait aussi valoir que le fait de soumettre la décision du comité de discipline à un contrôle judiciaire n’entrave pas le processus disciplinaire étant donné que l’audition des plaintes se poursuivra, que le permis de M. Bansal soit suspendu ou non.

[35] Au départ, M. Bansal n’a pas clairement pris position sur la question de la prématurité. Il a seulement contesté le fait que la position du CRCIC ne concordait pas avec la position que celui-ci avait prise antérieurement, lors du contrôle judiciaire de deux des ordonnances du comité de discipline. L’une de ces deux demandes de contrôle judiciaire visait la suspension provisoire de M. Bansal, tandis que l’autre visait le rejet, par le comité de discipline, de la requête pour abus de procédure présentée par M. Bansal. Dans ces deux affaires, le CRCIC avait évoqué l’argument de la prématurité. La Cour a rejeté la première demande d’autorisation, et elle a mis l’autre en suspens jusqu’à ce que le comité de discipline se soit prononcé sur le fond des allégations. M. Bansal a fait valoir que l’observation du CRCIC selon laquelle son Règlement administratif prévoyait un mécanisme d’appel interne pour les membres comme lui ne concordait pas avec sa position antérieure, mais il n’a pas semblé contester la position du CRCIC selon laquelle celui-ci ne dispose d’aucun processus d’appel interne.

[36] Dans une lettre envoyée plus tard à la Cour, M. Bansal a soutenu que la décision du comité de discipline était de nature interlocutoire parce qu’elle contenait ce qui suit dans son ordonnance :

Le CRCIC pourrait présenter une requête pour que cette ordonnance intérimaire soit revue si les conditions ne sont pas respectées ou si l’audience des plaintes, les sanctions et les dépens ne sont pas réglés dans les six mois suivant la date de l’ordonnance. [*Sic*, pour l’ensemble de la citation]

[37] In view of the above order, Mr. Bansal now submits that the Decision gives the ICCRC the ability to review the order internally after six months. While the ICCRC has so far chosen not to do so, another remedy exists within the tribunal process as per this order.

[38] I find, as per the ICCRC By-Law, that there is no internal appeal process for the ICCRC. That process is only available for the member. This explains, in my view, the different positions taken by the ICCRC with respect to Mr. Bansal's judicial review applications and the herein application. The lack of an internal appeal process is a factor that weighs against finding the Decision as an interlocutory one: *Benito*, at paragraph 19 and *Zhang*, at paragraph 22.

[39] However, I also agree with Mr. Bansal that the Decision's provision for a six-month review is a relevant factor to be considered, as per *Khan v. Immigration Consultants of Canada Regulatory Council*, 2021 FC 381, at paragraphs 14–16 and *Benito*, at paragraph 20.

[40] I note the Discipline Committee's order enabling the ICCRC to bring a motion to review the Decision is the last of ten orders within the Decision. Of the other nine orders, seven of them impose restrictions on Mr. Bansal's practice, while the remaining two require the proposed supervisor to comply with the ICCRC Code of Professional Ethics and report to the Compliance Department of the ICCRC on Mr. Bansal's practice. Viewed in the context of these orders, I find the Discipline Committee has made clear that ICCRC may review the Decision *only* if any one of the nine conditions are not fulfilled, or if the hearing of the complaints, penalties and costs are not completed within six months. In other words, there is no provision for the ICCRC to seek an internal review of the Decision itself, even if the ICCRC believes the Decision contains legal errors, or is otherwise unreasonable.

[37] Vu l'ordonnance qui précède, M. Bansal fait valoir aujourd'hui que la décision du comité de discipline confère au CRCIC la capacité de réexaminer l'ordonnance à l'interne après six mois. Le CRCIC a, jusqu'à présent, choisi de ne pas le faire, mais cette ordonnance prévoit l'existence d'un autre recours au sein du processus du tribunal administratif.

[38] Je conclus, conformément au Règlement administratif du CRCIC, qu'il n'existe pour ce dernier aucun processus d'appel interne. Ce processus n'est offert qu'aux membres. C'est ce qui, à mon avis, explique les différentes positions qu'a adoptées le CRCIC à l'égard des demandes de contrôle judiciaire présentées par M. Bansal et de celle dont il est question en l'espèce. L'absence de processus d'appel interne est un facteur qui empêche la Cour de conclure que la décision du comité de discipline est de nature interlocutoire (*Benito*, au paragraphe 19, et *Zhang*, au paragraphe 22).

[39] Cependant, je conviens également avec M. Bansal que le réexamen après un délai de six mois prévu dans la décision du comité de discipline est un facteur pertinent à prendre en considération, conformément aux décisions *Khan c. Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada*, 2021 CF 381, aux paragraphes 14–16, et *Benito*, au paragraphe 20.

[40] Je tiens à souligner que l'ordonnance par laquelle le comité de discipline habilite le CRCIC à présenter une requête en réexamen de la présente décision du comité de discipline est la dernière des dix ordonnances que cette décision comporte. Sept des neuf autres ordonnances imposent des restrictions à la pratique de M. Bansal, tandis que les deux autres exigent que le surveillant proposé se conforme au code d'éthique du CRCIC et rende compte au Service de conduite professionnelle du CRCIC de la manière dont M. Bansal exerce sa pratique. Vu le contexte dans lequel s'inscrivent ces ordonnances, je conclus que le comité de discipline a clairement indiqué que le CRCIC pouvait réexaminer la décision du comité de discipline uniquement si l'une des neuf conditions n'était pas respectée, ou si l'audition de la question des plaintes, des pénalités et des dépens n'était pas terminée dans un délai de six mois. En d'autres termes, aucune disposition ne permet au CRCIC de solliciter un réexamen

[41] I thus find that there is no internal review mechanism available to the applicant under the ICCRC By-Law, nor does the order in the Decision enabling the ICCRC to bring a motion to review within six months amount to an alternative remedy for the ICCRC to review the merits of the Decision.

[42] In addition, I agree with the ICCRC that the Decision is not interlocutory because, unlike other interim decisions or orders that arise from an ongoing proceeding, the Decision is complete in its rendering. The Decision stands, and will continue to do so, until the final disposition of the Discipline Committee following its findings of professional misconduct. Even then, the Discipline Committee will be rendering a new and separate decision regarding the appropriate penalty to be imposed on Mr. Bansal going forward. The final disposition is independent of the interim sanction, including any restrictions on practice, imposed by the Decision. Most notably, the Discipline Committee's authority to issue an interim order is found in section 30.8 of the ICCRC By-Law, while its authority to order sanctions after a finding of an offence comes under section 30.10, a completely separate provision reflecting a different set of criteria.

[43] Finally, as is made clear from the release of the final decision about Mr. Bansal's professional misconduct, the ICCRC disciplinary process has been proceeding notwithstanding the filing of the herein application. I find that the Court's review of the Decision does not result in interference with the internal administrative process of the ICCRC's Discipline Committee, nor will it result in the fragmentation of the administrative proceedings: *Watto v. Immigration Consultants of Canada Regulatory Council*, 2018 FC 890 (*Watto*), at paragraph 32.

interne de la décision du comité de discipline elle-même, même si le CRCIC croit que cette décision contient des erreurs de droit, ou qu'elle est par ailleurs déraisonnable.

[41] Je suis donc d'avis que le demandeur ne dispose d'aucun mécanisme de révision interne sous le régime du Règlement administratif du CRCIC, pas plus que l'ordonnance incluse dans la décision du comité de discipline qui habilite le CRCIC à présenter une requête en réexamen dans les six mois n'est assimilable à une autre voie de recours dont dispose le CRCIC pour réexaminer le fond de la décision du comité.

[42] De plus, je conviens avec le CRCIC que la décision du comité de discipline n'est pas de nature interlocutoire car, contrairement à d'autres ordonnances ou décisions provisoires qui découlent d'une instance en cours, cette décision est complète en soi. La décision du comité de discipline est valide — et continuera de l'être — jusqu'à ce que le comité de discipline rende la décision finale qui suit ses conclusions d'inconduite professionnelle. Là encore, le comité se trouvera à rendre une décision, nouvelle et distincte, sur la sanction à infliger à M. Bansal. La décision finale est indépendante de la sanction provisoire — y compris toute restriction en matière d'exercice — que le comité de discipline a prévue dans sa décision. Plus particulièrement, le pouvoir du comité de discipline de rendre une ordonnance intérimaire figure à l'article 30.8 du Règlement administratif du CRCIC, tandis que son pouvoir d'ordonner une sanction après avoir conclu qu'une infraction a été commise relève de l'article 30.10, une disposition tout à fait distincte qui comporte une série différente de critères.

[43] Enfin, comme l'indique clairement la décision finale selon laquelle M. Bansal a commis une inconduite professionnelle, le processus disciplinaire du CRCIC se poursuit, malgré le dépôt de la présente demande. Je conclus que le contrôle de la décision du comité de discipline effectué par la Cour ne constitue pas une ingérence dans le processus administratif interne du comité de discipline du CRCIC, pas plus qu'il ne fragmentera les procédures administratives (*Watto c. Conseil de réglementation des consultants en immigration du Canada*, 2018 CF 890 (*Watto*), au paragraphe 32).

Issue 2: Is ICCRC Precluded from Raising the Adequacy of Supervision on Judicial Review?

[44] Mr. Bansal argues that ICCRC is precluded from raising arguments on the adequacy of the practice restrictions because it did not raise these arguments before the Discipline Committee. As he submits, it is well established that parties ought not to raise an argument on judicial review that was not before the administrative decision maker: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paragraphs 22–26. Hearing this issue on judicial review, according to Mr. Bansal, would prejudice him, prevent the administrative decision maker from making its views known, and deny the Court an adequate evidentiary record.

[45] According to Mr. Bansal, ICCRC did not present any argument in their written or oral submissions regarding the adequacy of the practice restrictions before the Discipline Committee, other than to submit that practice restrictions are insufficient when a member's conduct exhibits a lack of integrity.

[46] Mr. Bansal argues that because ICCRC's submissions on the law were inadequate and because ICCRC did not challenge his evidence on the adequacy of the practice restrictions, it is precluded from challenging the adequacy of the practice restrictions on judicial review.

[47] I am not persuaded by Mr. Bansal's argument. Rather, I agree with ICCRC that Mr. Bansal's submission is misleading.

[48] As ICCRC points out, it argued before the Discipline Committee that the complaints against Mr. Bansal raise serious issues of integrity, including fraudulent conduct. In ICCRC's view, such concerns do not lend themselves to supervision for quality of work product. Rather, in ICCRC's submission, these concerns put at issue public confidence in the disciplinary process for immigration consultants.

Deuxième question : Est-il interdit au CRCIC de soulever la question du caractère approprié de la surveillance dans le cadre du contrôle judiciaire?

[44] M. Bansal fait valoir qu'il est interdit au CRCIC de soulever des arguments sur le caractère approprié des restrictions en matière de pratique parce qu'il ne l'a pas fait devant le comité de discipline. Comme M. Bansal le soutient, il est bien établi que les parties doivent s'abstenir de soulever dans le cadre du contrôle judiciaire un argument qui n'a pas été présenté au décideur administratif (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, aux paragraphes 22–26). D'après M. Bansal, l'examen de cette question au stade du contrôle judiciaire lui causerait un préjudice, empêcherait le décideur administratif de faire connaître son point de vue et priverait la Cour d'un dossier de preuve adéquat.

[45] Selon M. Bansal, le CRCIC n'a présenté aucun argument dans ses observations écrites ou orales quant au caractère approprié des restrictions en matière de pratique devant le comité de discipline, sinon pour faire valoir que de telles restrictions sont insuffisantes lorsque la conduite d'un membre témoigne d'un manque d'intégrité.

[46] M. Bansal soutient que le caractère inadéquat des observations du CRCIC sur le droit applicable et l'absence de contestation de la part du CRCIC quant à sa preuve concernant le caractère approprié des restrictions en matière de pratique empêchent le CRCIC de contester le caractère approprié de ces restrictions dans le cadre du contrôle judiciaire.

[47] L'argument qu'invoque M. Bansal ne me convainc pas. Je suis plutôt d'accord avec le CRCIC pour dire que l'argument de M. Bansal est trompeur.

[48] Comme il le fait remarquer, le CRCIC a fait valoir devant le comité de discipline que les plaintes formulées contre M. Bansal soulevaient de sérieuses questions d'intégrité, dont une conduite frauduleuse. De l'avis du CRCIC, de telles préoccupations ne se prêtent pas à une surveillance de la qualité du travail accompli; elles remettent plutôt en question la confiance du public envers le processus disciplinaire qui s'applique aux consultants en immigration.

[49] My review of the materials confirms the ICCRC's position. In their factum dated March 18, 2020, in support of its motion for interim suspension, ICCRC argued that interim suspension was the appropriate measure and that practice restrictions were not enough in cases alleging lack of integrity on the part of the immigration consultant. Citing public confidence in the immigration consulting profession and a concern that the administration of justice would be put at significant risk, ICCRC argued that Mr. Bansal should not be permitted to continue practising.

[50] ICCRC took the same position in their cross motion to extend the interim suspension in November 2020, after Mr. Bansal brought a motion to have the ICCRC justify the continuation of the interim suspension order. Once again, ICCRC asserted that practice restrictions would not be enough in cases involving a lack of integrity, and that nothing short of an interim suspension of Mr. Bansal's licence would adequately protect the public.

[51] Further, as will be seen in ICCRC's arguments detailed below, ICCRC is not challenging the Decision based on the suitability of the supervisor or the conditions of the practice restrictions. Their central contention before this Court is that the Decision lacked justification for whether supervision is appropriate in the first place, as an alternative to suspension.

[52] The main issue before me is the reasonableness of the Discipline Committee's decision to lift the interim suspension. Whether or not ICCRC presented any specific submission before the Discipline Committee challenging the adequacy of the supervision plan is of no consequence because that is not the issue in this application.

[53] I see nothing to preclude the ICCRC from seeking judicial review of that aspect of the Decision, given the position the ICCRC took consistently throughout

[49] Mon examen des documents confirme la position du CRCIC. Dans le mémoire daté du 18 mars 2020 qu'il a présenté à l'appui de sa requête en suspension provisoire, le CRCIC affirmait que la suspension provisoire était la mesure appropriée et que des restrictions en matière de pratique n'étaient pas suffisantes dans le cas d'une affaire où le manque d'intégrité de la part du consultant en immigration était allégué. Évoquant la confiance du public envers la profession des consultants en immigration et la crainte de faire courir un risque sérieux à l'administration de la justice, le CRCIC faisait valoir qu'il ne fallait pas permettre à M. Bansal de continuer d'exercer sa pratique.

[50] Le CRCIC a adopté la même position dans la requête incidente qu'il a présentée pour faire prolonger la suspension provisoire en novembre 2020, après que M. Bansal eut déposé une requête visant à enjoindre au CRCIC de justifier le maintien de l'ordonnance de suspension provisoire. Là encore, le CRCIC affirmait que des restrictions en matière de pratique ne seraient pas suffisantes dans le cas d'une affaire où le manque d'intégrité était visé, et rien de moins que la suspension provisoire du permis de M. Bansal ne protégerait le public d'une manière convenable.

[51] De plus, comme nous le verrons dans les arguments du CRCIC qui sont exposés en détail plus loin, celui-ci ne fait pas reposer sa contestation de la décision du comité de discipline sur la compétence du surveillant ou sur les conditions des restrictions en matière de pratique. Il fait principalement valoir devant la Cour que la décision du comité de discipline n'était pas justifiée pour ce qui était de savoir si la surveillance était fondamentalement une mesure appropriée qui constitue une solution de rechange à la suspension.

[52] La principale question en litige à laquelle je dois répondre porte sur le caractère raisonnable de la décision du comité de discipline de lever la suspension provisoire. Il n'est pas important de savoir si le CRCIC a présenté un argument particulier devant le comité de discipline pour contester le caractère approprié du plan de surveillance, car cette question n'est pas en jeu en l'espèce.

[53] Je ne vois rien qui empêche le CRCIC de solliciter le contrôle judiciaire de cet aspect de la décision du comité de discipline, vu la position qu'il a systématiquement

the proceedings before the Discipline Committee. Other than his bold assertion, Mr. Bansal has presented no evidence as to how he is prejudiced by virtue of permitting ICCRC's argument to be heard.

V. Analysis

Was the Decision of the Discipline Committee to Lift the Licence Suspension Reasonable?

[54] In my view, the determinative issue in this case is whether the Discipline Committee made an unreasonable decision by failing to engage in an analysis and provide adequate reasons for lifting the suspension of Mr. Bansal's licence.

[55] The Discipline Committee devoted much of its analysis responding to Mr. Bansal's arguments that the conditions had changed since the order of June 17, 2020, to suspend his licence, especially in regard to the "four legs" on which the previous panel founded its decision. Mr. Bansal's submissions were addressed in the Decision and are summarized here:

- The panel's decision on a preliminary motion ruled that the judicial and administrative findings in the cases in Alberta and British Columbia were inadmissible as *prima facie* evidence of professional misconduct because he was not a party to these proceedings and the issues were different;
- The ICCRC has decided not to proceed on four of the complaints;
- The previous panel's ruling that Mr. Bansal was uncooperative during the investigation relied heavily on the allegations made by one investigator but was not supported by the witness evidence form submitted for the hearing on the merits;

suivie pendant toute la durée des procédures devant le comité de discipline. Hormis sa simple affirmation, M. Bansal n'a fourni aucune preuve quant au préjudice que lui causerait le fait de permettre que l'argument du CRCIC soit entendu.

V. Analyse

La décision du comité de discipline de lever la suspension du permis était-elle raisonnable?

[54] À mon avis, la question déterminante en l'espèce consiste à se demander si le comité de discipline a rendu une décision déraisonnable du fait qu'il ne s'est pas livré à une analyse et qu'il n'a pas fourni des motifs suffisants sur la question de la levée de la suspension du permis de M. Bansal.

[55] Le comité de discipline a consacré une bonne part de son analyse à répondre aux arguments de M. Bansal selon lesquels les conditions avaient changé depuis l'ordonnance de suspension de son permis prononcée le 17 juin 2020, particulièrement en ce qui avait trait aux « quatre éléments » ayant motivé la décision du jury précédent. Le comité de discipline a examiné les arguments de M. Bansal, dont voici un résumé :

- relativement à la requête préliminaire, le jury a décidé que les conclusions judiciaires et administratives rendues dans les affaires instruites en Alberta et en Colombie-Britannique étaient inadmissibles à titre de preuve *prima facie* d'inconduite professionnelle, car M. Bansal n'était pas partie à ces instances et les enjeux étaient différents;
- le CRCIC a décidé de ne pas donner suite à quatre des plaintes déposées;
- la décision du jury précédent selon laquelle M. Bansal s'était montré peu coopératif au cours de l'enquête reposait en grande partie sur les allégations formulées par l'un des enquêteurs, mais elle n'était pas étayée par le formulaire de déposition des témoins produit pour l'audition sur le fond;

- The *Globe and Mail* article, also relied on by the previous panel, should be excluded as inadmissible hearsay as it contains inaccuracies.

[56] The Discipline Committee rejected all of Mr. Bansal's submissions, finding that:

- Mr. Bansal's characterization of the cases in Alberta and British Columbia was not entirely accurate as individuals who gave evidence in those proceedings may still provide evidence at the hearing on the merits;
- The Committee agreed with the ICCRC that the remaining complaints are related to a similar pattern that caused concern for the previous panel and has not changed in any significant manner;
- The investigator in question had, by that point, not been subject to cross-examination and the panel was not able to completely dismiss the previous panel's finding on Mr. Bansal's non-cooperation with the investigation; and
- Any inaccuracies in the *Globe and Mail* article do not change the purpose relied on by the previous panel, namely, "the question for the panel is not whether the allegations are correct but whether they are evidence of what the public may have read about the profession of Immigration Consultants generally and Mr. Bansal in particular."

[57] The Discipline Committee then concluded:

This panel finds that the alleged misconduct remains serious and there are reasonable grounds to believe that there may be harm to a member of the public, and/or the public's confidence in the profession of Immigration Consultant may be undermined if the Member is allowed to practice without some restriction or conditions.

- l'article du *Globe and Mail*, sur lequel le jury précédent s'était également fondé, devrait être exclu au motif qu'il s'agit de ouï-dire inadmissible, car il comporte des inexactitudes.

[56] Le comité de discipline a rejeté tous les arguments de M. Bansal et il a tiré les conclusions suivantes :

- la description des affaires instruites en Alberta et en Colombie-Britannique donnée par M. Bansal n'était pas tout à fait exacte, car les personnes qui avaient témoigné dans le cadre de ces instances pouvaient encore témoigner à l'audition sur le fond;
- le comité a convenu avec le CRCIC que les autres plaintes étaient liées à une façon d'agir qui avait suscité l'inquiétude du jury précédent et que cette façon d'agir n'avait pas beaucoup changé;
- l'enquêteur en question, à ce stade, n'avait pas été contre-interrogé et le jury n'avait pu rejeter entièrement la conclusion du jury précédent quant à l'absence de coopération de la part de M. Bansal lors de l'enquête;
- quelles que soient les inexactitudes relevées dans l'article du *Globe and Mail*, aucune ne changeait l'objectif poursuivi par le jury précédent, à savoir que « la question pour le jury ne consiste pas à trancher de la véracité des allégations, mais de leur caractère probant démontrant ce que le public aurait pu lire à propos de la profession de consultant en immigration en général et, plus particulièrement, de M. Bansal » (*sic*, pour l'ensemble de la citation).

[57] Le comité de discipline a ensuite conclu :

Le jury conclut que l'inconduite alléguée demeure grave et qu'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il pourrait y avoir un préjudice causé à un autre membre du public et/ou que la confiance du public envers la profession de consultant en immigration pourrait être minée si le membre était autorisé à exercer sa profession sans être assujéti à des restrictions ou à des conditions.

[58] The Discipline Committee went on to note that the previous panel considered increased supervision by the ICCRC or supervision by another immigration consultant but rejected it as an option. The previous panel found “no evidence that the ICCRC had the resources to provide the degree of oversight that would be required” and “no evidence that another Immigration Consultant would be willing to undertake the degree of regular review of the Member’s activities that would be necessary.”

[59] The Discipline Committee then noted that Mr. Bansal has provided an affidavit from the proposed supervising consultant. The Discipline Committee summarized the experiences of the proposed supervisor, his willingness to review Mr. Bansal’s practice and his knowledge about the complaints against Mr. Bansal. After this brief description of the proposed supervisor, the Committee concluded, in one sentence:

The panel finds that practice restrictions will be sufficient to reduce the risk of harm to the public interest in the administration of justice and risk of harm to the public.

[60] In light of the brevity of the above-quoted paragraph, I agree with the ICCRC that in deciding to lift the suspension, the Discipline Committee has failed to conduct any analysis as to why supervision would be sufficient “to reduce the harm of the public interest in the administration of justice and risk of harm to the public.” The Discipline Committee cited no case law, quoted no evidence, gave no response to ICCRC’s arguments, and made no attempt to link its conclusion to its own finding that “the alleged misconduct remains serious and there are reasonable grounds to believe that there may be harm to a member of the public.”

[61] As the Supreme Court of Canada explained in *Vavilov* [at paragraph 79]:

...Reasons explain how and why a decision was made. They help to show affected parties that their arguments have been considered and demonstrate that the decision was made in a

[58] Le comité de discipline a ensuite souligné que le jury précédent avait envisagé la possibilité que le CRCIC effectue une surveillance plus serrée ou qu’un autre consultant en immigration effectue une surveillance, mais il a rejeté cette option. Le jury précédent avait conclu « qu’il n’y avait pas d’élément de preuve selon lequel le CRCIC disposait des ressources nécessaires pour fournir le degré de supervision exigée » et « qu’un autre consultant en immigration accepterait de procéder à l’examen régulier nécessaire des activités du membre » (*sic*, pour l’ensemble des deux citations).

[59] Le comité de discipline a ensuite ajouté que M. Bansal avait fourni l’affidavit du consultant surveillant qui avait été proposé. Le comité de discipline a fait un résumé de l’expérience du surveillant en question; puis il a ajouté que ce dernier était disposé à examiner la manière dont M. Bansal exerçait sa pratique et qu’il était au courant des plaintes qui avaient été déposées contre celui-ci. Après cette brève description du surveillant proposé, le comité a conclu, en une seule phrase :

Le jury estime que les restrictions associées à la pratique du membre suffiront à réduire le risque de préjudice touchant l’intérêt public dans l’administration de la justice et le risque de préjudice pour le public.

[60] Vu la brièveté du paragraphe reproduit ci-dessus, je conviens avec le CRCIC que le comité de discipline n’a pas, lorsqu’il a décidé de lever la suspension, analysé les raisons pour lesquelles une surveillance suffirait « à réduire le risque de préjudice touchant l’intérêt public dans l’administration de la justice et le risque de préjudice pour le public ». Le comité de discipline n’a cité aucune décision, n’a renvoyé à aucun élément de preuve, n’a fourni aucune réponse aux arguments du CRCIC, et n’a rien fait pour rattacher sa décision à sa propre conclusion voulant que « ... l’inconduite alléguée demeure grave et qu’il y a des motifs raisonnables de croire qu’il pourrait y avoir un préjudice causé à un autre membre du public ... ».

[61] La Cour suprême du Canada a donné l’explication suivante dans l’arrêt *Vavilov* [au paragraphe 79] :

... Les motifs donnés par les décideurs administratifs servent à expliquer le processus décisionnel et la raison d’être de la décision en cause. Ils permettent de montrer

fair and lawful manner. Reasons shield against arbitrariness as well as the perception of arbitrariness in the exercise of public power: *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, at paras. 12-13. As L'Heureux-Dubé J. noted in *Baker*, “[t]hose affected may be more likely to feel they were treated fairly and appropriately if reasons are given”: para. 39, citing S. A. de Smith, J. Jowell and Lord Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at pp. 459-60. And as Jocelyn Stacey and the Hon. Alice Woolley persuasively write, “public decisions gain their democratic and legal authority through a process of public justification” which includes reasons “that justify [the] decisions [of public decision makers] in light of the constitutional, statutory and common law context in which they operate”: “Can Pragmatism Function in Administrative Law?” (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211, at p. 220.

aux parties concernées que leurs arguments ont été pris en compte et démontrent que la décision a été rendue de manière équitable et licite. Les motifs servent de bouclier contre l'arbitraire et la perception d'arbitraire dans l'exercice d'un pouvoir public: *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine*, par. 12-13. Comme l'a fait remarquer la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Baker*, « [i]l est plus probable que les personnes touchées ont l'impression d'être traitées avec équité et de façon appropriée si des motifs sont fournis »: par. 39, citant S. A. de Smith, J. Jowell et lord Woolf, *Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995), p. 459-460. Et comme l'écrivent de manière convaincante Jocelyn Stacey et l'honorable Alice Woolley, [TRADUCTION] « les décisions rendues par les pouvoirs publics acquièrent leur autorité sur le plan juridique et démocratique par le biais d'un processus de justification publique » au moyen duquel les décideurs « motivent leurs décisions en tenant compte du contexte constitutionnel, législatif et de common law dans lequel ils œuvrent »: « Can Pragmatism Function in Administrative Law? » (2016), 74 *S.C.L.R.* (2d) 211, p. 220.

[62] A reasonable decision is one “that is based on an internally coherent and rational chain of analysis and that is justified in relation to the facts and law that constrain the decision maker” (*Vavilov*, paragraph 85). Here, the Discipline Committee offered no chain of analysis, rational or otherwise, to justify its decision to lift the licence suspension and replace it with licence restrictions in a matter that raises serious allegations of misconduct.

[62] Une décision raisonnable « doit être fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et [être] justifiée au regard des contraintes juridiques et factuelles auxquelles le décideur est assujéti » (*Vavilov*, au paragraphe 85). En l'espèce, le comité de discipline n'a fait aucune analyse, rationnelle ou autre, pour justifier sa décision de lever la suspension de permis et de la remplacer par des restrictions dans le cadre d'une affaire qui comporte de graves allégations d'inconduite.

[63] The ICCRC points out a number of flaws in the Discipline Committee's lack of analysis. It submits, among other things, that the panel is not relieved from its obligation to assess the appropriateness of supervision in light of the nature of the serious outstanding allegations, regardless of the previous panels' consideration on supervision as a possibility, the strength of the evidence before the panel, and the law to be applied to the exercise of discretion. I need not consider these arguments because the Decision is so devoid of any reasoning that it would be impossible to know if any of these factors were in fact considered by the Discipline Committee.

[63] Le CRCIC relève des lacunes qui découlent de l'absence d'analyse de la part du comité de discipline. Il soutient, notamment, que le jury n'est pas dégagé de son obligation d'évaluer le caractère approprié de la surveillance en raison de la nature des graves allégations non réglées, peu importe si les jurys antérieurs ont examiné la possibilité d'imposer une surveillance, et quelles que soient la solidité des éléments de preuve soumis au jury ainsi que les règles de droit à appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est inutile que j'examine ces arguments, car la décision du comité de discipline est à ce point dénuée de raisonnement qu'il serait impossible de savoir s'il a effectivement pris en compte l'un quelconque de ces facteurs.

[64] By the same token, I also reject Mr. Bansal's submission that the Decision dealt appropriately with

[64] Dans le même ordre d'idées, je rejette également l'argument de M. Bansal voulant que le comité de

parties' submissions and that the Decision was based on the procedural history of the motion, the factual record before the Discipline Committee, and the regulatory scheme mandating the least restrictive measures. Further, in Mr. Bansal's view, the order imposing conditions is tailored to his practice and responsive to the pending allegations.

[65] None of the "reasons" that Mr. Bansal offers now are reflected in the Decision. As the ICCRC submits, it is not the role of the respondent or the Court to rewrite the reasons of the Discipline Committee. In ICCRC's view, Mr. Bansal's arguments supplement the reasons given in the Decision. I agree.

[66] In conclusion, the Discipline Committee's failure to engage in any analysis and provide adequate reasons for lifting the suspension of Mr. Bansal's licence to practice, in the face of the Committee's acknowledged serious allegations of misconduct and concerns for the public's confidence in the profession and risk of harm to the public, rendered the Decision unreasonable.

[67] On that basis alone, this matter needs to be sent back for redetermination.

Obiter Comments

[68] At the hearing, the parties debated over the legal requirements for imposing licence suspension in cases where there are serious allegations of misconduct involving integrity, honesty, and trust. On the one hand, the ICCRC argued that once the regulatory body has demonstrated that there are reasonable grounds to believe the member has engaged in serious misconduct, the requirement for licence suspension is met and the burden falls on the member to put forward an alternative plan that would ensure the protection of the public. Mr. Bansal, on the opposite end of this debate, submitted that the law does not support the imposition of an

discipline ait, dans sa décision, examiné de manière appropriée les observations des parties et que cette décision fût fondée sur l'historique procédural de la requête, sur le dossier factuel qui lui a été présenté ainsi que sur le régime réglementaire prescrivant d'imposer les mesures les moins restrictives possible. De plus, de l'avis de M. Bansal, l'ordonnance assortie de conditions est adaptée à sa pratique et tient compte des allégations non réglées.

[65] Aucune des [TRADUCTION] « raisons » qu'invoque aujourd'hui M. Bansal ne se retrouve dans la décision du comité de discipline. Comme le soutient le CRCIC, il n'appartient pas au défendeur ou à la Cour de récrire les motifs du comité de discipline. De l'avis du CRCIC, les arguments de M. Bansal complètent les motifs qui figurent dans cette décision. Je suis d'accord.

[66] En conclusion, le comité de discipline a rendu une décision déraisonnable car il n'a fait aucun travail d'analyse et n'a pas fourni de motifs suffisants pour lever la suspension du permis de pratique de M. Bansal, malgré le fait qu'il avait reconnu l'existence de graves allégations d'inconduite et malgré ses préoccupations à l'égard de la confiance du public envers la profession et le risque de préjudice auquel le public serait exposé.

[67] Pour ce seul motif, il est nécessaire de renvoyer la présente affaire pour qu'une nouvelle décision soit rendue.

Remarques incidentes

[68] À l'audience, les parties ont débattu des exigences légales applicables à l'imposition d'une suspension de permis dans les cas qui comportent de graves allégations d'inconduite mettant en cause l'intégrité, l'honnêteté et la confiance. Le CRCIC a fait valoir qu'une fois que l'organisme de réglementation établit l'existence de motifs raisonnables de croire que le membre s'est livré à une inconduite grave, la condition requise pour suspendre le permis est remplie et il incombe dans ce cas à ce membre de proposer un plan de rechange qui assurera la protection du public. À l'opposé, M. Bansal a allégué que la loi n'étaye pas l'imposition d'une suspension pure et simple.

outright suspension. Instead, professional bodies have to consider, as a starting point, the least restrictive measures possible.

[69] The ICCRC has asked this Court to weigh in on the question of who bears the onus of demonstrating whether restrictions on practice are appropriate, after the ICCRC has made out a case of serious allegations on reasonable grounds.

[70] Having considered the parties' submissions, I must decline the ICCRC's request, as I do not find this an appropriate case to opine on this important question. While substantial submissions had been made by both parties to the Discipline Committee on the appropriate sanction to apply, the Discipline Committee, as shown above, failed to engage with the submissions made.

[71] Further, I am also not convinced the position that ICCRC now urges the Court to adopt was squarely put before the Discipline Committee. ICCRC did put forward a strong argument that suspension was the only appropriate sanction in cases of lack of integrity, but it never argued that the onus was shifted to Mr. Bansal to demonstrate otherwise, once the serious allegations have been made out on reasonable grounds.

[72] To the extent that any guidance may be given, I offer the following comments, as *obiter*, for the Discipline Committee to consider when it re-determines the appropriate interim sanction to be imposed on Mr. Bansal.

[73] Of paramount importance, is a professional regulatory body's mandate to protect public interests and reduce public harm, especially when a member is involved in serious allegations of dishonesty and a lack of integrity. As cited by the ICCRC, the Supreme Court of Canada noted in *Pharmascience Inc. v. Binet* 2006 SCC 48, [2006] 2 S.C.R. 513 (*Binet*), at paragraph 36:

Les organismes professionnels doivent plutôt prendre en considération, comme point de départ, les mesures les moins restrictives possible.

[69] Le CRCIC a demandé à la Cour d'examiner la question de savoir à quelle partie incombe le fardeau de démontrer s'il convient d'imposer des restrictions à la pratique, une fois que le CRCIC établit l'existence, pour des motifs raisonnables, de graves allégations.

[70] Selon mon examen des observations des parties, il me faut refuser de répondre à la question du CRCIC, car j'estime qu'en l'espèce, il n'est pas opportun pour la Cour de se prononcer sur cette question importante. Les deux parties ont fourni des observations importantes au comité de discipline à propos de la sanction qu'il convient d'appliquer, mais, comme je l'ai mentionné plus tôt, le comité n'y a pas répondu.

[71] En outre, je ne crois pas non plus que la position que le CRCIC demande à la Cour de retenir a clairement été présentée au comité de discipline. Le CRCIC a fait valoir avec sérieux qu'une suspension était la seule sanction qui convenait dans les cas de manque d'intégrité, mais il n'a jamais fait valoir qu'il y avait eu déplacement du fardeau, de sorte qu'il appartenait à M. Bansal d'établir le contraire dès lors que les allégations graves étaient établies pour des motifs raisonnables.

[72] Dans la mesure où il est possible de donner des indications quelconques, je formule, à titre incident, les commentaires qui suivent, que le comité de discipline pourra prendre en considération au moment où il rendra sa nouvelle décision sur la sanction provisoire qu'il convient d'infliger à M. Bansal.

[73] La mission confiée à un organisme de réglementation professionnel de protéger l'intérêt du public et d'atténuer le préjudice qui peut lui être causé revêt une importance primordiale, surtout dans les cas où un membre est visé par de graves allégations de malhonnêteté et de manque d'intégrité. Comme l'a invoqué le CRCIC, la Cour suprême du Canada a fait remarquer ce qui suit, au paragraphe 36 de l'arrêt *Pharmascience inc. c. Binet*, 2006 CSC 48, [2006] 2 R.C.S. 513 (*Binet*) :

The importance of monitoring competence and supervising the conduct of professionals stems from the extent to which the public places trust in them. Also, it should not be forgotten that in the client-professional relationship, the client is often in a vulnerable position.

[74] Quoting from *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at paragraph 16, dealing with the importance of the obligations imposed by the state on the professional orders that are responsible for overseeing the competence and honesty of their members, the Supreme Court in *Binet* reiterated:

The primary objective of those orders is not to provide services to their members or represent their collective interests. They are created to protect the public...

[75] The goal of public protection is also imbedded in the ICCRC's By-Law under section 30.8. This provision directs the Discipline Committee to order interim suspension or restrictions on a member's practice if the Committee finds it necessary "to protect the public", and, having given the parties a fair opportunity to present their case, is satisfied that "to deny the order applied for may result in harm to any member of the public."

[76] The protection of the public is of heightened importance in a case like this where the clients in question are people with no or precarious immigration status in Canada, and in some cases may be quite desperate to find a way to regularize their status. These vulnerable clients often put their faith in the immigration consultants—or lawyers, as the case may be—who they retain to help facilitate their pathway to Canada, where they seek a better life and greater opportunities for themselves and their families. The Supreme Court of Canada in *Binet* reminds regulatory bodies not to forget that the client is often the one in a vulnerable position in the client-professional relationship. That vulnerability, in my view, is often exacerbated by the client's socio-economic background including, but not limited to, their immigration status.

L'importance de contrôler la compétence et de surveiller la conduite des professionnels s'explique par le niveau de confiance que leur accorde le public. Il ne faut pas non plus oublier l'état de vulnérabilité dans lequel s'inscrit souvent la relation qu'un client établit avec un professionnel.

[74] Citant le paragraphe 16 de l'arrêt *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, pour souligner l'importance des obligations imposées par l'État aux ordres professionnels chargés de veiller sur la compétence et l'honnêteté de leurs membres, la Cour suprême a repris le passage suivant de l'arrêt *Binet* :

Le premier objectif de ces ordres n'est pas de fournir des services à leurs membres ou de défendre leurs intérêts collectifs. Ils sont formés dans le but de protéger le public ...

[75] L'objectif de protéger le public fait également partie intégrante du Règlement administratif du CRCIC, à l'article 30.8. Cette disposition prescrit au comité de discipline d'ordonner provisoirement la suspension de l'adhésion ou des restrictions à la pratique d'un membre s'il l'estime nécessaire « afin de protéger le public » et s'il est convaincu, après avoir donné aux parties la possibilité raisonnable de présenter leurs arguments, que « refuser [...] l'ordonnance [demandée] pourrait entraîner un préjudice pour un membre du public ».

[76] La protection du public est d'une importance cruciale dans une affaire comme celle qui nous occupe, où les clients en question sont des personnes sans statut d'immigrant au Canada — sinon un statut précaire — et qui, dans certains cas, cherchent désespérément à trouver un moyen de le régulariser. Ces clients vulnérables font souvent confiance aux consultants en immigration — ou à des avocats, selon le cas — dont ils retiennent les services pour aider à faciliter leur établissement au Canada, où ils souhaitent trouver une vie meilleure et des occasions plus intéressantes pour eux-mêmes et leurs familles. Dans l'arrêt *Binet*, la Cour suprême du Canada rappelle aux organismes de réglementation de ne pas perdre de vue que, dans la relation client-professionnel, c'est souvent le client qui se trouve dans une situation vulnérable. Cette vulnérabilité est, à mon avis, souvent exacerbée par les antécédents socio-économiques du client, dont son statut d'immigrant.

[77] In addition to protecting the public interest, the case law seems to suggest other factors may also be at play. While I reject Mr. Bansal’s contention that the least restrictive measure is the “starting point” in determining the appropriate sanctions for members who are alleged to have engaged in professional misconduct, case law appears to suggest it is one of the relevant considerations: *Rohringer v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 2017 ONSC 6656 (CanLII), at paragraph 69. As to how the public interest should be balanced against the member’s circumstances, I will leave that question for the Discipline Committee to deliberate, based on parties’ no doubt fulsome submissions to follow.

[78] My final comment concerns the timeliness of the decisions made by the Discipline Committee. As noted above, the final day of the hearing into the allegations against Mr. Bansal was in July 2021. It took the Discipline Committee almost a year to reach its conclusion with respect to the alleged misconduct. It is uncertain when the Discipline Committee will deliver its final decision on sanction.

[79] In the meantime, Mr. Bansal has been allowed to practice, based on the Decision that fails to convey to the public the reasons for lifting the suspension of his licence. The Discipline Committee may very well have legitimate reasons for its conclusion that the sanction it imposed is sufficient to protect the public. However, its lack of reasoning, coupled with the delay in issuing a final disposition in this matter, may have resulted in an unintended consequence of undermining public trust in the administration of justice, and in the ability of the ICCRC, now the College, to serve as an important oversight for licensed immigration consultants.

[80] As Justice Norris commented in *Watto* at paragraph 32: “...the ICCRC and, indeed, the public at large have a legitimate interest in seeing the complaint against the applicant adjudicated and disposed of in a timely

[77] D’après la jurisprudence, il semble qu’en plus de la protection de l’intérêt du public, d’autres facteurs peuvent aussi être en jeu. Bien que je rejette l’argument de M. Bansal selon lequel la mesure la moins restrictive possible constitue le [TRADUCTION] « point de départ » dans la détermination des sanctions qu’il convient d’infliger aux membres qui se seraient livrés à une inconduite professionnelle, la jurisprudence semble indiquer qu’il s’agit de l’un des facteurs pertinents (*Rohringer v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 2017 ONSC 6656 (CanLII), au paragraphe 69). S’agissant de la manière de mettre en balance l’intérêt du public et la situation du membre en question, je laisserai au comité de discipline le soin de réfléchir à cette question, en prenant pour base les observations sans nul doute exhaustives que les parties lui soumettront.

[78] Je souhaite faire une dernière remarque au sujet du moment où le comité de discipline rend ses décisions. Ainsi que je l’ai mentionné plus tôt, la dernière journée d’audience prévue pour l’examen des allégations formulées contre M. Bansal a eu lieu en juillet 2021. Le comité de discipline a mis près d’un an pour rendre sa décision sur l’inconduite reprochée à M. Bansal, et personne ne sait à quel moment il rendra sa décision finale sur la sanction à lui infliger.

[79] Dans l’intervalle, le comité de discipline a autorisé M. Bansal à pratiquer, mais il n’a pas, dans sa décision, informé le public des raisons pour lesquelles il a décidé de lever la suspension du permis de M. Bansal. Il se peut fort bien que le comité de discipline ait des raisons légitimes de conclure que la sanction qu’il a infligée permet de protéger le public, mais l’absence d’explication quant à son raisonnement et le temps qu’il mettra pour rendre sa décision finale dans la présente affaire peuvent avoir pour conséquence involontaire de miner la confiance du public envers l’administration de la justice, ainsi que la capacité du CRCIC — aujourd’hui le Collège — à servir d’important mécanisme de surveillance des consultants en immigration agréés.

[80] Le juge Norris a fait la remarque suivante au paragraphe 32 de la décision *Watto* : « ... [L]e CRCIC, et le public en général, [ont] un intérêt légitime à ce que la plainte à l’encontre du demandeur soit jugée et tranchée

way...”. I would add that Mr. Bansal too, has an interest in seeing this matter disposed of in a timely fashion.

VI. Remedy

[81] I note that the only remedy ICCRC seeks is an order quashing the Decision and remitting the matter back for reconsideration, without addressing the practical effect of quashing the Decision.

[82] As noted above, the June 17, 2020 decision from the Discipline Committee suspending Mr. Bansal’s licence had a 6-month expiry unless it was amended. The Decision under review amended the June 17, 2020 decision by replacing the licence suspension with licence restrictions. A decision from this Court quashing the Decision would have the effect of removing the restrictions on Mr. Bansal’s licence to practice, but would not reinstate the licence suspension as per the June 17, 2020 decision.

[83] Neither party addressed this conundrum either in their written representations or during oral submissions. However, as noted above, the decision on the merits of the complaints was released the same day as the hearing of this judicial review application. It thus became apparent that to quash the Decision under review without further directions from this Court would amount to allowing Mr. Bansal to practice without restrictions, despite a finding of serious misconduct against him.

[84] I note that paragraph 18.1(3)(b) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 allows the Court to refer a matter back for redetermination “in accordance with such directions as it considers to be appropriate”.

[85] For the reasons set out below, I am satisfied that this is an appropriate case to direct that the restrictions set out in the Decision remain in place while the redetermination is underway, until either:

en temps opportun ... ». J’ajouterais que M. Bansal, lui aussi, a intérêt à ce que la présente affaire soit tranchée promptement.

VI. La réparation

[81] Je constate que la seule réparation que le CRCIC souhaite obtenir est une ordonnance annulant la décision du comité de discipline et renvoyant l’affaire pour nouvel examen, mais il n’a rien dit au sujet de l’effet pratique de cette annulation.

[82] Comme je l’ai fait remarquer plus haut, la décision du 17 juin 2020 par laquelle le comité de discipline a suspendu le permis de pratique de M. Bansal était assortie d’un délai d’expiration de six mois, sauf si elle était modifiée. La décision visée par le présent contrôle a modifié la décision du 17 juin 2020 parce qu’elle remplaçait la suspension du permis par des restrictions en matière de permis. L’annulation, par notre Cour, de la décision du comité de discipline aurait pour effet d’éliminer les restrictions imposées au permis de pratique de M. Bansal, mais elle ne rétablirait pas la suspension de permis ordonnée dans la décision du 17 juin 2020.

[83] Ni l’une ni l’autre des parties n’a traité de cet épineux problème, que ce soit dans ses observations écrites ou lors de sa plaidoirie. Cependant, comme je l’ai dit plus tôt, la décision au fond relative aux plaintes a été rendue la journée même où la présente demande de contrôle judiciaire a été instruite. Il est donc évident que l’annulation de la décision visée par le présent contrôle sans autres directives de la part de la Cour reviendrait à permettre à M. Bansal d’exercer sa pratique sans restriction, même s’il est visé par une conclusion d’inconduite grave.

[84] Je tiens à faire remarquer que l’alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, autorise la Cour à renvoyer une affaire pour jugement « conformément aux instructions qu’elle estime appropriées ».

[85] Pour les motifs énoncés plus loin, j’estime qu’il convient en l’espèce d’ordonner pendant le processus décisionnel le maintien des restrictions formulées dans la décision du comité de discipline, et ce, jusqu’à la première des deux éventualités suivantes :

- (a) the Discipline Committee renders a new decision with regard to the appropriate interim sanction to be imposed on Mr. Bansal's practice, or
- (b) until the Discipline Committee renders a final decision on sanction pursuant to its June 21, 2022 findings of misconduct against Mr. Bansal,

whichever comes first.

[86] This direction would, firstly, maintain the status quo of placing Mr. Bansal's practice under supervision, instead of allowing him to practice without being subject to any additional oversight, so as to ensure the interest of public protection is met.

[87] Secondly, a direction of this nature is, in my view, most consistent with the general rule that the Court, on judicial review, should not substitute its view for that of the decision maker, unless certain conditions are met: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Tennant*, 2019 FCA 206, [2020] 1 F.C.R. 231, at paragraphs 67–68.

[88] Thirdly, the direction would allow Mr. Bansal to continue his immigration practice as per the restrictions that he is already placed under, and thereby preserving his interests until a new interim decision or a final decision is made with respect to the appropriate sanction.

VII. Conclusion

[89] The application for judicial review is allowed and the matter is referred back for redetermination.

[90] The restrictions on Mr. Bansal's licence set out in the Decision will remain in place while the redetermination is underway, until the Discipline Committee renders a new interim sanction on Mr. Bansal's practice, or until the Discipline Committee renders a final decision concerning Mr. Bansal's licence to practice, whichever decision comes first.

- a) le prononcé par le comité de discipline d'une nouvelle décision sur la sanction provisoire à infliger relativement à la pratique de M. Bansal;
- b) le prononcé de la décision finale du comité de discipline sur la sanction à infliger, qui fait suite à la conclusion d'inconduite de la part de M. Bansal tirée le 21 juin 2022.

[86] La présente directive aurait premièrement pour effet de maintenir le statu quo — à savoir la mise sous surveillance de la pratique de M. Bansal — plutôt que de lui permettre de pratiquer sans aucune surveillance supplémentaire, ce qui permettrait de remplir le critère de l'intérêt public.

[87] Deuxièmement, une directive de cette nature est, à mon avis, tout à fait conforme à la règle générale selon laquelle la Cour, appelée à trancher un contrôle judiciaire, ne devrait pas substituer son point de vue à celui du décideur, sous réserve du respect de certaines conditions (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Tennant*, 2019 CAF 206, [2020] 1 R.C.F. 231, aux paragraphes 67–68.

[88] Troisièmement, la directive permettrait à M. Bansal de poursuivre sa pratique en matière d'immigration conformément aux restrictions auxquelles il est déjà assujéti, et de préserver ainsi ses intérêts jusqu'à ce qu'une nouvelle décision provisoire ou une décision finale soit rendue au sujet de la sanction à infliger.

VII. Conclusion

[89] La demande de contrôle judiciaire est accueillie et l'affaire est renvoyée pour qu'une nouvelle décision soit rendue.

[90] Les restrictions imposées au permis de M. Bansal qui sont énoncées dans la décision du comité de discipline seront maintenues pendant le processus décisionnel, jusqu'à ce que le comité de discipline inflige une nouvelle sanction provisoire relativement à la pratique de M. Bansal, ou jusqu'à ce qu'il rende une décision finale au sujet du permis de pratique de M. Bansal, selon la première de ces deux décisions.

[91] At the hearing, the ICCRC made partial submissions on a proposed certified question concerning who bears the onus of showing supervision, as opposed to suspension of licence, would be adequate to protect the public in cases involving allegations of serious misconduct. Given this issue is not determinative of the herein application, it is not an appropriate question for certification.

JUDGMENT in IMM-6736-20

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed.
2. The matter is referred back to the Discipline Committee for redetermination in accordance with the law.
3. The restrictions set out in the decision under review remain in place while the redetermination is underway, until the Discipline Committee renders a new decision with regard to the appropriate interim or final sanction to be imposed.
4. There is no question for certification.

[91] À l’audience, le CRCIC a été entendu en partie sur une question proposée aux fins de certification qui permettrait de déterminer à quelle partie incombe le fardeau de démontrer qu’une surveillance — par opposition à une suspension de permis — constituerait une mesure adéquate pour protéger le public dans les affaires où une inconduite grave est alléguée. Cette question n’étant pas déterminante pour la demande faisant l’objet du présent contrôle, il n’y a pas lieu de la certifier.

JUGEMENT dans le dossier IMM-6736-20

LA COUR STATUE :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. L’affaire est renvoyée au comité de discipline pour qu’il rende une nouvelle décision conformément à la loi.
3. Les restrictions énoncées dans la décision faisant l’objet du présent contrôle sont maintenues pendant ce processus décisionnel, jusqu’à ce que le comité de discipline rende une nouvelle décision sur la sanction provisoire ou finale à infliger.
4. Il n’y a aucune question à certifier.

T-10-22
T-130-22
2022 FC 1209

T-10-22
T-130-22
2022 CF 1209

AbbVie Corporation and AbbVie Biotechnology Ltd
(Applicants)

AbbVie Corporation et AbbVie Biotechnology Ltd
(demandereses)

v.

c.

The Minister of Health and JAMP Pharma Corporation
(Respondents)

Le ministre de la Santé et JAMP Pharma Corporation
(défendeurs)

INDEXED AS: ABBVIE CORPORATION v. CANADA (HEALTH)

RÉPERTORIÉ : ABBVIE CORPORATION c. CANADA (SANTÉ)

Federal Court, Fothergill J.—By videoconference,
May 16–17; Ottawa, August 17, 2022.

Cour fédérale, juge Fothergill—Par vidéoconférence,
16 et 17 mai; Ottawa, 17 août 2022.

Patents — Applications for judicial review of two related decisions by respondent Minister of Health (Minister) made pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PM(NOC) Regulations) under Patent Act — Applications concerning: Minister's determination that respondent JAMP Pharma Corporation (JAMP) not a "second person" for purposes of PM(NOC) Regulations, s. 5(1) in respect of its new drug submission (NDS); Minister's decision to issue notice of compliance (NOC) to JAMP permitting it to market three drugs in Canada under brand name SIMLANDI — SIMLANDI "biosimilar" of applicants' HUMIRA — To prevent abuse, subsequent entry manufacturer or "second person" must meet conditions prescribed by s. 5(1) — Second person must file "Form V" in manner approved by Health Canada's Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) — HUMIRA assigned single drug identification number (DIN) — Health Canada's Office of Submissions and Intellectual Property (OSIP) initially considered JAMP's NDS incomplete for not including Form V declaration in respect of patents on Patent Register for three HUMIRA drugs — JAMP submitted Form Vs on "without prejudice" basis to avoid delay — Took position that it was not required to comply with s. 5(1) — OPML of opinion that drugs referred to in s. 5(1) must be DIN-specific, restricted to reference biologic drugs (RBDs) identified by Biologic and Radiopharmaceutical Drugs Directorate (BRDD) — OPML confirmed JAMP not second person for purposes of PM(NOC) Regulation, s. 5(1), corresponding obligations therein not arising unless NDS directly or indirectly compared drug to another drug — Found that "another drug" must be interpreted to be CRP (Canadian Reference Product) or RBD, specific with respect to strength, dosage form, route of administration (i.e. DIN-specific) — Determined that "another drug" for purposes of s. 5(1) consisting exclusively of RBDs identified by BRDD — OPML concluded that JAMP not second person

Brevets — Demandes de contrôle judiciaire de deux décisions connexes prises par le ministre de la Santé (le ministre) au titre du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), (le Règlement sur les MB (AC)) pris en application de la Loi sur les brevets — Les demandes concernaient la décision du ministre selon laquelle, s'agissant de sa présentation de drogue nouvelle (PDN), JAMP Pharma Corporation (JAMP) n'est pas une « seconde personne » pour l'application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), et la décision du ministre de délivrer un avis de conformité (AC) permettant à JAMP de commercialiser trois médicaments au Canada sous la marque nominative SIMLANDI — SIMLANDI est un « médicament biosimilaire » d'HUMIRA des demandereses — Pour éviter les abus, le fabricant subséquent ou la « seconde personne » doit remplir les conditions prescrites par le paragraphe 5(1) — La seconde personne doit déposer le « formulaire V » de la manière prescrite par le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (le BMBL) de Santé Canada — HUMIRA s'est vu attribuer un seul numéro d'identification (DIN) — Le Bureau des présentations et de la propriété intellectuelle (le BPPI) de Santé Canada a d'abord considéré que la PDN de JAMP était incomplète parce qu'elle n'incluait pas la déclaration (formulaire V) quant aux brevets inscrits au registre qui se rapportent aux trois médicaments HUMIRA — JAMP a soumis les formulaires V « sous toutes réserves » pour éviter les retards — Elle a fait valoir qu'elle n'était pas tenue de se conformer au paragraphe 5(1) — Le BMBL a estimé que les médicaments visés par le paragraphe 5(1) doivent avoir leur propre DIN et qu'ils se limitent aux médicaments biologiques de référence (MBR) recensés par la Direction des médicaments biologiques et radiopharmaceutiques (la DMBR) — Le BMBL a confirmé que JAMP n'était pas une seconde personne pour l'application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) et qu'elle n'était

pursuant to s. 5(1) — Minister issued NOCs to JAMP for its SIMLANDI pre-filled syringe, auto-injector pen, pre-filled syringe presentations — Applicants noted that text of s. 5(1) not defining “another drug”, or limiting it to DIN-specific presentation — Stated that text of s. 5(1) broader, intended to capture all manner of comparison to drug approved for marketing in Canada — Noting that Minister’s guidance document requiring active substances or medicinal ingredients of biosimilar, RBD to be similar, not identical — Whether reasonable for Minister to determine that JAMP not “second person” for purposes of PM(NOC) Regulations, s. 5(1) — Whether reasonable for Minister to issue NOCs to JAMP for its SIMLANDI presentations — Minister’s interpretation of s. 5(1) as applying only to DIN-specific version of drug marketed in Canada reasonable — No basis upon which Minister could have expanded RBDs to encompass presentations of HUMIRA beyond those identified by BRDD — BRDD clear that it was responding to inquiry “as to what is the reference biologic drug” for JAMP presentations — Drug that is not marketed not eligible for protections under PM(NOC) Regulations, given explicit marketing requirement under s. 5(1) — Marketing condition ensuring that advantages of PM(NOC) Regulations not conferred on patent holders whose products not available to consumers — General policy behind marketing condition is that patent holder who obtains NOC, but does not use it, should not be entitled to rely on that NOC to obtain collateral advantages because of PM(NOC) Regulations — This supporting narrow interpretation of s. 5(1) — Minister’s decision falling within range of acceptable outcomes defensible in respect of facts, law — Minister not precluded from recognizing functional equivalence between RBDs, CRPs — Minister’s guidance document stating that dosage form, strength, routes of administration of biosimilar “should be the same” as RBD — Even if term “should” discretionary rather than mandatory, Minister could not be faulted for following recommendation contained in his own guidance document — Enforcement mechanism of PM(NOC) Regulations only available to innovator that markets its innovative drug in Canada — PM(NOC) Regulations, ss. 4, 5 reciprocal in nature — Applicants did not demonstrate that Minister’s decision to treat RBDs, CRPs as performing “equivalent role” unreasonable — Here, BRDD able to identify biologic drugs authorized in Canada having same dosage forms, strengths, routes of administration, active ingredient as JAMP presentations — No need for flexibility on part of Minister in selecting RBDs — Applicants’ alternative interpretation fell short of demonstrating that Minister’s application of guidance document outside range of acceptable, defensible outcomes — Minister having great expertise in PM(NOC) Regulations’ application, interpretation — Minister’s decision to issue NOC to JAMP reasonable — Applications dismissed.

tendue à aucune des obligations découlant de cette disposition à moins que la PDN [TRADUCTION] « directement ou indirectement, compare le médicament à une autre drogue, ou y fasse renvoi » — Il a conclu que le terme « autre drogue » s’entend du [TRADUCTION] « produit de référence canadien (PRC) ou du médicament biologique de référence (MBR) (selon le cas), et que sa concentration, sa forme posologique et sa voie d’administration doivent être précisées (c’est-à-dire qu’il doit avoir son propre DIN) » — Le BMBL a jugé que, pour l’application du paragraphe 5(1), le terme « autre drogue » s’entendait exclusivement des MBR recensés par la DMBR — Le BMBL a conclu que JAMP n’était pas une seconde personne au sens du paragraphe 5(1) — Le ministre a délivré un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI sous forme de seringue préremplie, de stylo auto-injecteur et de seringue — Les demandereses ont souligné que le paragraphe 5(1) ne définit pas le terme « une autre drogue », non plus qu’il ne limite son application à une présentation qui a son propre DIN — Elles ont indiqué que le libellé du paragraphe 5(1) est général et vise à englober toutes les formes de comparaison avec un médicament mis en marché au Canada — Elles ont fait valoir que les lignes directrices du ministre exigent que l’ingrédient actif, ou l’ingrédient médicamenteux, du médicament biosimilaire et celui du MBR soient similaires, et non pas identiques — Il s’agissait de déterminer s’il était raisonnable pour le ministre de conclure que JAMP n’était pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) — Il s’agissait également de déterminer s’il était raisonnable pour le ministre de délivrer un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI — L’interprétation qu’a donnée le ministre du paragraphe 5(1), à savoir qu’il ne s’applique qu’à la version d’un médicament à laquelle on a attribué un numéro d’identification de drogue (DIN) et qui est commercialisée au Canada, était raisonnable — Rien ne permettait au ministre d’allonger la liste des MBR afin d’englober d’autres présentations d’HUMIRA que celles recensées par la DMBR — La DMBR a dit clairement qu’elle répondait à une demande de renseignements [TRADUCTION] « sur le médicament biologique de référence » utilisé à l’égard des présentations de JAMP — Un médicament qui n’est pas commercialisé ne peut bénéficier des protections prévues par le Règlement sur les MB (AC), étant donné la condition expresse prévue au paragraphe 5(1) — La condition relative à la commercialisation existe pour s’assurer que les avantages du Règlement sur les MB (AC) ne soient pas conférés aux titulaires de brevet dont les produits ne sont pas offerts aux consommateurs — Le principe général qui sous-tend cette condition de commercialisation est que le titulaire de brevet qui obtient un AC, mais qui ne s’en prévaut pas, ne devrait pas pouvoir bénéficier des avantages accéssoires que lui procure cet AC en raison du Règlement sur les MB (AC) — Ceci tend à confirmer qu’il convient de donner au paragraphe 5(1) une interprétation étroite — La décision du ministre appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Le ministre peut

reconnaître qu'il existe une équivalence fonctionnelle entre les MBR et les PRC — Les lignes directrices du ministre indiquent que les formes posologiques, les dosages et les voies d'administration du médicament biosimilaire « devraient être identiques » à ceux du MBR — Même si le terme « devraient » est discrétionnaire plutôt qu'impératif, on ne peut reprocher au ministre d'avoir suivi la recommandation contenue dans ses propres lignes directrices — Le mécanisme d'application du Règlement sur les MB (AC) ne s'applique qu'à l'innovateur qui commercialise sa drogue innovante au Canada — Les articles 4 et 5 du Règlement sur les MB (AC) sont réciproques par nature — Les demanderesse n'ont pas démontré que la décision du ministre de traiter les MBR et les PRC comme s'ils jouaient un « rôle équivalent » était déraisonnable — En l'espèce, la DMBR a pu recenser des médicaments biologiques autorisés au Canada dont les formes posologiques, les dosages, les voies d'administration et l'ingrédient actif étaient identiques à ceux des présentations de JAMP — Le ministre n'a pas eu besoin de faire preuve de souplesse dans la sélection des MBR — L'interprétation proposée par les demanderesse ne permettait pas de démontrer que la façon dont le ministre a appliqué les lignes directrices n'appartenait pas aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit — Le ministre possède une grande expertise dans l'application, l'interprétation du Règlement sur les MB (AC) — La décision du ministre de délivrer un AC à JAMP était raisonnable — Demandes rejetées.

These were applications for judicial review of two related decisions of the respondent Minister of Health (Minister) made pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PM(NOC) Regulations) under the *Patent Act*.

The first application (Court File No. T-10-22) concerned the Minister's determination that respondent JAMP Pharma Corporation (JAMP) is not a "second person" for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations in respect of its new drug submission (NDS). The second application (Court File No. T-130-22) concerned the Minister's decision to issue a notice of compliance (NOC) to JAMP permitting it to market three drugs in Canada under the brand name SIMLANDI. SIMLANDI is a "biosimilar" of the applicants' HUMIRA, a biologic, injectable drug that first received approval in Canada in 2004 as a 50 mg/mL concentration of adalimumab. HUMIRA is used to treat numerous medical conditions including rheumatoid arthritis, adult and pediatric Crohn's disease, and psoriasis. Pursuant to subsection 55.2(1) of the *Patent Act*, subsequent entry drug manufacturers are eligible for an "early work" exception that allows manufacturers such as JAMP to make, construct, use or sell a patented drug solely for the purpose of developing and seeking approval of a competitor drug, without risking patent infringement. To prevent abuse, a subsequent entry manufacturer or "second person" must meet

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire de deux décisions connexes prises par le ministre de la Santé (le ministre) au titre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, (le *Règlement sur les MB (AC)*) pris en application de la *Loi sur les brevets*.

La première demande (dossier T-10-22) concernait la décision du ministre selon laquelle, s'agissant de sa présentation de drogue nouvelle (PDN), JAMP Pharma Corporation (JAMP) n'était pas une « seconde personne » pour l'application du paragraphe 5(1) du *Règlement sur les MB (AC)*. La deuxième demande (dossier T-130-22) concernait la décision du ministre de délivrer un avis de conformité (AC) permettant à JAMP de commercialiser trois médicaments au Canada sous la marque nominative SIMLANDI. SIMLANDI est un « médicament biosimilaire » d'HUMIRA (adalimumab) des demanderesse, qui est un médicament biologique injectable dont la mise en marché a d'abord été autorisée au Canada en 2004 à une concentration de 50 mg/mL. HUMIRA est fréquemment utilisé dans le traitement de nombreuses affections, dont la polyarthrite rhumatoïde, la maladie de Crohn chez l'adulte et chez l'enfant, ainsi que le psoriasis. Selon le paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*, les fabricants subséquents peuvent bénéficier d'une exception relative aux « travaux préalables », qui permet à des fabricants tels que JAMP de fabriquer, construire, utiliser ou vendre un médicament breveté à seule fin de développer et faire

the conditions prescribed by subsection 5(1). Subsection 5(2.1) of the PM(NOC) Regulations requires a second person to include statements or allegations with respect to each of the listed patents. To comply with these requirements, a second person must file a “Form V” in the manner approved by Health Canada’s Office of Patented Medicines and Liaison (OPML) that must include information about the second person’s NDS, the drug it is being compared to, and the required statements and allegations found in subsection 5(2.1) of the PM(NOC) Regulations. Even though HUMIRA was available in a vial, a syringe and an auto-injecting pen, it was assigned a single drug identification number (DIN). Health Canada’s Office of Submissions and Intellectual Property (OSIP) initially considered JAMP’s NDS to be incomplete because it did not include a Form V declaration in respect of the patents on the Patent Register for three HUMIRA drugs. When JAMP provided three sets of Form Vs for SIMLANDI, the OSIP considered the NDS administratively complete, and assigned it a filing date of January 7, 2021. JAMP clarified that it had submitted the Form Vs on a “without prejudice” basis to avoid delay. JAMP took the position that it was not required to comply with subsection 5(1). The OPML opined that the drugs referred to in subsection 5(1) must be DIN-specific, and were restricted to the reference biologic drugs (RBDs) identified by the Biologic and Radiopharmaceutical Drugs Directorate (BRDD). The OPML confirmed its preliminary determination that JAMP was not a second person for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations, and the corresponding obligations did not arise unless the NDS “directly or indirectly compares the drug with, or ... reference” to “another drug”. The OPML found that “another drug” must be interpreted to be “the CRP [Canadian Reference Product] or RBD (as the case may be), and is specific with respect to strength, dosage form, and route of administration (i.e. it is DIN-specific).” The OPML determined that “another drug” for the purposes of subsection 5(1) consists exclusively of the RBDs identified by the BRDD. At the time JAMP filed its NDS, the RBDs were not marketed in Canada. The OPML therefore concluded that JAMP was not a second person pursuant to subsection 5(1). In 2022, the Minister issued NOCs to JAMP for its SIMLANDI 40 mg/0.4 mL pre-filled syringe, 40 mg/0.4 mL auto-injector pen and 80 mg/0.8 mL pre-filled syringe presentations. The applicants took issue with the Minister’s interpretation of the term “another drug”. The applicants noted that the text of subsection 5(1) does not define “another drug”, or limit it to a DIN-specific presentation. The applicants stated that the text of subsection 5(1) is broader, and is intended to capture all manner of comparison to a drug that is approved for marketing in Canada by way of NOC, whether “direct”, “indirect”, or even by way of “reference” where the first person’s NOC is one in respect of which a patent list has been filed. The applicants noted that the Minister’s guidance document requires the active substances or medicinal ingredients of the biosimilar and RBD to be similar, not identical.

approuver un médicament concurrent, sans risquer de contre-faire le brevet. Pour éviter les abus, le fabricant subséquent ou la « seconde personne » doit remplir les conditions prescrites par le paragraphe 5(1). Le paragraphe 5(2.1) du Règlement sur les MB (AC) exige de la seconde personne qu’elle inclue dans sa présentation, à l’égard de chaque brevet inscrit, certaines déclarations ou allégations. Pour se conformer à ces exigences, la seconde personne doit déposer le « formulaire V » de la manière prescrite par le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (le BMBL) de Santé Canada. Le formulaire contient des renseignements sur la PDN de la seconde personne, le médicament auquel la drogue nouvelle est comparée, ainsi que les déclarations et allégations requises par le paragraphe 5(2.1) du Règlement sur les MB (AC). Même si HUMIRA était alors offert en flacon, en seringue et en stylo auto-injecteur, il s’est vu attribuer un seul numéro d’identification (DIN). Le Bureau des présentations et de la propriété intellectuelle (le BPPI) de Santé Canada a d’abord considéré que la PDN de JAMP était incomplète parce qu’elle n’incluait pas la déclaration (formulaire V) quant aux brevets inscrits au registre qui se rapportent aux trois médicaments HUMIRA. Lorsque JAMP a fourni trois formulaires V pour SIMLANDI, le BPPI a considéré que la PDN était complète du point de vue administratif, et qu’elle avait été déposée le 7 janvier 2021. JAMP a précisé qu’elle avait soumis les formulaires V « sous toutes réserves » pour éviter les retards. Elle a fait valoir qu’elle n’était pas tenue de se conformer au paragraphe 5(1). Le BMBL a estimé que les médicaments visés par le paragraphe 5(1) doivent avoir leur propre DIN et qu’ils se limitent aux médicaments biologiques de référence (MBR) recensés par la Direction des médicaments biologiques et radiopharmaceutiques (la DMBR). Le BMBL a confirmé sa décision préliminaire selon laquelle JAMP n’était pas une seconde personne pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) et qu’elle n’était tenue à aucune des obligations découlant de cette disposition à moins que la PDN, [TRADUCTION] « directement ou indirectement, compare le médicament à une autre drogue, ou y fasse renvoi ». Le BMBL a conclu que le terme « autre drogue » s’entend du [TRADUCTION] « produit de référence canadien (PRC) ou du médicament biologique de référence (MBR) (selon le cas), et que sa concentration, sa forme posologique et sa voie d’administration doivent être précisées (c’est-à-dire qu’il doit avoir son propre DIN) ». Le BMBL a jugé que, pour l’application du paragraphe 5(1), le terme « autre drogue » s’entendait exclusivement des MBR recensés par la DMBR. Lorsque JAMP a déposé sa PDN, les MBR n’étaient pas commercialisés au Canada. Le BMBL a donc conclu que JAMP n’était pas une seconde personne au sens du paragraphe 5(1). En 2022, le ministre a délivré un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI sous forme de seringue préremplie de 40 mg/0,4 ml, de stylo auto-injecteur de 40 mg/0,4 ml et de seringue préremplie de 80 mg/0,8 ml. Les demandereses ont contesté l’interprétation du terme « une autre drogue » par le ministre. Elles ont souligné que le paragraphe 5(1) ne définit pas le terme « une autre drogue », non

The main issues were whether it was reasonable for the Minister to determine that JAMP was not a “second person” for the purposes of s. 5(1) of the PM(NOC) Regulations, and whether it was reasonable for the Minister to issue NOCs to JAMP for its SIMLANDI presentations.

Held, the applications should be dismissed.

The Minister’s interpretation of subsection 5(1) as applying only to a DIN-specific version of a drug that is marketed in Canada was reasonable, particularly considering the statutory objective of providing a patent enforcement mechanism only in relation to products that are in fact available to Canadians. The BRDD identified only three RBDs for the JAMP presentations. There was no basis upon which the Minister could have expanded the RBDs to encompass presentations of HUMIRA beyond those identified by the BRDD. The identification of RBDs is a role performed on behalf of the Minister exclusively by the BRDD. The BRDD was clear in its correspondence that it was responding to an inquiry “as to what is the reference biologic drug” for the JAMP Presentations. The BRDD confirmed that “the dosage form(s), strength(s), and route(s) of administration of SIMLANDI should be the same as that of the reference biologic drug”. The Minister concluded that a drug that is not marketed is not eligible for the protections under the PM(NOC) Regulations, given the explicit marketing requirement under subsection 5(1). The marketing condition is included to ensure that the advantages of the PM(NOC) Regulations are not conferred on patent holders whose products are, for whatever reason, not generally available to consumers. The general policy behind the marketing condition is that a patent holder who obtains a NOC, but does not use it, should not be entitled to rely on that NOC to obtain collateral advantages because of the PM(NOC) Regulations. This tends to support a narrow interpretation of subsection 5(1). The applicants’ various arguments in opposition to the Minister’s interpretation of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations were comprehensively addressed in the Minister’s decision. The Minister’s reasons allowed the Court to understand why the decision was made, and to conclude that it fell within the range of acceptable outcomes

plus qu’il ne limite son application à une présentation qui a son propre DIN. Selon les demandereses, le libellé du paragraphe 5(1) est général et vise à englober toutes les formes de comparaison avec un médicament dont la mise en marché au Canada est approuvée au moyen d’un AC, qu’il s’agisse d’une comparaison « directe », « indirecte » ou même d’un « renvoi » lorsque l’AC accordé à la première personne en est un à l’égard duquel une liste de brevets a été déposée. Les demandereses ont fait valoir que les lignes directrices du ministre exigent que l’ingrédient actif, ou l’ingrédient médicamenteux, du médicament biosimilaire et celui du MBR soient similaires, et non pas identiques.

Il s’agissait de déterminer principalement s’il était raisonnable pour le ministre de conclure que JAMP n’était pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), et s’il était raisonnable pour le ministre de délivrer un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI.

Jugement : les demandes doivent être rejetées.

L’interprétation qu’a donnée le ministre du paragraphe 5(1), à savoir qu’il ne s’applique qu’à la version d’un médicament à laquelle on a attribué un numéro d’identification de drogue (DIN) et qui est commercialisée au Canada, était raisonnable, d’autant plus que l’objectif de la loi est de créer un mécanisme d’application des droits conférés par brevet qui ne vise que les produits qui sont en fait offerts aux Canadiens. La DMBR n’a recensé que trois MBR pour les présentations de JAMP. Rien ne permettait au ministre d’allonger la liste des MBR afin d’englober d’autres présentations d’HUMIRA que celles recensées par la DMBR. Recenser les MBR est une tâche qu’il appartient exclusivement à la DMBR de faire, au nom du ministre. La DMBR a dit clairement dans sa lettre qu’elle répondait à une demande de renseignements [TRADUCTION] « sur le médicament biologique de référence » utilisé à l’égard des présentations de JAMP. Elle a confirmé que [TRADUCTION] « les formes posologiques, concentrations et voies d’administration de SIMLANDI devraient être identiques à celles du médicament biologique de référence ». Le ministre a conclu qu’un médicament qui n’est pas commercialisé ne peut bénéficier des protections prévues par le Règlement sur les MB (AC), étant donné la condition expresse prévue au paragraphe 5(1). Si cette condition relative à la commercialisation existe, c’est pour s’assurer que les avantages du Règlement sur les MB (AC) ne soient pas conférés aux titulaires de brevet dont les produits, pour un motif quelconque, ne sont généralement pas offerts aux consommateurs. Le principe général qui sous-tend cette condition de commercialisation est que le titulaire de brevet qui obtient un AC, mais qui ne s’en prévaut pas, ne devrait pas pouvoir bénéficier des avantages accessoires que lui procure cet AC en raison du Règlement sur les MB (AC), ce qui tend à confirmer qu’il convient de donner

defensible in respect of the facts and law. The RBD for a biosimilar does not share the legislated requirements applicable to CRPs for generic small-molecules. Unlike the RBD for a biosimilar, the CRP for a generic drug is required by the *Food and Drug Regulations* to “contain identical amounts of the identical medicinal ingredients, in a comparable dosage form”. However, this does not preclude the Minister from recognizing a functional equivalence between RBDs and CRPs. According to the Minister’s guidance document, dosage form, strength and routes of administration of a biosimilar “should be the same” as the RBD. Even if “should” is understood to be discretionary rather than mandatory, the Minister could not be faulted for following the recommendation contained in his own guidance document. The enforcement mechanism of the PM(NOC) Regulations is only available to an innovator that markets its innovative drug in Canada. Patent listing under subsection 4(1) of the PM(NOC) Regulations is DIN-specific. This matters, because sections 4 and 5 are reciprocal in nature: section 4 establishes the patent list a second person must circumnavigate. The applicants did not demonstrate that the Minister’s decision to treat RBDs and CRPs as performing an “equivalent role” was unreasonable. Biosimilars are “subject to existing laws and regulations outlined in the [PM(NOC) Regulations] and [section] C.08.004.1 of the *Food and Drug Regulations*”. In this case, the BRDD was able to identify biologic drugs that were authorized in Canada that had the same dosage forms, strengths and routes of administration and active ingredient as the JAMP presentations. There was no need for flexibility on the part of the Minister in selecting the RBDs. The applicants’ alternative interpretation fell short of demonstrating that the Minister’s application of the guidance document was outside the range of acceptable, defensible outcomes. The PM(NOC) Regulations are closely connected with the Minister’s functions, and the Minister has great expertise in their application and interpretation. This was apparent in the lengthy and careful reasoning of the Minister in the decisions challenged in this proceeding. The Minister’s decision to issue a NOC to JAMP on the basis that JAMP was not a “second person” for the purposes of subsection 5(1) was reasonable.

au paragraphe 5(1) une interprétation étroite. Les divers arguments que les demanderesse ont soulevés à l’encontre de l’interprétation qu’a faite le ministre du paragraphe 5(1) ont été examinés en détail dans la décision du ministre. Les motifs du ministre permettaient à la Cour de comprendre pourquoi cette décision a été rendue et de conclure qu’elle appartenait aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Le MBR d’un médicament biosimilaire n’est pas soumis aux conditions légales applicables aux PRC pour les petites molécules génériques. Contrairement au MBR d’un médicament biosimilaire, le PRC d’un médicament générique doit contenir, selon le *Règlement sur les aliments et drogues*, « les mêmes quantités d’ingrédients médicinaux identiques, sous des formes posologiques comparables ». Toutefois, cela n’empêche pas le ministre de reconnaître qu’il existe une équivalence fonctionnelle entre les MBR et les PRC. Selon les lignes directrices du ministre, les formes posologiques, les dosages et les voies d’administration du médicament biosimilaire « devraient être identiques » à ceux du MBR. Même si le terme « devraient » est considéré comme discrétionnaire plutôt qu’impératif, on ne peut reprocher au ministre d’avoir suivi la recommandation contenue dans ses propres lignes directrices. Le mécanisme d’application du Règlement sur les MB (AC) ne s’applique qu’à l’innovateur qui commercialise sa drogue innovante au Canada. La liste des brevets établie au titre du paragraphe 4(1) du Règlement sur les MB (AC) doit préciser le DIN propre à chaque brevet. Cela est important, car les articles 4 et 5 sont réciproques par nature : l’article 4 crée la liste de brevets que doit contourner la seconde personne. Les demanderesse n’ont pas démontré que la décision du ministre de traiter les MBR et les PRC comme s’ils jouaient un « rôle équivalent » était déraisonnable. Les médicaments biosimilaires sont « assujettis aux lois et règlements en vigueur qui sont décrits dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [et] à l’article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* ». En l’espèce, la DMBR a pu recenser des médicaments biologiques autorisés au Canada dont les formes posologiques, les dosages, les voies d’administration et l’ingrédient actif étaient identiques à ceux des présentations de JAMP. Le ministre n’a pas eu besoin de faire preuve de souplesse dans la sélection des MBR. L’interprétation proposée par les demanderesse ne permettait pas de démontrer que la façon dont le ministre a appliqué les lignes directrices n’appartenait pas aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Le Règlement sur les MB (AC) est étroitement lié aux fonctions du ministre et que ce dernier possède une grande expertise dans son application et son interprétation. C’est ce qui ressortait du long et minutieux raisonnement que le ministre a adopté dans les décisions contestées en l’espèce. La décision du ministre de délivrer un AC à JAMP au motif que JAMP n’était pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) était raisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.001.1 “pharmaceutical equivalent”.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 4, 5, 6(1), 7(1).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Protocol replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States, July 1, 2020, [2020] Can. T.S. No. 5, Art. 20.50, as amended by the *Protocol of Amendment to the Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States*, [2020] Can. T.S. No. 6, Art. 3F.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2016 FCA 248, [2017] 3 F.C.R. 80.

CONSIDERED:

Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Entertainment Software Association*, 2022 SCC 30; *Natco Pharma (Canada) Inc. v. Canada (Health)*, 2020 FC 788, [2021] 1 F.C.R. D-2; *Elanco v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 5.

REFERRED TO:

Fresenius Kabi Canada Ltd. v. Canada (Health), 2020 FC 1013, [2021] 1 F.C.R. D-12; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533; *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FCA 189, [2006] 1 F.C.R. 297, revd 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560.

AUTHORS CITED

Health Canada. Guidance Document. *Information and Submission Requirements for Biosimilar Biologic Drugs*, Ottawa: Minister of Health, 2010.

LOI ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2(1).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08001.1 « équivalent pharmaceutique ».
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 4, 5, 6(1), 7(1).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains, 1^{er} juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 5, art. 20.50, tel que modifié par le *Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis Mexicains*, [2020] R.T. Can. n° 6, art. 3F.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Teva Canada Limited c. Pfizer Canada Inc.*, 2016 CAF 248, [2017] 3 R.C.F. 80.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30; *Natco Pharma (Canada) Inc. c. Canada (Santé)*, 2020 CF 788, [2021] 1 R.C.F. F-2; *Elanco c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 5.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Fresenius Kabi Canada Ltd. c. Canada (Santé), 2020 CF 1013, [2021] 1 R.C.F. F-8; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 189, [2006] 1 R.C.F. 297, inf. par 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560.

DOCTRINE CITÉE

Santé Canada. Ligne directrice. *Exigences en matière de renseignements et de présentation relatives aux médicaments biologiques biosimilaires*, Ottawa : Ministre de la Santé, 2010.

APPLICATIONS for judicial review of two related decisions by the respondent Minister of Health made pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* under the *Patent Act*. Applications dismissed.

APPEARANCES

Steven G. Mason, David Tait, James S.S. Holtom and Adam H. Kanji for applicants.
J. Sanderson Graham, Elizabeth Koudys and Kirk Shannon for respondent Minister of Health.
Andrew Brodtkin, Jordan Scopa and Jaclyn Tilak for respondent JAMP Pharma Corporation.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for applicants.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Minister of Health.
Goodmans LLP, Toronto, for respondent JAMP Pharma Corporation.

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

FOTHERGILL J.:

I. Overview

[1] AbbVie Corporation and AbbVie Biotechnology Ltd. (collectively AbbVie) seek judicial review of two related decisions of the Minister of Health (Minister) made pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PM(NOC) Regulations) under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.

[2] The first application (Court File No. T-10-22) concerns the Minister's determination that JAMP Pharma Corporation (JAMP) is not a "second person" for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations in respect of its new drug submission (NDS) 244990. The second application (Court File No. T-130-22) concerns the Minister's decision to issue a notice of compliance

DEMANDES de contrôle judiciaire deux décisions connexes prises par le ministre de la Santé (ministre) au titre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, pris en application de la *Loi sur les brevets*. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Steven G. Mason, David Tait, James S.S. Holtom et Adam H. Kanji pour les demandereses.
J. Sanderson Graham, Elizabeth Koudys and Kirk Shannon pour le défendeur le ministre de la Santé.
Andrew Brodtkin, Jordan Scopa et Jaclyn Tilak pour la défenderesse JAMP Pharma Corporation.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault s.e.n.c.r.l., s.r.l., Toronto, pour les demandereses.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le ministre de la Santé.
Goodmans LLP, Toronto, pour la défenderesse JAMP Pharma Corporation.

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

LE JUGE FOTHERGILL :

I. Aperçu

[1] AbbVie Corporation et AbbVie Biotechnology Ltd. (collectivement AbbVie) sollicitent le contrôle judiciaire de deux décisions connexes prises par le ministre de la Santé (ministre) au titre du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (Règlement sur les MB (AC)) pris en application de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.

[2] La première demande (dossier de la Cour n° T-10-22) concerne la décision du ministre selon laquelle, s'agissant de sa présentation de drogue nouvelle (PDN) 244990, JAMP Pharma Corporation (JAMP) n'est pas une « seconde personne » pour l'application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC). La deuxième demande (dossier de la Cour n° T-130-22) concerne la décision du

(NOC) to JAMP permitting it to market three drugs in Canada under the brand name SIMLANDI.

[3] JAMP's SIMLANDI is a "biosimilar" of AbbVie's HUMIRA (adalimumab). In its NDS, JAMP relied on three HUMIRA drugs with the same dosage forms, strengths, and routes of administration as the drugs to be marketed as SIMLANDI. None of these formulations of HUMIRA was marketed in Canada by AbbVie at the time JAMP submitted its NDS.

[4] The PM(NOC) Regulations are closely connected with the Minister's functions, and the Minister has great expertise in their application and interpretation. The Minister's interpretation of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations as applying only to a version of a drug that has a specific drug identification number (DIN) and that is marketed in Canada was reasonable, particularly considering the statutory objective of providing a patent enforcement mechanism only in relation to products that are in fact available to Canadians.

[5] The applications for judicial review are therefore dismissed.

II. Background

A. *PM(NOC) Regulations*

[6] The PM(NOC) Regulations seek to align the drug approval process of a subsequent entry or generic drug under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, with certain patent rights pertaining to the first or innovative drug. Specifically, the PM(NOC) Regulations seek to balance the patent rights associated with innovative drugs against the timely market entry of lower-priced competitor drugs (*Fresenius Kabi Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2020 FC 1013, [2021] 1 F.C.R. D-12, at paragraph 13).

ministre de délivrer un avis de conformité (AC) permettant à JAMP de commercialiser trois médicaments au Canada sous la marque nominative SIMLANDI.

[3] SIMLANDI de JAMP est un « médicament biosimilaire » d'HUMIRA (adalimumab) d'AbbVie. Dans sa PDN, JAMP s'est appuyée sur trois médicaments HUMIRA dont les formes posologiques, les dosages et les voies d'administration sont les mêmes que ceux des médicaments devant être commercialisés sous le nom de SIMLANDI. Lorsque JAMP a présenté sa PDN, aucune de ces formulations d'HUMIRA n'était commercialisée par AbbVie sur le marché canadien.

[4] Le Règlement sur les MB (AC) est étroitement lié aux fonctions du ministre, et ce dernier possède une grande expertise dans son application et son interprétation. L'interprétation qu'a donnée le ministre au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), à savoir qu'il ne s'applique qu'à la version d'un médicament à laquelle on a attribué un numéro d'identification de drogue (DIN) et qui est commercialisée sur le marché canadien, était raisonnable, d'autant plus que l'objectif de la loi est de créer un mécanisme d'application des droits conférés par brevet qui ne vise que les produits qui sont en fait offerts aux Canadiens.

[5] Les demandes de contrôle judiciaire sont donc rejetées.

II. Contexte

A. *Règlement sur les MB (AC)*

[6] Le Règlement sur les MB (AC) vise à harmoniser le processus d'approbation d'un produit ou médicament générique établi par le *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, avec certains droits de brevet liés au premier médicament ou drogue innovante. En particulier, le Règlement sur les MB (AC) vise à maintenir un équilibre entre les droits de brevet associés aux drogues innovantes et l'arrivée sur le marché en temps opportun de médicaments concurrents moins chers (*Fresenius Kabi Canada Ltd. c. Canada (Santé)*, 2020 CF 1013, [2021] 1 R.C.F. F-8, au paragraphe 13).

[7] The PM(NOC) Regulations require the Minister to maintain a Patent Register on which innovative drugs such as HUMIRA are listed, together with any associated patents. Once a patent is placed on the Patent Register, a subsequent-entry manufacturer must either await the expiry of the patent or address the listed patent in accordance with the prescribed process.

[8] Pursuant to subsection 55.2(1) of the *Patent Act*, subsequent entry drug manufacturers are eligible for an “early work” exception that allows manufacturers such as JAMP to make, construct, use or sell a patented drug solely for the purpose of developing and seeking approval of a competitor drug, without risking patent infringement.

[9] To prevent abuse, a subsequent entry manufacturer or “second person” must meet the conditions prescribed by subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations. Under this provision, the reference drug for the proposed generic or biosimilar must be one that is “marketed” in Canada:

5 (1) If a second person files a submission for a notice of compliance in respect of a drug and the submission directly or indirectly compares the drug with, or makes reference to, another drug marketed in Canada under a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the second person shall include in the submission the required statements or allegations set out in subsection (2.1).

[10] Subsection 5(2.1) of the PM(NOC) Regulations requires a second person to include statements or allegations with respect to each of the listed patents. The statements may include confirmation of consent from the owner of the patent, or confirmation that the second person understands the NOC will not be issued until the patent expires.

[11] Alternatively, the second person may make one or more of the following allegations [subparagraphs 5(2.1)(c)(i) to (vi) of the PM(NOC) Regulations]:

(i) the statement made by the first person under paragraph 4(4)(d) is false,

[7] Le Règlement sur les MB (AC) exige du ministre qu’il tienne un registre des brevets dans lequel sont inscrites les drogues innovantes telles que HUMIRA, ainsi que tous les brevets connexes. Une fois qu’un brevet est inscrit au registre des brevets, le fabricant subséquent doit soit attendre qu’il soit expiré, soit s’y reporter selon la procédure prescrite.

[8] Selon le paragraphe 55.2(1) de la *Loi sur les brevets*, les fabricants subséquents peuvent bénéficier d’une exception relative aux « travaux préalables », qui permet à des fabricants tels que JAMP de fabriquer, construire, utiliser ou vendre un médicament breveté à seule fin de développer et faire approuver un médicament concurrent, sans risquer de contrefaire le brevet.

[9] Pour éviter les abus, le fabricant subséquent ou la « seconde personne » doit remplir les conditions prescrites par le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC). Selon cette disposition, le médicament de référence auquel renvoie le médicament générique ou le médicament biosimilaire proposé doit être « commercialisé » sur le marché canadien :

5 (1) Dans le cas où la seconde personne dépose une présentation pour un avis de conformité à l’égard d’une drogue, laquelle présentation, directement ou indirectement, compare celle-ci à une autre drogue commercialisée sur le marché canadien aux termes d’un avis de conformité délivré à la première personne et à l’égard de laquelle une liste de brevets a été présentée — ou y fait renvoi —, cette seconde personne inclut dans sa présentation les déclarations ou allégations visées au paragraphe (2.1).

[10] Le paragraphe 5(2.1) du Règlement sur les MB (AC) exige de la seconde personne qu’elle inclue dans sa présentation, à l’égard de chaque brevet inscrit, certaines déclarations ou allégations, notamment une déclaration faisant état du consentement du propriétaire du brevet, ou une déclaration portant que la seconde personne accepte que l’AC ne sera pas délivré avant l’expiration du brevet.

[11] Subsidiairement, la seconde personne peut faire une ou plusieurs des allégations suivantes [sous-alinéas 5(2.1)c)(i) à (vi) du Règlement sur les MB (AC)] :

(i) la déclaration faite par la première personne en application de l’alinéa 4(4)d) est fausse,

(ii) that patent or certificate of supplementary protection is invalid or void,

(iii) that patent or certificate of supplementary protection is ineligible for inclusion on the register,

(iv) that patent or certificate of supplementary protection would not be infringed by the second person making, constructing, using or selling the drug for which the submission or the supplement is filed,

(v) that patent or certificate of supplementary protection has expired, or

(vi) in the case of a certificate of supplementary protection, that certificate of supplementary protection cannot take effect.

(ii) le brevet ou le certificat de protection supplémentaire est invalide ou nul,

(iii) le brevet ou le certificat de protection supplémentaire est inadmissible à l'inscription au registre,

(iv) en fabricant, construisant, exploitant ou vendant la drogue pour laquelle la présentation ou le supplément est déposé, la seconde personne ne contreferait pas le brevet ou le certificat de protection supplémentaire,

(v) le brevet ou le certificat de protection supplémentaire est expiré,

(vi) dans le cas d'un certificat de protection supplémentaire, celui-ci ne peut pas prendre effet.

[12] To comply with these requirements, a second person must file a "Form V" in the manner approved by Health Canada's Office of Patented Medicines and Liaison (OPML). The form must include information about the second person's NDS, the drug it is being compared to, and the required statements and allegations found in subsection 5(2.1) of the PM(NOC) Regulations.

[12] Pour se conformer à ces exigences, la seconde personne doit déposer le « formulaire V » de la manière prescrite par le Bureau des médicaments brevetés et de la liaison (BMBL) de Santé Canada. Le formulaire contient des renseignements sur la PDN de la seconde personne, le médicament auquel la drogue nouvelle est comparée, ainsi que les déclarations et allégations requises par le paragraphe 5(2.1) du Règlement sur les MB (AC).

[13] If an allegation is made under subsection 5(2.1), then subsection 5(3) of the PM(NOC) Regulations requires the second person to serve a Notice of Allegation (NOA) on the first person. The first person then has 45 days to bring an action in this Court pursuant to subsection 6(1):

[13] Si la seconde personne fait une allégation visée au paragraphe 5(2.1), elle doit ensuite, selon le paragraphe 5(3), signifier un avis d'allégation à la première personne. La première personne dispose alors de 45 jours pour intenter une action contre la seconde personne devant la Cour, comme le prévoit le paragraphe 6(1) :

6 (1) The first person or an owner of a patent who receives a notice of allegation referred to in paragraph 5(3)(a) may, within 45 days after the day on which the first person is served with the notice, bring an action against the second person in the Federal Court for a declaration that the making, constructing, using or selling of a drug in accordance with the submission or supplement referred to in subsection 5(1) or (2) would infringe any patent or certificate of supplementary protection that is the subject of an allegation set out in that notice.

6 (1) La première personne ou le propriétaire d'un brevet qui reçoit un avis d'allégation en application de l'alinéa 5(3)a) peut, au plus tard quarante-cinq jours après la date à laquelle la première personne a reçu signification de l'avis, intenter une action contre la seconde personne devant la Cour fédérale afin d'obtenir une déclaration portant que la fabrication, la construction, l'exploitation ou la vente d'une drogue, conformément à la présentation ou au supplément visé aux paragraphes 5(1) ou (2), contreferait tout brevet ou tout certificat de protection supplémentaire visé par une allégation faite dans cet avis.

[14] Once an action under subsection 6(1) has been commenced, paragraph 7(1)(d) of the PM(NOC) Regulations prohibits the Minister from issuing an NOC to the second person until 24 months after the issuance of the statement of claim or until the action is dismissed.

[14] Dès lors que l'action prévue au paragraphe 6(1) est intentée, le ministre ne peut, selon l'alinéa 7(1)d), délivrer d'AC à la seconde personne à moins que 24 mois ne se soient écoulés depuis la date à laquelle l'action a été intentée, ou que l'action ait été rejetée. Lorsqu'elle n'a

The Court may shorten or extend the 24-month period if it finds a party has not acted diligently in carrying out its obligations under the PM(NOC) Regulations or has not reasonably cooperated in expediting the action, so long as the Court has not made a declaration referred to subsection 6(1).

B. *HUMIRA (AbbVie)*

[15] HUMIRA is a biologic, injectable drug that first received approval in Canada in 2004 as a 50 mg/mL concentration of adalimumab. HUMIRA is widely used to treat numerous medical conditions including rheumatoid arthritis, adult and pediatric Crohn's disease, and psoriasis.

[16] When HUMIRA was approved in 2004, the sole approved presentations were a 40 mg/0.8 mL vial and a 40 mg/0.8 mL single-use pre-filled syringe. The sole approved use was for rheumatoid arthritis. Even though HUMIRA was available in a vial, a syringe and an auto-injecting pen, it was assigned a single DIN (DIN 02258595).

[17] High-concentration HUMIRA was approved in Canada in 2016 in a 40 mg/0.4 mL pre-filled syringe (DIN 02458349), and as a 40 mg/0.4 mL pre-filled auto-injector pen (DIN 02458357). When AbbVie sought approval for the high-concentration presentations of HUMIRA, the Minister required each one to have a unique DIN, but did not assign any additional DINs to the three original presentations.

[18] AbbVie has marketing authorization in Canada for a variety of concentrations, but is actively selling only the original 50 mg/mL concentration in 40 mg/0.8 mL strengths in both auto-injector pen and pre-filled syringe presentations, and the newer 100 mg/mL concentration in a 20 mg/0.2 mL pre-filled syringe.

C. *SIMLANDI (JAMP)*

[19] In December 2020 or January 2021, JAMP sought regulatory approval in Canada for SIMLANDI in the 40 mg/0.4 mL pre-filled syringe, 40 mg/0.4 mL auto-injector

pas encore fait la déclaration visée au paragraphe 6(1), la Cour peut abréger ou prolonger cette période de 24 mois si elle conclut qu'une partie n'a pas agi avec diligence en remplissant les obligations qui lui incombent au titre du Règlement sur les MB (AC) ou qu'elle n'a pas collaboré de façon raisonnable au règlement expéditif de l'action.

B. *HUMIRA (AbbVie)*

[15] HUMIRA (adalimumab) est un médicament biologique injectable dont la mise en marché a d'abord été autorisée au Canada en 2004 à une concentration de 50 mg/mL. HUMIRA est fréquemment utilisé dans le traitement de nombreuses affections, dont la polyarthrite rhumatoïde, la maladie de Crohn chez l'adulte et chez l'enfant, ainsi que le psoriasis.

[16] Lorsque HUMIRA a été approuvé en 2004, les seules formes autorisées étaient le flacon de 40 mg/0,8 mL et la seringue préremplie à usage unique de 40 mg/0,8 mL. Il n'était autorisé que pour le traitement de la polyarthrite rhumatoïde. Même si HUMIRA était alors offert en flacon, en seringue et en stylo auto-injecteur, il s'est vu attribuer un seul numéro d'identification (DIN 02258595).

[17] Une concentration plus élevée d'HUMIRA a été autorisée au Canada en 2016 sous la forme d'une seringue préremplie de 40 mg/0,4 mL (DIN 02458349) et d'un stylo auto-injecteur prérempli de 40 mg/0,4 mL (DIN 02458357). Lorsque AbbVie a demandé l'autorisation de mettre en marché des formes concentrées d'HUMIRA, le ministre a exigé que chacune d'elles ait son propre DIN, mais il n'a attribué aucun autre DIN aux formes originales.

[18] AbbVie a l'autorisation de commercialiser diverses concentrations sur le marché canadien, mais n'offre actuellement à la vente que la concentration originale de 50 mg/mL sous la forme d'un stylo auto-injecteur et d'une seringue, préremplis d'une dose de 40 mg/0,8 mL, et la plus récente concentration de 100 mg/mL sous la forme d'une seringue préremplie de 20 mg/0,2 mL.

C. *SIMLANDI (JAMP)*

[19] En décembre 2020 ou janvier 2021, JAMP a soumis pour approbation réglementaire au Canada SIMLANDI sous la forme d'une seringue préremplie de 40 mg/0,4 mL,

pen, and 80 mg/0.8 mL pre-filled syringe (collectively JAMP Presentations).

[20] Health Canada's Office of Submissions and Intellectual Property (OSIP) initially considered JAMP's NDS to be incomplete because it did not include a Form V declaration, as required by subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations, in respect of the patents on the Register for three HUMIRA drugs. The OSIP wrote to JAMP on December 30, 2020, to request compliance, noting that the NDS would be placed on hold until the Form Vs were received.

[21] On January 7, 2021, JAMP provided three sets of Form Vs for SIMLANDI, one for each of JAMP's three drugs listing the corresponding HUMIRA drugs as the reference products (DINs 02458349, 02458357 and 02466872). The OSIP considered the NDS administratively complete, and assigned it a filing date of January 7, 2021.

[22] In a letter to OSIP dated January 28, 2021, JAMP clarified that it had submitted the Form Vs on a "without prejudice" basis to avoid delay. JAMP took the position that it was not required to comply with subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations. In further correspondence dated February 19, 2021, JAMP explained that the referenced HUMIRA products had not been marketed in Canada for several years, and requested marketing information from OSIP.

[23] The same day, JAMP served NOAs on AbbVie pursuant to subsection 5(3) of the PM(NOC) Regulations, "without prejudice" to JAMP's position that it was not required to comply with section 5.

D. *The Minister's Decisions*

[24] On March 15, 2021, the OPML advised AbbVie of its preliminary view that the following HUMIRA presentations had never been marketed in Canada: 80 mg/0.8 mL pre-filled syringe (DIN 02466872); and 40 mg/0.4 mL pre-filled syringe (DIN 02458349). The OPML also expressed

d'un stylo auto-injecteur de 40 mg/0,4 ml et d'une seringue préremplie de 80 mg/0,8 ml (collectivement, les présentations de JAMP).

[20] Le Bureau des présentations et de la propriété intellectuelle (BPPI) de Santé Canada a d'abord considéré que la PDN de JAMP était incomplète parce qu'elle n'incluait pas la déclaration (formulaire V) exigée par le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) quant aux brevets inscrits au registre qui se rapportent aux trois médicaments HUMIRA. Le 30 décembre 2020, le BPPI a écrit à JAMP pour lui demander de se conformer à la réglementation, tout en précisant que la PDN serait mise en suspens jusqu'à ce qu'il ait reçu le formulaire V.

[21] Le 7 janvier 2021, JAMP a fourni trois formulaires V pour SIMLANDI, un pour chacun de ses trois médicaments, dans lesquels elle nommait les médicaments HUMIRA correspondants comme produits de référence (DIN 02458349, 02458357 et 02466872). Le BPPI a considéré que la PDN était complète du point de vue administratif, et qu'elle avait été déposée le 7 janvier 2021.

[22] Dans une lettre adressée au BPPI le 28 janvier 2021, JAMP a précisé qu'elle avait soumis les formulaires V « sous toutes réserves » pour éviter les retards. Elle a fait valoir qu'elle n'était pas tenue de se conformer au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC). Dans une autre lettre du 19 février 2021, JAMP a expliqué que les produits HUMIRA auxquels elle faisait renvoi n'avaient pas été commercialisés sur le marché canadien depuis plusieurs années, et elle a demandé au BPPI des renseignements concernant la commercialisation.

[23] Le même jour, JAMP a signifié des avis d'allégation à AbbVie, conformément au paragraphe 5(3) du Règlement sur les MB (AC), sans renoncer à sa position selon laquelle elle n'était pas tenue de se conformer à l'article 5.

D. *Les décisions du ministre*

[24] Le 15 mars 2021, le BMBL a avisé AbbVie que, suivant son opinion préliminaire, les présentations d'HUMIRA suivantes n'avaient jamais été commercialisées sur le marché canadien : une seringue préremplie de 80 mg/0,8 ml (DIN 02466872) et une seringue préremplie de 40 mg/0,4 ml

the preliminary view that the 40 mg/0.4 mL pen (DIN 02458357) had not been marketed in Canada since November 21, 2018. The OPML asked AbbVie to provide information or documents regarding the marketing status of the HUMIRA reference biologic drugs (RBDs) within 10 calendar days.

[25] By letter dated March 18, 2021, AbbVie requested an extension of time in which to respond, and indicated that it intended to take the position that JAMP was “early working the listed patents, as well as directly or indirectly comparing its biosimilar with, or making reference to, a drug that is marketed in Canada under an NOC”.

[26] On March 29, 2021, the OPML advised JAMP and AbbVie that it was “beginning anew in order to increase the transparency of the process”. The parties were given time to prepare their submissions, and to respond to a preliminary decision of the OPML. Both parties made submissions.

[27] The OPML issued its preliminary decision on September 22, 2021, concluding that JAMP was not a second person under subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations. The OPML was of the opinion that the drugs referred to in subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations must be DIN-specific, and were restricted to the RBDs identified by the Biologic and Radiopharmaceutical Drugs Directorate (BRDD).

[28] The OPML held that any interpretation of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations should not undermine the interpretation and administration of section 4. This provision permits a first person to list eligible patents on the Register by submitting a patent list in relation to its NDS. Subsection 4(4) requires that a patent list identify, among other things, the patent, drug submission, DIN, medicinal ingredient, brand name, dosage form, strength and route of administration to which the list relates.

(DIN 02458349). Le BMBL a aussi exprimé l’opinion préliminaire voulant que le stylo auto-injecteur de 40 mg/0,4 ml (DIN 02458357) n’avait pas été commercialisé sur le marché canadien depuis le 21 novembre 2018. Il a demandé à AbbVie de lui transmettre des renseignements ou des documents concernant la situation des médicaments biologiques de référence (MBR) HUMIRA sur le plan de la commercialisation, et ce, dans les 10 jours civils suivants.

[25] Dans une lettre du 18 mars 2021, AbbVie a demandé une prolongation du délai pour répondre et a indiqué qu’elle entendait faire valoir que [TRADUCTION] « JAMP réalisait des travaux préalables touchant les brevets inscrits, et qu’elle comparait, directement ou indirectement, son médicament biosimilaire à un médicament commercialisé sur le marché canadien au titre d’un avis de conformité, ou renvoyait à un tel médicament ».

[26] Le 29 mars 2021, le BMBL a informé JAMP et AbbVie qu’il [TRADUCTION] « reprenait le processus depuis le début afin qu’il soit plus transparent ». Les parties se sont vu accorder du temps pour préparer leurs observations et répondre à une décision préliminaire du BMBL. Elles ont toutes deux présenté des observations.

[27] Le BMBL a rendu sa décision préliminaire le 22 septembre 2021. Il a conclu que JAMP n’était pas une seconde personne au sens du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), estimant que les médicaments visés par cette disposition doivent avoir leur propre DIN et qu’ils se limitent aux MBR recensés par la Direction des médicaments biologiques et radiopharmaceutiques (DMBR).

[28] Le BMBL a estimé que l’interprétation du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) ne devait pas compromettre celle de l’article 4, qui permet à la première personne de présenter une liste de brevets admissibles à l’inscription au registre qui se rattache à sa PDN. Le paragraphe 4(4) exige que la liste de brevets mentionne, entre autres, le brevet, la présentation de drogue, le DIN, l’ingrédient médicinal, la marque nominative, la forme posologique, la concentration et la voie d’administration auxquels elle se rapporte.

[29] The OPML invited the parties' responses to its preliminary findings, as well as submissions on the application of subsection 7(1) of the PM(NOC) Regulations to the issuance of an NOC to JAMP for SIMLANDI. JAMP and AbbVie submitted their responses on October 29, 2021.

[30] AbbVie acknowledged that the 40 mg/0.4 mL and 80 mg/0.8 mL presentations of HUMIRA were not sold in Canada. However, it informed the OPML that the 20 mg/0.2 mL presentation, which contains high-concentration (100 mg/mL) HUMIRA in a pre-filled syringe, was sold in Canada. AbbVie noted that JAMP's NDS compared SIMLANDI to high-concentration (100 mg/mL) HUMIRA, which AbbVie continues to market and sell in Canada.

[31] AbbVie asserted that JAMP relied on the data for the original 50 mg/mL presentations of HUMIRA. JAMP responded that its regulatory submission sought approval by comparison only with AbbVie's 40 mg/0.4 mL and 80 mg/0.8 mL presentations. JAMP emphasized that it had not sought approval by comparison with AbbVie's 40 mg/0.8 mL or 20 mg/0.2 mL presentations.

[32] The OPML issued its final decision on December 23, 2021. The decision comprises 36 pages of single-spaced text.

[33] The OPML confirmed its preliminary determination that JAMP was not a second person for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations, and the corresponding obligations did not arise unless the NDS "directly or indirectly compares the drug with, or ... reference" to "another drug". The OPML found that "another drug" must be interpreted to be "the CRP or RBD (as the case may be), and is specific with respect to strength, dosage form, and route of administration (i.e. it is DIN-specific)." CRP refers to Canadian Reference Product, the required comparator for new generic drugs.

[29] Le BMBL a invité les parties à répondre à ses conclusions préliminaires, ainsi qu'à présenter des observations sur l'application du paragraphe 7(1) du Règlement sur les MB (AC) à la délivrance d'un AC à JAMP pour le médicament SIMLANDI. JAMP et AbbVie ont soumis leurs réponses le 29 octobre 2021.

[30] AbbVie a reconnu que les présentations de 40 mg/0,4 ml et de 80 mg/0,8 ml d'HUMIRA n'étaient pas vendues au Canada. Cependant, elle a informé le BMBL que la présentation de 20 mg/0,2 ml, qui contient une concentration élevée (100 mg/ml) d'HUMIRA dans une seringue préremplie, était vendue au Canada. AbbVie a souligné que la PDN de JAMP comparait SIMLANDI à HUMIRA à haute concentration (100 mg/ml) qu'elle continuait de commercialiser et de vendre sur le marché canadien.

[31] AbbVie a affirmé que JAMP s'appuyait sur les données relatives aux présentations initiales d'HUMIRA à 50 mg/ml. JAMP a répondu que le dossier réglementaire qu'elle avait produit ne portait que sur les présentations de 40 mg/0,4 ml et de 80 mg/0,8 ml d'AbbVie. Elle a insisté sur le fait qu'elle ne cherchait pas à obtenir l'approbation réglementaire en faisant une comparaison avec les présentations de 40 mg/0,8 ml ou de 20 mg/0,2 ml d'AbbVie.

[32] Le BMBL a rendu sa décision finale le 23 décembre 2021. La décision comptait 36 pages de texte à simple interligne.

[33] Le BMBL a confirmé sa décision préliminaire selon laquelle JAMP n'était pas une seconde personne pour l'application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) et qu'elle n'était tenue à aucune des obligations découlant de cette disposition à moins que la PDN, [TRADUCTION] « directement ou indirectement, compare le médicament à une autre drogue, ou y fasse renvoi ». Le BMBL a conclu que le terme « autre drogue » s'entend du [TRADUCTION] « produit de référence canadien (PRC) ou du médicament biologique de référence (MBR) (selon le cas), et que sa concentration, sa forme posologique et sa voie d'administration doivent être précisées (c'est-à-dire qu'il doit avoir son propre DIN) ». L'abréviation PRC signifie produit de référence canadien, le produit de comparaison du nouveau médicament générique.

[34] The OPML continued:

The “another drug” cannot be broadened to encompass any strength or dosage form of the medicinal ingredient in the CRP or RBD, and the direct or indirect comparison, or reference must be to the DIN-specific “another drug.” Finally, as “another drug” is DIN-specific, the marketing requirement for “another drug” is likewise DIN-specific.

[35] The OPML determined that “another drug” for the purposes of subsection 5(1) consists exclusively of the RBDs identified by the BRDD. At the time JAMP filed its NDS, the RBDs were not marketed in Canada. The OPML therefore concluded that JAMP was not a second person pursuant to subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations.

[36] On January 5, 2022, the Minister issued NOCs to JAMP for its SIMLANDI 40 mg/0.4 mL pre-filled syringe, 40 mg/0.4 mL auto-injector pen and 80 mg/0.8 mL pre-filled syringe presentations. JAMP launched its products on April 13, 2022.

III. Issues

[37] This application for judicial review raises the following issues:

- A. What is the standard of review?
- B. Was the Minister’s determination that JAMP was not a “second person” for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations reasonable?
- C. Was the Minister’s decision to issue NOCs to JAMP for its SIMLANDI Presentations reasonable?

IV. Analysis

- A. *What is the standard of review?*

[38] AbbVie says correctness is the appropriate standard of review for the Minister’s interpretation of “another

[34] Le BMBL a poursuivi en ces termes :

[TRADUCTION] Le sens du terme « autre drogue » ne peut être élargi pour englober la concentration ou la forme posologique de l’ingrédient médicinal contenu dans le PRC ou le MBR, et la comparaison ou référence directe ou indirecte doit être faite avec l’« autre drogue » associée à un DIN qui lui est propre. Enfin, comme l’« autre drogue » est associée à un DIN qui lui est propre, l’« autre drogue » visée par la condition de commercialisation est aussi associée à un DIN qui lui est propre.

[35] Le BMBL a jugé que, pour l’application du paragraphe 5(1), le terme « autre drogue » s’entendait exclusivement des MBR recensés par la DMBR. Lorsque JAMP a déposé sa PDN, les MBR n’étaient pas commercialisés au Canada. Le BMBL a donc conclu que JAMP n’était pas une seconde personne au sens du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC).

[36] Le 5 janvier 2022, le ministre a délivré un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI sous forme de seringue préremplie de 40 mg/0,4 mL, de stylo auto-injecteur de 40 mg/0,4 mL et de seringue préremplie de 80 mg/0,8 mL. JAMP a mis ses produits sur le marché le 13 avril 2022.

III. Questions en litige

[37] La présente demande de contrôle judiciaire soulève les questions suivantes :

- A. Quelle est la norme de contrôle applicable?
- B. La décision du ministre selon laquelle JAMP n’est pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) était-elle raisonnable?
- C. La décision du ministre de délivrer un AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI était-elle raisonnable?

IV. Analyse

- A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[38] AbbVie affirme que c’est la norme de la décision correcte qui s’applique à l’interprétation qu’a donnée le

drug” under subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations, because “the rule of law requires consistency, and ... a final and determinate answer is necessary” (citing *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraph 53). AbbVie also asserts correctness is the applicable standard of review where both the executive and judicial branches of government have concurrent first-instance jurisdiction over a question of legislative interpretation.

[39] In *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283 (*Rogers*), the Supreme Court of Canada held that it would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance (at paragraphs 13–14).

[40] On July 15, 2022, after the parties had presented their arguments in this proceeding, the Supreme Court of Canada issued its decision in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Entertainment Software Association*, 2022 SCC 30. In that ruling, a majority of the Supreme Court (*per* Rowe J.A.) confirmed that concurrent first instance jurisdiction should be recognized as a further category of correctness: when courts and administrative bodies have concurrent first instance jurisdiction over a legal issue in a statute, applying the standard of correctness review to the issue accords with legislative intent and promotes the rule of law (at paragraph 28).

[41] AbbVie says this rationale applies to the scheme of the PM(NOC) Regulations. Because subsection 6(1) confers upon the Court jurisdiction to hear an action, AbbVie says this Court and the Minister have concurrent jurisdiction to determine whether an entity is a “second person” for the purposes of subsection 5(1). I disagree.

[42] In *Teva Canada Limited v. Pfizer Canada Inc.*, 2016 FCA 248, [2017] 3 F.C.R. 80 (*Teva*), the Federal

ministre au terme « une autre drogue » qui figure au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), parce que « la primauté du droit exige une cohérence et [qu’]une réponse décisive et définitive s’impose » (citant *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), au paragraphe 53). Elle ajoute que la norme de la décision correcte s’applique lorsque le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ont compétence concurrente en première instance sur une question d’interprétation législative.

[39] Dans l’arrêt *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283 (*Rogers*), la Cour suprême du Canada a jugé qu’il serait illogique de contrôler une décision administrative sur un point de droit selon une norme déférente, mais d’examiner *de novo* la décision d’une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d’une action pour violation du droit d’auteur (aux paragraphes 13–14).

[40] Le 15 juillet 2022, après que les parties eurent présenté leurs arguments dans la présente instance, la Cour suprême du Canada a rendu l’arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Entertainment Software Association*, 2022 CSC 30. Dans cette décision, les juges majoritaires (sous la plume du juge Rowe) ont confirmé qu’il convenait de reconnaître une autre catégorie de questions appelant la norme de la décision correcte : lorsque les cours de justice et les organismes administratifs ont compétence concurrente en première instance sur une question de droit dans une loi. Appliquer la norme de la décision correcte à ces questions concorde avec l’intention du législateur et favorise la primauté du droit (au paragraphe 28).

[41] AbbVie affirme que ce raisonnement s’applique au régime établi par le Règlement sur les MB (AC). Comme le paragraphe 6(1) donne à la Cour compétence pour instruire une action, AbbVie affirme que la Cour et le ministre ont compétence concurrente pour déterminer si une entité est une « seconde personne » pour les besoins du paragraphe 5(1). Je ne suis pas d’accord.

[42] Dans l’arrêt *Teva Canada Limited c. Pfizer Canada Inc.*, 2016 CAF 248, [2017] 3 R.C.F. 80 (*Teva*), la Cour

Court of Appeal found that *Rogers* had no application in a case where the Minister has “exclusive jurisdiction to decide whether a drug submission filed by a second person makes a comparison with a Canadian reference product so as to require the second person to address a patent listed on the Patent Register” (at paragraph 55). As the Federal Court of Appeal explained at paragraphs 56 and 57 (*per Dawson J.A.*):

Aside from the Court’s potential role on an application for judicial review of a ministerial decision made under section 5, the [*PM(NOC) Regulations*] provide a role for the Court as a first instance decision maker only under section 6: where a first person has initiated an application for prohibition it is for the Court to determine whether the allegations contained in a second person’s notice of allegation are justified. On an application for prohibition, the Court does not consider whether section 5 ought to have been triggered in the first place. It follows that in a prohibition application there is no possibility of conflicting interpretations between the Minister and the Court with respect to whether section 5 was triggered.

In my view, the question of whether a drug submission triggers section 5 of the [*PM(NOC) Regulations*] is a question of mixed fact and law. It is well settled that reasonableness is the standard of review to be applied to such questions.

[43] *Teva* squarely rejects AbbVie’s reading of the PM(NOC) Regulations as conferring concurrent jurisdiction on the executive and judicial branches with respect to whether subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations applies in a particular case. AbbVie has failed to rebut the presumption in *Vavilov* that reasonableness applies to judicial review of the administrative decisions at issue in this case.

[44] The Minister’s decisions are therefore subject to review by this Court against the standard of reasonableness. The Court will intervene only if “there are sufficiently serious shortcomings in the decision such that it cannot be said to exhibit the requisite degree of justification, intelligibility and transparency” (*Vavilov*, at paragraph 100).

[45] The Court must consider both the outcome of the administrative decision and its underlying rationale

d’appel fédérale a conclu que l’arrêt *Rogers* ne s’appliquait pas dans le cas où le ministre a « la compétence exclusive de décider si une présentation de drogue déposée par une seconde personne établit une comparaison avec un produit de référence canadien, de sorte que la seconde personne doit traiter d’un brevet inscrit au registre des brevets » (au paragraphe 55). Comme elle l’a expliqué aux paragraphes 56 et 57 de ses motifs (la juge Dawson) :

Sauf pour le rôle éventuel de la Cour lors d’une demande de contrôle judiciaire d’une décision ministérielle prise en vertu de l’article 5, le Règlement AC prévoit que la Cour ne joue le rôle de décideur de première instance qu’en vertu de l’article 6, c’est-à-dire que lorsqu’une première personne a déposé une demande d’interdiction, c’est à la Cour de décider si les allégations figurant dans l’avis d’allégation de la seconde personne sont fondées. La Cour saisie d’une demande d’interdiction n’examine pas si l’application de l’article 5 aurait dû, au départ, être déclenchée. Il s’ensuit que, dans une demande d’interdiction, il est impossible que la question de savoir si l’application de l’article 5 a été déclenchée donne lieu à des interprétations divergentes entre le ministre et la Cour.

À mon avis, la question de savoir si une présentation de drogue déclenche l’application de l’article 5 du Règlement AC est une question mixte de fait et de droit. Il est bien établi que la norme de la décision raisonnable est la norme de contrôle applicable à de telles questions.

[43] L’arrêt *Teva* rejette catégoriquement l’interprétation que fait AbbVie du Règlement sur les MB (AC), à savoir qu’il confère aux pouvoirs exécutif et judiciaire compétence concurrente sur la question de savoir si le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) s’applique dans un cas donné. AbbVie n’a pas réussi à réfuter la présomption de l’arrêt *Vavilov* selon laquelle la norme du caractère raisonnable s’applique au contrôle des décisions administratives en litige en l’espèce.

[44] La Cour examinera donc les décisions du ministre en fonction de la norme de la décision raisonnable. Elle n’interviendra que si la décision « souffre de lacunes graves à un point tel qu’on ne peut pas dire qu’elle satisfait aux exigences de justification, d’intelligibilité et de transparence » (*Vavilov*, au paragraphe 100).

[45] La Cour doit tenir compte du résultat de la décision administrative eu égard au raisonnement sous-jacent

(*Vavilov*, at paragraph 15). The criteria of “justification, intelligibility and transparency” are met if the reasons allow the Court to understand why the decision was made, and determine whether it falls within the range of acceptable outcomes defensible in respect of the facts and law (*Vavilov*, at paragraphs 85–86).

[46] Courts must pay respectful attention to the decision maker’s reasons, acknowledging the specialized expertise of administrative decision makers, and must be cautious not to substitute their own views of the proper outcome (*Vavilov*, at paragraphs 75 and 83). When conducting reasonableness review of a decision maker’s interpretation of a statute or regulation, the Court does not undertake a *de novo* analysis. Rather, courts are to assume that those who interpret the law, whether courts or administrative decision makers, will do so in a manner consistent with the modern principles of statutory interpretation (*Vavilov*, at paragraphs 116–118).

B. *Was the Minister’s determination that JAMP was not a “second person” for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations reasonable?*

[47] AbbVie takes issue with the Minister’s finding that the term “another drug” in subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations is confined to the RBDs identified by the BRDD, and that the RBDs must have an identical dosage form, strength, and route of administration. AbbVie notes that the text of subsection 5(1) does not define “another drug”, or limit it to a DIN-specific presentation.

[48] AbbVie says there are numerous instances where the PM(NOC) Regulations do refer explicitly to DINs, and argues that the absence of a similarly explicit reference in subsection 5(1) is a strong signal that “another drug” for the purposes of that provision need not be DIN-specific. According to AbbVie, the text of subsection 5(1) is broader, and is intended to capture all manner of comparison to a drug that is approved for marketing in Canada by way of NOC, whether “direct”, “indirect”; or even by

à celle-ci (*Vavilov*, au paragraphe 15). Les critères « de justification, d’intelligibilité et de transparence » sont respectés si les motifs permettent à la Cour de comprendre le raisonnement qui sous-tend la décision, et de déterminer si la décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit (*Vavilov*, aux paragraphes 85–86).

[46] La Cour doit accorder une attention respectueuse aux motifs du décideur et reconnaître l’expertise spécialisée de ce dernier. Elle doit en outre se garder de substituer sa propre opinion à celle du décideur quant au résultat approprié (*Vavilov*, aux paragraphes 75 et 83). Lorsqu’elle examine l’interprétation qu’un décideur administratif a donnée à une loi ou à un règlement, selon la norme de la décision raisonnable, la Cour ne procède pas à une analyse *de novo*. Elle doit plutôt tenir pour acquis que les instances chargées d’interpréter la loi, qu’il s’agisse des cours de justice ou des décideurs administratifs, effectueront cet exercice conformément aux principes modernes d’interprétation des lois (*Vavilov*, aux paragraphes 116–118).

B. *La décision du ministre selon laquelle JAMP n’est pas une « seconde personne » pour l’application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) était-elle raisonnable?*

[47] AbbVie conteste la conclusion du ministre selon laquelle le terme « une autre drogue », au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), se limite aux MBR recensés par la DMBR, et que les MBR doivent avoir une forme posologique, une concentration et une voie d’administration identiques. Elle souligne que le paragraphe 5(1) ne définit pas le terme « une autre drogue », non plus qu’il ne limite son application à une présentation qui a son propre DIN.

[48] AbbVie affirme que les cas où le Règlement sur les MB (AC) renvoie explicitement au DIN sont nombreux, et elle soutient que l’absence d’un tel renvoi explicite au paragraphe 5(1) signifie clairement que, pour l’application de cette disposition, l’« autre drogue » n’a pas besoin d’être associée à un DIN qui lui est propre. Selon AbbVie, le libellé du paragraphe 5(1) est général et vise à englober toutes les formes de comparaison avec un médicament dont la mise en marché au Canada est approuvée au

way of “reference” where the first person’s NOC is one in respect of which a patent list has been filed.

[49] The Minister maintains that subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations applies only where a manufacturer files a submission for an NOC that (1) directly or indirectly compares its drug, or makes reference to “another drug”, (2) that other drug is marketed in Canada under an NOC issued to a first person, and (3) that other drug is a drug in respect of which the first person has submitted a patent list. The Minister found that JAMP was not a second person under subsection 5(1) for the simple reason that AbbVie was not marketing in Canada the HUMIRA drugs that JAMP relied on for its NDS.

[50] JAMP agrees that the Minister’s analysis was reasonable, noting that patent listing under subsection 4(1) of the PM(NOC) Regulations is DIN-specific. The patent list must identify, among other things, the “medicinal ingredient, brand name, dosage form [and] strength ... to which the list relates” [at paragraph 4(4)(b)]. JAMP submits sections 4 and 5 of the PM(NOC) Regulations are reciprocal in nature, as section 4 sets up the patent list that the second person must circumnavigate (citing *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Bristol-Myers*), at paragraph 61 and *Teva*, at paragraphs 82–83).

[51] According to the Minister’s decision respecting JAMP’s status as a second person (at paragraphs 14–16):

The suitability of a RBD is key to the authorization of a biosimilar drug. “Reference biologic drug” (i.e. RBD) is not defined in the *Food and Drugs Act* or in the FDR, but it is defined in section 1.4 of the BRDD’s Biosimilar Guidance as follows:

moyen d’un AC, qu’il s’agisse d’une comparaison « directe », « indirecte » ou même d’un « renvoi » lorsque l’AC accordé à la première personne en est un à l’égard duquel une liste de brevets a été déposée.

[49] Le ministre soutient que le paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) ne s’applique que lorsqu’un fabricant dépose une demande d’AC 1) qui compare directement ou indirectement son médicament à « une autre drogue », ou y fait renvoi, 2) que cette autre drogue est commercialisée sur le marché canadien aux termes d’un AC délivré à une première personne, et 3) que cette autre drogue est un médicament à l’égard duquel la première personne a présenté une liste de brevets. Le ministre a conclu que JAMP n’était pas une seconde personne pour les besoins du paragraphe 5(1) pour la simple raison qu’AbbVie ne commercialisait pas sur le marché canadien les médicaments HUMIRA sur lesquels était fondée la PDN de JAMP.

[50] JAMP convient que l’analyse du ministre était raisonnable, et elle souligne que les brevets de la liste visée au paragraphe 4(1) du Règlement sur les MB (AC) doivent avoir leur propre DIN. La liste de brevets doit mentionner, entre autres, « l’ingrédient médicinal, la marque nominative, la forme posologique [et] la concentration [...] qui s’y rattachent » [à l’alinéa 4(4)b)]. JAMP soutient que les articles 4 et 5 du Règlement sur les MB (AC) sont réciproques par nature en ce que l’article 4 crée la liste de brevets que doit contourner la seconde personne (citant *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 (*Bristol-Myers*), au paragraphe 61, et *Teva*, aux paragraphes 82–83).

[51] Selon la décision du ministre concernant le statut de JAMP en tant que seconde personne (aux paragraphes 14–16) :

[TRADUCTION] La convenance d’un MBR est un élément essentiel de l’autorisation accordée à l’égard d’un médicament biosimilaire. L’expression « médicament biologique de référence » (c.-à-d. MBR) n’est pas définie dans la *Loi sur les aliments et drogues* ou dans le *Règlement sur les aliments et drogues*, mais elle est définie à la section 1.4 des Lignes directrices relatives aux médicaments biosimilaires de la DMBR :

Reference biologic drug (Médicament biologique de référence)

A biologic drug authorized on the basis of a complete quality, non-clinical, and clinical data package, to which a biosimilar is compared to demonstrate similarity.

The Biosimilar Guidance describes the requirements for the selection of a “Reference biologic drug” (i.e. RBD) at section 2.1.3 as follows:

2.1.3 Reference biologic drug

A biosimilar [drug] must be subsequent to a biologic drug that is authorized in Canada and to which a reference is made. Sponsors may use a non-Canadian sourced version as a proxy for the Canadian drug in the comparative studies.

The onus is on the sponsor to demonstrate that the chosen reference biologic drug is suitable to support the submission. The sponsor should consult with the [Biologic and Radiopharmaceutical Drugs Directorate] early in the drug development process to ensure the suitability of the reference biologic drug.

The following should be considered when selecting a reference biologic drug:

- **The dosage form(s), strength(s), and route(s) of administration of the biosimilar [drug] should be the same as that of the reference biologic drug.**

...

- **The active substances (medicinal ingredients) of the biosimilar [drug] and the reference biologic drug must be shown to be similar.**

[Emphasis added]

Therefore, the Biosimilar Guidance specifies that the dosage form(s), strength(s), and route(s) of administration of the biosimilar drug should be the same as that of the RBD, and that the active substances (medicinal ingredients) of the biosimilar drug and the RBD must be shown to be similar.

Médicament biologique de référence (Reference biologic drug)

Médicament biologique autorisé après l'examen d'un ensemble complet de données cliniques, non cliniques et sur la qualité auquel un médicament biosimilaire est comparé dans le cadre d'études visant à démontrer sa similarité.

Les exigences relatives à la sélection d'un « médicament biologique de référence » (MBR) se trouvent à la section 2.1.3 :

2.1.3 Médicament biologique de référence

Un médicament biosimilaire doit être ultérieur à un médicament biologique qui est autorisé au Canada et auquel il est fait référence. Les promoteurs peuvent utiliser une version source non canadienne comme substitut du médicament canadien dans les études comparatives.

Il revient au promoteur de démontrer que le médicament biologique de référence choisi est adéquat pour appuyer la présentation. Le promoteur devrait consulter la DPBTG au début du processus de développement du médicament pour s'assurer de la convenance du médicament biologique de référence.

Les points suivants devraient être pris en compte au moment de choisir un médicament biologique de référence :

- **Les formes posologiques, dosages et voies d'administration du médicament biosimilaire devraient être identiques à ceux du médicament biologique de référence.**

[...]

- **L'ingrédient actif (ingrédient médicamenteux) du médicament biologique de référence et celui du médicament biosimilaire doivent être similaires.**

[Non souligné dans l'original]

Par conséquent, les Lignes directrices relatives aux médicaments biosimilaires précisent que les formes posologiques, les dosages et les voies d'administration du médicament biosimilaire doivent être identiques à ceux du MBR, et que les substances actives (ingrédients médicinaux) du médicament biosimilaire et du MBR doivent être similaires.

[52] The Minister noted in paragraph 18 of the decision that “[a] DIN is assigned to each drug approved to be marketed in Canada and uniquely identifies the following characteristics: brand name; manufacturer (that is, vendor and/or sponsor); medicinal ingredient(s); strength of the medicinal ingredient(s); pharmaceutical dosage form (for example, tablet or solution); and the route of administration”. The Minister held that, in order to obtain approval in Canada, it was necessary for SIMLANDI to be subsequent to a biologic drug that was authorized in Canada and to which a reference was made. The dosage form(s), strength(s), and route(s) of administration of SIMLANDI should be the same as those of the RBD. Furthermore, the adalimumab contained in SIMLANDI must be shown to be similar to that of the RBD.

[53] In correspondence dated July 21, 2021, the BRDD identified the following RBDs for the JAMP Presentations:

JAMP Presentation	Reference Biologic Drug
SIMLANDI, adalimumab, 40 mg in 0.4 mL sterile solution (100 mg/mL), subcutaneous injection, pre-filled syringe	HUMIRA, adalimumab, DIN 02458349, 40 mg in 0.4 mL sterile solution (100 mg/mL), subcutaneous injection, pre-filled syringe
SIMLANDI, adalimumab, 40 mg in 0.4 mL sterile solution (100 mg/mL), subcutaneous injection, autoinjector	HUMIRA, adalimumab, DIN 02458357, 40 mg in 0.4 mL sterile solution (100 mg/mL), subcutaneous injection, pre-filled pen
SIMLANDI, adalimumab, 80 mg in 0.8 mL sterile solution (100 mg/mL), subcutaneous injection, pre-filled syringe	HUMIRA, adalimumab, DIN 02466872, 80 mg in 0.8 mL sterile solution (100 mg/mL), subcutaneous injection, pre-filled syringe

[54] AbbVie says the Minister “misread” the correspondence from the BRDD. The BRDD stated that

[52] Le ministre a indiqué au paragraphe 18 de sa décision [TRADUCTION] « [qu]un DIN est attribué à chaque médicament dont la commercialisation sur le marché canadien est approuvée, et il est associé exclusivement aux caractéristiques suivantes : la marque nominative; le fabricant (c’est-à-dire le vendeur ou le promoteur); l’ingrédient médicinal; la concentration de l’ingrédient médicinal; la forme pharmaceutique (par exemple, comprimé ou solution); et la voie d’administration ». Le ministre a estimé que, pour pouvoir être approuvé au Canada, le médicament SIMLANDI devait être ultérieur au médicament biologique autorisé au Canada auquel il était fait référence. Les formes posologiques, les concentrations et les voies d’administration de SIMLANDI devaient être identiques à celles du MBR. En outre, il fallait démontrer que l’adalimumab contenu dans SIMLANDI était le même que dans le MBR.

[53] Dans une lettre du 21 juillet 2021, la DMBR a recensé les MBR pour les présentations de JAMP :

Forme de JAMP	Médicament biologique de référence
SIMLANDI, adalimumab, 40 mg dans 0,4 ml de solution stérile (100 mg/ml), injection sous-cutanée, seringue préremplie	HUMIRA, adalimumab, DIN 02458349, 40 mg dans 0,4 ml de solution stérile (100 mg/ml), injection sous-cutanée, seringue préremplie
SIMLANDI, adalimumab, 40 mg dans 0,4 ml de solution stérile (100 mg/ml), injection sous-cutanée, auto-injecteur	HUMIRA, adalimumab, DIN 02458357, 40 mg dans 0,4 ml de solution stérile (100 mg/ml), injection sous-cutanée, stylo prérempli
SIMLANDI, adalimumab, 80 mg dans 0,8 ml de solution stérile (100 mg/ml), injection sous-cutanée, seringue préremplie	HUMIRA, adalimumab, DIN 02466872, 80 mg dans 0,8 ml de solution stérile (100 mg/ml), injection sous-cutanée, seringue préremplie

[54] AbbVie affirme que le ministre a [TRADUCTION] « mal interprété » la lettre de la DMBR. La DMBR a dit

the 40 mg/0.4 mL and 80mg/0.8 mL presentations of HUMIRA that are authorized in Canada “can serve” as reference products for SIMLANDI, not that they must. AbbVie therefore maintains that the BRDD expressed no view on whether the 20 mg/0.2 mL high-concentration presentation or the original 50 mg/mL concentration of HUMIRA could also serve as the RBD.

[55] There is no merit to this argument. The BRDD identified only three RBDs for the JAMP Presentations. There was no basis upon which the Minister could have expanded the RBDs to encompass presentations of HUMIRA beyond those identified by the BRDD. The identification of RBDs is a role performed on behalf of the Minister exclusively by the BRDD.

[56] Furthermore, the BRDD was clear in its correspondence that it was responding to an inquiry “as to what is the reference biologic drug” for the JAMP Presentations. The BRDD confirmed that “the dosage form(s), strength(s), and route(s) of administration of SIMLANDI should be the same as that of the reference biologic drug”.

[57] AbbVie conceded that the HUMIRA 40 mg/0.4mL pre-filled syringe (DIN 02458349) and 40 mg/0.4 mL pre-filled pen (DIN 02458357) were “Dormant Products”, and the HUMIRA 80 mg/0.8 mL pre-filled syringe (DIN 02466872) was an “Approved Product”, but not a “Marketed Product”. This was consistent with information contained in Health Canada’s records. The Minister reasonably concluded that these HUMIRA presentations were not marketed in Canada at the time JAMP filed its NDS for the SIMLANDI Presentations.

[58] The Minister found product specificity was a key consideration in the application of the listing requirements under section 4 of the PM(NOC) Regulations (at paragraph 45):

More specifically, under subsection 4(2) of the *PM(NOC) Regulations*, a patent on a patent list will only be eligible

que les présentations de 40 mg/0,4 ml et de 80 mg/0,8 ml d’HUMIRA autorisées au Canada [TRADUCTION] « peuvent servir » de produits de référence pour le médicament SIMLANDI, et non qu’elles doivent servir à cette fin. AbbVie soutient donc que la DMBR n’a exprimé aucune opinion sur la question de savoir si la présentation à haute concentration de 20 mg/0,2 ml ou celle à la concentration d’origine de 50 mg/ml d’HUMIRA pouvaient également servir de MBR.

[55] Cet argument n’est pas fondé. La DMBR n’a recensé que trois MBR pour les présentations de JAMP. Rien ne permettait au ministre d’allonger la liste des MBR afin d’englober d’autres présentations d’HUMIRA que celles recensées par le DMBR. Recenser les MBR est une tâche qu’il appartient exclusivement à la DMBR de faire, au nom du ministre.

[56] En outre, la DMBR a dit clairement dans sa lettre qu’elle répondait à une demande de renseignements [TRADUCTION] « sur le médicament biologique de référence » utilisé à l’égard des présentations de JAMP. Elle a confirmé que [TRADUCTION] « les formes posologiques, concentrations et voies d’administration de SIMLANDI devraient être identiques à celles du médicament biologique de référence ».

[57] AbbVie a admis que la seringue préremplie de 40 mg/0,4 ml (DIN 02458349) et le stylo prérempli de 40 mg/0,4 ml (DIN 02458357) d’HUMIRA étaient des « produits dormants » et que la seringue préremplie de 80 mg/0,8 ml d’HUMIRA (DIN 02466872) était un « produit approuvé », mais pas un « produit commercialisé », ce qui correspond aux renseignements contenus dans les dossiers de Santé Canada. Le ministre a raisonnablement conclu que ces présentations d’HUMIRA n’étaient pas commercialisées sur le marché canadien au moment où JAMP a déposé sa PDN à l’égard de SIMLANDI.

[58] Le ministre a conclu que la spécificité du produit était le principal élément à considérer dans l’application des conditions d’inscription prévues à l’article 4 du Règlement sur les MB (AC) (au paragraphe 45) :

[TRADUCTION] Plus précisément, selon le paragraphe 4(2) du Règlement sur les MB(AC), le brevet qui est inscrit

to be added to the Patent Register if the patent contains a claim for the medicinal ingredient, a claim for the formulation, a claim for the dosage form, or a claim for the use of the medicinal ingredient, and the medicinal ingredient, formulation, dosage form, or use (as applicable) has been approved through the issuance of a notice of compliance in respect of the submission.

[59] The Minister observed that subsection 4(4) of the PM(NOC) Regulations requires the patent list to contain, among other things, the patent, the drug submission, and, under paragraph 4(4)(b), “the medicinal ingredient, brand name, dosage form, strength, route of administration and use set out in the new drug submission or the supplement to a new drug submission to which the list relates” (at paragraph 46). The Minister took this to mean that the patent list must contain a description of the drug at a DIN-specific level.

[60] The Minister found that the reference in subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations to “indirect” comparison did not expand the scope of the drugs for which a second person must address the patents listed on the Patent Register beyond the DIN-specific “another drug”. Citing Justice Nicholas McHaffie’s decision in *Natco Pharma (Canada) Inc. v. Canada (Health)*, 2020 FC 788, [2021] 1 F.C.R. D-2, the Minister held at paragraph 54 of the decision that the “indirect” language was to capture a situation where a generic company seeks to compare its product to another generic drug, rather than to the original innovative drug.

[61] The Minister concluded that a drug that is not marketed is not eligible for the protections under the PM(NOC) Regulations, given the explicit marketing requirement under subsection 5(1): “When considering whether the ‘another drug’ is ‘marketed in Canada,’ the ‘another drug’ will not be considered to be marketed where it has not been made available for sale (i.e. it is approved but the innovative drug manufacturer is not making it available for sale in Canada) or where it has been withdrawn from the market and the DIN is dormant or cancelled” (at paragraph 57).

sur une liste de brevets n’est admissible à l’adjonction au registre que s’il contient une revendication de l’ingrédient médicinal, une revendication de la formulation contenant l’ingrédient médicinal, une revendication de la forme posologique ou une revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal, et que l’ingrédient médicinal, la formulation, la forme posologique ou l’utilisation (selon le cas) ont été approuvés par la délivrance d’un avis de conformité à l’égard de la demande d’enregistrement.

[59] Le ministre a fait observer que, selon le paragraphe 4(4) du Règlement sur les MB (AC), la liste de brevets doit contenir, entre autres, le brevet, la présentation de drogue, et, selon l’alinéa 4(4)b), « l’ingrédient médicinal, la marque nominative, la forme posologique, la concentration, la voie d’administration et l’utilisation prévus à la présentation ou au supplément qui s’y rattachent » (au paragraphe 46). Le ministre a considéré que cela signifiait que la liste de brevets devait contenir une description du médicament qui correspond à celle en fonction de laquelle le DIN a été attribué.

[60] Le ministre a conclu que le terme comparaison « indirecte », au paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), n’avait pas pour effet d’élargir l’éventail des médicaments pour lesquels la seconde personne doit se reporter aux brevets inscrits au registre, au-delà de l’« autre drogue » associée à un DIN. Citant la décision du juge Nicholas McHaffie, *Natco Pharma (Canada) Inc. c. Canada (Santé)*, 2020 CF 788, [2021] 1 R.C.F. F-2, le ministre a déclaré, au paragraphe 54 de la décision, que le terme « indirecte » visait à englober le cas où un fabricant de médicaments génériques cherche à comparer son produit à une autre drogue générique plutôt qu’à la drogue innovante d’origine.

[61] Le ministre a conclu qu’un médicament qui n’est pas commercialisé ne peut bénéficier des protections prévues par le Règlement sur les MB (AC), étant donné la condition expresse prévue au paragraphe 5(1) : [TRADUCTION] « Pour déterminer si elle est “commercialisée au Canada”, l’“autre drogue” ne sera pas considérée comme étant commercialisée si elle n’est pas mise en vente (c’est-à-dire si la drogue nouvelle est approuvée, mais que son fabricant ne la met pas en vente au Canada) ou si elle a été retirée du marché et que le DIN est “dormant” ou annulé » (au paragraphe 57).

[62] The marketing condition is included to ensure that the advantages of the PM(NOC) Regulations are not conferred on patent holders whose products are, for whatever reason, not generally available to consumers (*AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FCA 189, [2006] 1 F.C.R. 297, at paragraph 81 (*per* Sharlow J.A., dissenting, but affirmed by the Supreme Court of Canada in *AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560, at paragraph 3)). The general policy behind the marketing condition is that a patent holder who obtains an NOC, but does not use it, should not be entitled to rely on that NOC to obtain collateral advantages because of the PM(NOC) Regulations. This tends to support a narrow interpretation of subsection 5(1).

[63] AbbVie's various arguments in opposition to the Minister's interpretation of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations were comprehensively addressed in the Minister's decision. Suffice it to say that the Minister's reasons allow the Court to understand why the decision was made, and to conclude that it falls within the range of acceptable outcomes defensible in respect of the facts and law. This includes the Minister's consideration of Canada's obligations under Article 20.50 of the *Canada-United States-Mexico Agreement*¹, the requirements of procedural fairness, and the doctrine of *functus officio*, none of which figured prominently in the parties' submissions before this Court.

[64] Despite the Minister's statement that "the approval of both generic drugs and biosimilars are based on approved reference products [RBDs and CRPs] sharing the same strength and dosage form", AbbVie insists that an RBD is not analogous to a CRP. However, the Minister said only that "the requirements for the

[62] Si cette condition relative à la commercialisation existe, c'est pour s'assurer que les avantages du Règlement sur les MB (AC) ne soient pas conférés aux titulaires de brevet dont les produits, pour un motif quelconque, ne sont généralement pas offerts aux consommateurs (*AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CAF 189, [2006] 1 R.C.F. 297, au paragraphe 81 (la juge Sharlow, dissidente, mais dont les motifs ont été confirmés par la Cour Suprême du Canada dans l'arrêt *AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560, au paragraphe 3)). Le principe général qui sous-tend cette condition de commercialisation est que le titulaire de brevet qui obtient un AC, mais qui ne s'en prévaut pas, ne devrait pas pouvoir bénéficier des avantages accessoires que lui procure cet AC en raison du Règlement sur les MB (AC), ce qui tend à confirmer qu'il convient de donner au paragraphe 5(1) une interprétation étroite.

[63] Les divers arguments qu'AbbVie a soulevés à l'encontre de l'interprétation qu'a faite le ministre du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC) sont examinés en détail dans la décision du ministre. Il suffit de dire que les motifs du ministre permettent à la Cour de comprendre pourquoi cette décision a été rendue et de conclure qu'elle appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit, notamment en raison du fait que le ministre a tenu compte des obligations qu'impose au Canada l'article 20.50 de l'*Accord Canada-États-Unis-Mexique*¹, des exigences de l'équité procédurale et de la règle du *functus officio*, ce dont les parties n'ont guère parlé dans les observations qu'elles ont présentées à la Cour.

[64] Bien que le ministre ait dit que [TRADUCTION] « l'approbation des médicaments génériques et des médicaments biosimilaires est fondée sur des produits de référence approuvés [MBR et PRC] qui ont le même dosage et la même forme posologique », AbbVie persiste à dire qu'un MBR n'est pas comparable à un PRC.

¹ Protocol replacing the North American Free Trade Agreement with the Agreement between Canada, the United States of America, and the United Mexican States, July 1, 2020, [2020] Can. T.S. No. 5, as amended by the Protocol of Amendment to the Agreement Between the United States of America, the United Mexican States, and Canada, July 1, 2020, [2020] Can. T.S. No. 6.

¹ Protocole visant à remplacer l'Accord de libre-échange nord-américain par l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains, 1^{er} juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 5, tel que modifié par le Protocole d'amendement de l'Accord entre le Canada, les États-Unis d'Amérique et les États-Unis mexicains, 1^{er} juillet 2020, [2020] R.T. Can. n° 6.

selection of a RBD for a biosimilar, i.e. with respect to dosage form(s), strength(s), and route(s) of administration, are intentionally consistent with those for the selection of a CRP under the ANDS provisions ...”. (Emphasis added.)

[65] The RBD for a biosimilar does not share the legislated requirements applicable to CRPs for generic small-molecules. Unlike the RBD for a biosimilar, the CRP for a generic drug is required by the *Food and Drug Regulations* to “contain identical amounts of the identical medicinal ingredients, in a comparable dosage form” [at section C.08.001.1, “pharmaceutical equivalent”]. However, this does not preclude the Minister from recognizing a functional equivalence between RBDs and CRPs.

[66] AbbVie notes that the Minister’s guidance document, “Information and Submission Requirements for Biosimilar Biologic Drugs”, requires the active substances or medicinal ingredients of the biosimilar and RBD to be similar, not identical. But according to the document [at page 6], dosage form, strength and routes of administration of a biosimilar “should be the same” as the RBD. Even if “should” is understood to be discretionary rather than mandatory, the Minister cannot be faulted for following the recommendation contained in his own guidance document.

[67] AbbVie complains that a narrow interpretation of “another drug” creates a loophole to circumvent the application of the PM(NOC) Regulations. It allows JAMP to abuse the early-working exception and rely on the data package prepared by AbbVie after considerable research, development and expense. According to AbbVie, this frustrates the purpose of the *Patent Act* by disincentivizing new and improved presentations being brought to market.

Cependant, le ministre a seulement dit que [TRADUCTION] « les exigences liées à la sélection d’un MBR pour un médicament biosimilaire, c’est-à-dire concernant les formes posologiques, les dosages et les voies d’administration, sont intentionnellement cohérentes avec celles liées à la sélection d’un PRC que prévoient les dispositions portant sur la présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) ... ». (Non souligné dans l’original.)

[65] Le MBR d’un médicament biosimilaire n’est pas soumis aux conditions légales applicables aux PRC pour les petites molécules génériques. Contrairement au MBR d’un médicament biosimilaire, le PRC d’un médicament générique doit contenir, selon le *Règlement sur les aliments et drogues*, « les mêmes quantités d’ingrédients médicinaux identiques, sous des formes posologiques comparables » [à l’article C.08.001.1, « équivalent pharmaceutique »]. Toutefois, cela n’empêche pas le ministre de reconnaître qu’il existe une équivalence fonctionnelle entre les MBR et les PRC.

[66] AbbVie fait valoir que les lignes directrices « Exigences en matière de renseignements et de présentation relatives aux médicaments biologiques biosimilaires » exigent que l’ingrédient actif, ou l’ingrédient médicamenteux, du médicament biosimilaire et celui du MBR soient similaires, et non pas identiques. Mais il y est aussi prévu [à la page 6] que les formes posologiques, les dosages et les voies d’administration du médicament biosimilaire « devraient être identiques » à ceux du MBR. Même si le terme « devraient » est considéré comme discrétionnaire plutôt qu’impératif, on ne peut reprocher au ministre d’avoir suivi la recommandation contenue dans ses propres Lignes directrices.

[67] AbbVie soutient qu’une interprétation étroite du terme « une autre drogue » crée une faille qui permet d’échapper à l’application du Règlement sur les MB (AC). JAMP peut ainsi abuser de l’exception relative aux travaux préalables et s’appuyer sur l’ensemble des données qu’AbbVie a préparées après avoir investi considérablement dans la recherche et le développement. Selon AbbVie, cela n’incite guère à mettre en marché des présentations nouvelles et améliorées, ce qui va à l’encontre de l’objet de la *Loi sur les brevets*.

[68] However, this argument ignores the clear language in subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations. The enforcement mechanism of the PM(NOC) Regulations is only available to an innovator that markets its innovative drug in Canada.

[69] Patent listing under subsection 4(1) of the PM(NOC) Regulations is DIN-specific. This matters, because sections 4 and 5 are reciprocal in nature: section 4 establishes the patent list a second person must circumnavigate (*Bristol-Myers*, at paragraph 61).

[70] AbbVie has not demonstrated that the Minister's decision to treat RBDs and CRPs as performing an "equivalent role" is unreasonable. The Minister's guidance document [at page 5] confirms that biosimilars are "subject to existing laws and regulations outlined in the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* and C.08.004.1 of the *Food and Drug Regulations*".

[71] In this case, the BRDD was able to identify biological drugs that were authorized in Canada that had the same dosage forms, strengths and routes of administration and active ingredient as the JAMP Presentations. There was no need for flexibility on the part of the Minister in selecting the RBDs.

[72] I therefore conclude that the Minister's interpretation of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations as applying only to a DIN-specific version of a drug that is marketed in Canada was reasonable, particularly considering the statutory objective of providing a patent enforcement mechanism only in relation to products that are in fact available to Canadians. AbbVie's alternative interpretation, assuming without deciding that it is tenable, falls short of demonstrating that the Minister's application of the guidance document was outside the range of acceptable, defensible outcomes.

[73] In *Elanco v. Canada (Attorney General)*, 2019 FC 5, Justice Roger Lafrenière observed that the PM(NOC)

[68] Toutefois, cet argument ne tient pas compte du libellé clair du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC). Le mécanisme d'application du Règlement sur les MB (AC) ne s'applique qu'à l'innovateur qui commercialise sa drogue innovante au Canada.

[69] La liste des brevets établie au titre du paragraphe 4(1) du Règlement sur les MB (AC) doit préciser le DIN propre à chaque brevet. Cela est important, car les articles 4 et 5 sont réciproques par nature : l'article 4 crée la liste de brevets que doit contourner la seconde personne (*Bristol-Myers*, au paragraphe 61).

[70] AbbVie n'a pas démontré que la décision du ministre de traiter les MBR et les PRC comme s'ils jouaient un « rôle équivalent » est déraisonnable. Les lignes directrices du ministre confirment que les médicaments biosimilaires sont « assujettis aux lois et règlements en vigueur qui sont décrits dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* [et] à l'article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* ».

[71] En l'espèce, la DMBR a pu recenser des médicaments biologiques autorisés au Canada dont les formes posologiques, les dosages, les voies d'administration et l'ingrédient actif étaient identiques à ceux des présentations de JAMP. Le ministre n'a pas eu besoin de faire preuve de souplesse dans la sélection des MBR.

[72] Je conclus donc que l'interprétation qu'a donnée le ministre du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC), à savoir qu'il ne s'applique qu'à la version d'un médicament à laquelle on a attribué un numéro d'identification de drogue (DIN) et qui est commercialisée au Canada était raisonnable, d'autant plus que l'objectif de la loi est de créer un mécanisme d'application des droits conférés par brevet qui ne vise que les produits qui sont en fait offerts aux Canadiens. L'autre interprétation proposée par AbbVie, à supposer, sans en décider, qu'elle soit défendable, ne permet pas de démontrer que la façon dont le ministre a appliqué les Lignes directrices n'appartient pas aux issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[73] Dans la décision *Elanco c. Canada (Procureur général)*, 2019 CF 5, le juge Roger Lafrenière a fait observer

Regulations are closely connected with the Minister's functions, and the Minister has great expertise in their application and interpretation (at paragraph 43). This is apparent in the lengthy and careful reasoning of the Minister in the decisions challenged in this proceeding.

[74] In light of this conclusion, it is unnecessary to address JAMP's objection that AbbVie's argument respecting JAMP's allegedly improper reliance on AbbVie's data in relation to the original 50 mg/mL concentration has been raised for the first time on judicial review. I agree with JAMP that AbbVie will have the opportunity to address its claims of improper "early working" in its patent infringement actions.

C. Was the Minister's decision to issue NOCs to JAMP for its SIMLANDI Presentations reasonable?

[75] AbbVie challenges the Minister's decision to issue an NOC to JAMP solely on the basis that the Minister unreasonably found JAMP not to be a "second person" for the purposes of subsection 5(1) of the PM(NOC) Regulations. I have concluded that the Minister's decision in this respect was reasonable, and AbbVie's application for judicial review of the Minister's issuance of an NOC to JAMP must therefore be dismissed.

V. Conclusion

[76] The applications for judicial review are dismissed with costs.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the applications for judicial review are dismissed with costs.

que le Règlement sur les MB (AC) est étroitement lié aux fonctions du ministre et que ce dernier possède une grande expertise dans son application et son interprétation (au paragraphe 43). C'est ce qui ressort du long et minutieux raisonnement que le ministre a adopté dans les décisions contestées en l'espèce.

[74] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner l'objection de JAMP qui a fait valoir que l'argument d'AbbVie, selon lequel JAMP se serait fondée à tort sur les données d'AbbVie quant à la concentration d'origine de 50 mg/ml, aurait été soulevé pour la première fois au cours du contrôle judiciaire. Je suis d'accord avec JAMP pour dire qu'AbbVie aura l'occasion d'expliquer ses allégations de « travaux préliminaires » inappropriés dans le cadre de ses actions en contrefaçon de brevet.

C. La décision du ministre de délivrer des AC à JAMP pour ses présentations de SIMLANDI était-elle raisonnable?

[75] AbbVie conteste la décision du ministre de délivrer un AC à JAMP au seul motif que le ministre a jugé de manière déraisonnable que JAMP n'était pas une « seconde personne » pour l'application du paragraphe 5(1) du Règlement sur les MB (AC). J'ai conclu que la décision du ministre à cet égard était raisonnable, et la demande de contrôle judiciaire d'AbbVie concernant la délivrance par le ministre d'un AC à JAMP doit donc être rejetée.

V. Conclusion

[76] Les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées avec dépens.

JUGEMENT

LA COUR REJETTE les demandes de contrôle judiciaire avec dépens.

A-246-20
2022 FCA 126

A-246-20
2022 CAF 126

Ryan Edmond Soulliere (*Appellant*)

Ryan Edmond Soulliere (*appelant*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: SOULLIERE v. CANADA

RÉPERTOIRÉ : SOULLIERE c. CANADA

Federal Court of Appeal, Gleason, Rivoalen and Monaghan J.J.A.—Toronto, April 26; Ottawa, July 7, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Gleason, Rivoalen et Monaghan, J.C.A. —Toronto, 26 avril; Ottawa, 7 juillet 2022.

Income Tax — Administration and Enforcement — Appeal from Tax Court of Canada decision upholding assessments against appellant as director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010) for unremitted income tax source deductions, levied under Income Tax Act (ITA), s. 227.1, unremitted net GST/HST, levied under Excise Tax Act (ETA), s. 323 — Metro 2010 incorporated under Ontario Business Corporations Act (OBCA), ran same operations as another family business, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), while Metro Windsor was in receivership — Appellant was also involved in operation of both Metro Windsor, Metro 2010 — Appellant not shareholder of Metro 2010, but was its sole incorporating director — No other directors were ever appointed or elected — After accepting role of incorporating director, appellant resigning as director a few weeks later — Tax Court determining that appellant's resignation not effective by virtue of combined effect of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — Holding that appellant remained director of Metro 2010 after delivery of his letter of resignation — Appellant submitted that Tax Court erred in its interpretation of OBCA, ss. 115(4), 119(2) because deemed director may be said to be "appointed" within meaning of s. 119(2); that accordingly, his resignation was effective when letter tendered — Whether Tax Court erred in interpretation of OBCA — Few cases existing where interplay of OBCA, ss. 115(4), 119(2) examined — Tax Court's interpretation respected ordinary meaning of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — On plain meaning, deeming provision not constituting "election" or "appointment", thus supporting Tax Court's interpretation — Other provisions in OBCA dealing with election, appointment of directors entirely consistent with Tax Court's interpretation — Purpose of provisions examined, which was in particular to improve investor protections — Therefore, text, context, purpose of provisions supported Tax Court's interpretation — Tax Court not erring in rendering decision as it did — Appeal dismissed.

Impôt sur le revenu — Application et exécution — Appel à l'encontre du jugement de la Cour canadienne de l'impôt confirmant les cotisations établies à l'égard de l'appellant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) et de l'article 323 de la Loi sur la taxe d'accise (LTA) — Metro 2010 a été constituée en société sous le régime de la Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario (LSAO), et exerçait essentiellement les mêmes activités qu'une autre entreprise familiale, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), pendant que cette dernière était mise sous séquestre — L'appellant a également participé aux activités de Metro Windsor de même qu'aux activités de Metro 2010 — L'appellant n'était pas actionnaire de Metro 2010, mais il en était le seul administrateur désigné dans les statuts — Aucun autre administrateur n'a été nommé ou élu — Après avoir accepté le rôle d'administrateur désigné, l'appellant a démissionné de son poste d'administrateur quelques semaines plus tard — La Cour de l'impôt a déterminé que la démission de l'appellant n'avait pas pris effet en raison de l'effet conjugué des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — Elle a conclu que l'appellant était demeuré administrateur de Metro 2010 après avoir remis sa lettre de démission — L'appellant a soutenu que la Cour de l'impôt avait commis une erreur dans son interprétation des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO, car un administrateur réputé peut être considéré comme étant « nommé » au sens du paragraphe 119(2) de la LSAO, de sorte que sa démission avait pris effet au moment où elle a été remise — Il s'agissait de déterminer si la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation de la LSAO — Il existe peu d'affaires dans lesquelles l'interaction entre les paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO a été examinée — L'interprétation de la Cour de

Corporations — Tax Court of Canada upholding assessments against appellant as director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010) for unremitted income tax source deductions, levied under Income Tax Act (ITA), s. 227.1, unremitted net GST/HST, levied under Excise Tax Act (ETA), s. 323 — Metro 2010 incorporated under Ontario Business Corporations Act (OBCA), ran same operations as another family business, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), while Metro Windsor was in receivership — Appellant was also involved in operation of both Metro Windsor; Metro 2010 — Was not shareholder of Metro 2010 but its sole incorporating director — No other directors were ever appointed or elected — After accepting role of incorporating director; appellant resigning as director a few weeks later — Tax Court determining that appellant's resignation not effective by virtue of combined effect of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — Appellant submitting Tax Court erring in interpretation of provisions at issue, in decision rendered — Tax Court's interpretation respected ordinary meaning of OBCA, ss. 115(4), 119(2) — On its plain meaning, deeming provision not constituting an "election" or "appointment", thus supporting Tax Court's interpretation — Other provisions in OBCA dealing with election, appointment of directors consistent with interpretation of Tax Court — Provisions such as OBCA, ss. 119(4), 120 regarding appointment or election of directors all requiring deliberate acts — Are thus inconsistent with notion that an appointment could result from deeming provision contained in s. 115(4) — Purpose of ss. 115(4), 119(4) examined — Nothing in legislative record indicating that s. 115(4) was intended to override or circumscribe s. 119(2) — Therefore, text, context, purpose of provisions supported Tax Court's interpretation of those provisions.

l'impôt respectait le sens ordinaire des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — Dans leur sens ordinaire, les dispositions déterminatives ne constituent ni une « élection » ni une « nomination », ce qui corrobore l'interprétation de la Cour de l'impôt — Les autres dispositions de la LSAO qui portent sur l'élection et la nomination des administrateurs s'accordent entièrement avec l'interprétation de la Cour de l'impôt — L'objet des dispositions a été examiné et a révélé que celui-ci consistait surtout à améliorer les protections offertes aux investisseurs — Par conséquent, le texte, le contexte et l'objet des dispositions étayaient l'interprétation de la Cour de l'impôt — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rendant sa décision comme elle l'a fait — Appel rejeté.

Sociétés — La Cour canadienne de l'impôt a confirmé les cotisations établies à l'égard de l'appellant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la Loi de l'impôt sur le revenu (LIR) et de l'article 323 de la Loi sur la taxe d'accise (LTA) — Metro 2010 a été constituée en société sous le régime de la Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario (LSAO), et exerçait essentiellement les mêmes activités qu'une autre entreprise familiale, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), pendant que cette dernière était mise sous séquestre — L'appellant a également participé aux activités de Metro Windsor de même qu'aux activités de Metro 2010 — Il n'était pas actionnaire de Metro 2010, mais il en était le seul administrateur désigné dans les statuts — Aucun autre administrateur n'a été nommé ou élu — Après avoir accepté le rôle d'administrateur désigné, l'appellant a démissionné de son poste d'administrateur quelques semaines plus tard — La Cour de l'impôt a déterminé que la démission de l'appellant n'avait pas pris effet en raison de l'effet conjugué des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — L'appellant a soutenu que la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation des dispositions en litige et dans sa décision — L'interprétation de la Cour de l'impôt respectait le sens ordinaire des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO — Dans leur sens ordinaire, les dispositions déterminatives ne constituent ni une « élection » ni une « nomination », ce qui corrobore l'interprétation de la Cour de l'impôt — Les autres dispositions de la LSAO qui portent sur l'élection et la nomination des administrateurs s'accordent avec l'interprétation de la Cour de l'impôt — Les dispositions comme le paragraphe 119(4) et l'article 120 de la LSAO concernant la nomination ou l'élection d'administrateurs requièrent toutes des actions délibérées — Elles sont donc incompatibles avec l'idée voulant qu'une nomination puisse résulter de la disposition déterminative du paragraphe 115(4) — L'objet des paragraphes 115(4) et 119(4) a été examiné — Il n'y a rien dans le dossier législatif qui indique que le paragraphe 115(4)

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision upholding assessments against the appellant as a director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010) for unremitted income tax source deductions, levied under section 227.1 of the *Income Tax Act* (the ITA), and unremitted net GST/HST, levied under section 323 of the *Excise Tax Act* (the ETA). Metro 2010 was incorporated under the Ontario *Business Corporations Act* (the OBCA) on November 1, 2010, and ran substantially the same operations as another family business, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), while Metro Windsor was in receivership. The Tax Court assumed in its reasons that the appellant's father was responsible for overall management of the business of Metro 2010 but did not make a factual finding on this point. The appellant was also involved in the operation of both Metro Windsor and Metro 2010. He was not a shareholder of Metro 2010 but was its sole incorporating director. No other directors were ever appointed or elected. The appellant accepted the position of incorporating director, at the behest of his father, for specific reasons. According to Metro 2010's corporate profile report, the appellant was also the president and the secretary of Metro 2010. A few weeks after he accepted the role of incorporating director, the appellant signed a letter, addressed to Metro 2010, stating that he was resigning as a director, effective the date of the letter. He provided the letter to his father. The appellant tendered his resignation after he realized that, as sole director, he could be liable for the debts of Metro 2010. The Tax Court assumed that the appellant's resignation letter was delivered to Metro 2010 on December 10, 2010, when the appellant gave the letter to his father. The sole issue before the Tax Court was whether the appellant's resignation was effective. The Tax Court held that it was not by virtue of the combined effect of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA. The Tax Court held that the appellant remained a director of Metro 2010 after delivery of his letter of resignation for two reasons: first, because, sequentially, the deeming provision under subsection 115(4) of the OBCA can only operate if all the directors have previously resigned or been removed without replacement; and, second, because the operation of the deeming provision in subsection 115(4) does not constitute an appointment under subsection 119(2) of the OBCA. Thus, because a first shareholders' meeting had not taken place, the appellant's resignation was ineffective and he was subject to liability for the unremitted amounts under section 227.1 of the ITA and section 323 of the ETA.

ait eu pour but de supplanter le paragraphe 119(2) ou d'en limiter la portée — Par conséquent, le texte, le contexte et l'objet des dispositions étaient l'interprétation de la Cour de l'impôt de ces dispositions.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre du jugement de la Cour canadienne de l'impôt confirmant les cotisations établies à l'égard de l'appellant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LIR) et de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise* (LTA). Le 1^{er} novembre 2010, Metro 2010 a été constituée en société sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario* (la LSAO), et exerçait essentiellement les mêmes activités qu'une autre entreprise familiale, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), pendant que cette dernière était mise sous séquestre. Dans ses motifs, la Cour de l'impôt a présumé que le père de l'appellant était responsable de la gestion globale de l'entreprise de Metro 2010; elle n'a toutefois formulé aucune conclusion de fait sur ce point. L'appellant a également participé aux activités de Metro Windsor et de Metro 2010. Il n'était pas actionnaire de Metro 2010, mais il en était le seul administrateur désigné dans les statuts. Aucun autre administrateur n'a été nommé ou élu. L'appellant a accepté le poste de premier administrateur à la demande de son père, pour des raisons particulières. Selon le rapport sur le profil de la société Metro 2010, l'appellant en était également le président et le secrétaire. Quelques semaines après avoir accepté le rôle d'administrateur désigné dans les statuts, l'appellant a signé une lettre adressée à Metro 2010, dans laquelle il annonçait qu'il démissionnait de son poste d'administrateur, cette décision prenant effet à la date de la lettre. Il a remis la lettre à son père. L'appellant a présenté sa démission après avoir réalisé qu'il pourrait être tenu responsable des dettes de Metro 2010, en sa qualité de seul administrateur. La Cour de l'impôt a présumé que la lettre de démission de l'appellant avait été livrée à Metro 2010 le 10 décembre 2010, au moment où l'appellant a remis la lettre à son père. La seule question que la Cour de l'impôt devait trancher était de savoir si la démission de l'appellant avait pris effet. La Cour de l'impôt a conclu que ce n'était pas le cas en raison de l'effet conjugué des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO. La Cour de l'impôt a conclu que l'appellant était demeuré administrateur de Metro 2010 après avoir remis sa lettre de démission, pour deux motifs : premièrement, selon l'ordre séquentiel prescrit, la disposition déterminative du paragraphe 115(4) de la LSAO ne peut s'appliquer que si tous les administrateurs ont déjà démissionné ou ont été destitués et, deuxièmement, la disposition déterminative du paragraphe 115(4) n'a pas pour effet de causer une nomination au sens du paragraphe 119(2) de la LSAO. Par conséquent, comme la société n'avait jamais tenu de première assemblée

The appellant submitted that the Tax Court erred in its interpretation of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA because a deemed director may be said to be “appointed” within the meaning of subsection 119(2) and, accordingly, the appellant’s resignation was effective when it was tendered.

The issue was whether the Tax Court erred in its interpretation of the OBCA.

Held, the appeal should be dismissed.

There were relatively few cases where the interplay of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA was examined and none of them were from the Federal Court of Appeal or the Ontario Court of Appeal. After considering the text of the provisions, it was concluded that the Tax Court’s interpretation respected the ordinary meaning of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA. On its plain meaning, a deeming provision does not constitute an “election” or “appointment”, thus supporting the interpretation of the Tax Court. The other provisions in the OBCA dealing with election and appointment of directors are inconsistent with the appellant’s proposed interpretation but entirely consistent with that of the Tax Court’s. Provisions such as subsection 119(4) and section 120 of the OBCA regarding the appointment or election of directors all require deliberate acts. They are thus inconsistent with the notion that an appointment could result from the deeming provision contained in subsection 115(4) of the OBCA. Additional context in the OBCA also supported the Tax Court’s interpretation. Relevant context included subsections 115(1), 117(1), 119(1), 119(9) and 119(10), paragraph 121(1)(a) and subsection 121(2) of the OBCA.

Those who are deemed to be directors by virtue of subsection 115(4) of the OBCA may often be unaware that they have been deemed to hold that office. If incorporating directors are allowed to resign before the first meeting of the corporation’s shareholders where permanent directors are elected, the person deemed to be a director could well be unaware of their fiduciary obligations to the corporation and the steps mentioned in subsection 117(1) of the OBCA may not be completed. The OBCA, however, contemplates that a meeting must be held at which the steps mentioned in subsection 117(1) may be taken. This favoured the Tax Court’s interpretation of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA

des actionnaires, la démission de l’appelant n’a pas pris effet et celui-ci était responsable des sommes non versées au titre des articles 227.1 de la LIR et 323 de la LTA.

L’appelant a soutenu que la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO, car un administrateur réputé peut être considéré comme étant « nommé » au sens du paragraphe 119(2) de la LSAO, de sorte que la démission de l’appelant a pris effet au moment où elle a été remise.

Il s’agissait de déterminer si la Cour de l’impôt a commis une erreur dans son interprétation de la LSAO.

Arrêt : l’appel doit être rejeté.

Il existe relativement peu d’affaires dans lesquelles l’interaction entre les paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO a été examinée, et aucune de ces affaires n’a été entendue par la Cour d’appel fédérale ou la Cour d’appel de l’Ontario. Après avoir examiné le texte des dispositions, il a été conclu que l’interprétation de la Cour de l’impôt respectait le sens ordinaire des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO. Dans leur sens ordinaire, les dispositions déterminatives ne constituent ni une « election » ni une « nomination », ce qui corroborait l’interprétation de la Cour de l’impôt. Les autres dispositions de la LSAO qui portent sur l’élection et la nomination des administrateurs sont incompatibles avec l’interprétation qu’a proposée l’appelant, mais en revanche s’accordent entièrement avec l’interprétation de la Cour de l’impôt. Les dispositions comme le paragraphe 119(4) et l’article 120 de la LSAO concernant la nomination ou l’élection d’administrateurs requièrent toutes des actions délibérées. Elles sont donc incompatibles avec l’idée voulant qu’une nomination puisse résulter de la disposition déterminative du paragraphe 115(4) de la LSAO. D’autres dispositions de la LSAO étayaient également l’interprétation de la Cour de l’impôt. Des dispositions contextuelles pertinentes se trouvent notamment aux paragraphes 115(1), 117(1), 119(1), 119(9), 119(10) et 121(2) ainsi qu’à l’alinéa 121(1)a de la LSAO.

Souvent, les personnes réputées être des administrateurs au titre du paragraphe 115(4) de la LSAO ne savent pas qu’elles sont réputées exercer ces fonctions. Si les administrateurs désignés dans les statuts étaient autorisés à démissionner avant la première assemblée des actionnaires de la société durant laquelle sont élus les administrateurs permanents, la personne réputée être un administrateur pourrait ne pas être informée de ses obligations de fiduciaire envers la société et ne pas prendre les mesures prévues au paragraphe 117(1) de la LSAO. La LSAO dispose toutefois que le conseil d’administration doit tenir une réunion lors de laquelle les administrateurs peuvent prendre les mesures énoncées au paragraphe 117(1). Cette

under which the likelihood of failing to meet the requirements of subsection 117(1) of the OBCA is substantially lessened. Subsections 119(1) and 119(2) further supported the Tax Court's interpretation in that both use mandatory language with respect to incorporating directors. This was consistent with a narrow interpretation of "appointment" to exclude deemed nominations made under subsection 115(4) of the OBCA.

In sum, a contextual analysis supported the Tax Court's interpretation of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA.

As to the purpose of the provisions, subsection 119(2) of the OBCA was introduced as part of a bill with the stated goal of improving investor protections. It would be inconsistent with investor protection if incorporating directors could resign without a guaranteed replacement. This would leave investors vulnerable at the outset of a corporation's life before subsequent directors were named and consented to act as directors. Subsection 119(2) of the OBCA was amended in 1994 to limit its application to purported resignations where no first shareholders' meeting has taken place. At the same time, subsection 115(4) was added to the OBCA. There was nothing in the legislative record to indicate that subsection 115(4) was intended to override or circumscribe subsection 119(2). Rather, subsection 115(4) serves to provide additional protection to investors and debtors.

Therefore, the text, context and purpose of these provisions supported the Tax Court's interpretation. There was no error in the Tax Court's decision.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, ss. 115(1),(4), 117(1), 119(1),(2),(4),(9),(10), 120, 121(1)(a),(2), 124(1),(4), 186(3)(b), 248(3)(e).
Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, s. 323.
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 227.1.
Statute Law Amendment Act (Government Management and Services), 1994, S.O. 1994, c. 27.

disposition étayait l'interprétation que la Cour de l'impôt a faite des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO, selon laquelle le risque qu'il y ait manquement aux exigences énoncées au paragraphe 117(1) est considérablement réduit. Les paragraphes 119(1) et 119(2) étayaient davantage l'interprétation de la Cour de l'impôt en ce sens qu'ils comportent tous deux un langage d'obligation en ce qui concerne les administrateurs désignés. Ce langage d'obligation s'accordait également avec l'interprétation restreinte du terme « nomination » qui exclut les nominations réputées au titre du paragraphe 115(4) de la LSAO.

Bref, l'analyse contextuelle étayait l'interprétation que la Cour de l'impôt a faite des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO.

Quant à l'objet de ces dispositions, le paragraphe 119(2) de la LSAO a été adopté dans le cadre d'un projet de loi dont l'objectif était d'améliorer les protections offertes aux investisseurs. Permettre à un administrateur désigné dans les statuts de démissionner sans qu'un successeur ait été nommé pour le remplacer serait contraire à l'objectif de protection des investisseurs. Une telle situation rendrait les investisseurs vulnérables dès la constitution de la société, avant que des successeurs soient désignés et consentent à remplir les fonctions d'administrateurs. Le paragraphe 115(4) a été modifié en 1994 pour en limiter l'application aux prétendues démissions remises avant la tenue de la première assemblée des actionnaires. Parallèlement, le paragraphe 115(4) a été ajouté à la LSAO. Il n'y avait rien dans le dossier législatif indiquant que le paragraphe 115(4) ait eu pour but de supplanter le paragraphe 119(2) ou d'en limiter la portée. Le paragraphe 115(4) vise plutôt à offrir une protection supplémentaire aux investisseurs et débiteurs.

Par conséquent, le texte, le contexte et l'objet de ces dispositions étayaient l'interprétation de la Cour de l'impôt. La Cour de l'impôt n'a pas erré dans sa décision.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui a trait aux pratiques de gestion et aux services du gouvernement, L.O. 1994, ch. 27.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 227.1.
Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 323.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 115(1),(4), 117(1), 119(1),(2),(4),(9),(10), 120, 121(1)(a),(2), 124(1),(4), 186(3)(b), 248(3)(e).

CASES CITED

APPLIED:

Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

CONSIDERED:

Giocoechea v. The Queen, 2010 TCC 539; *Doncaster v. The Queen*, 2015 TCC 127.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Grupp v. The Queen*, 2014 TCC 184.

AUTHORS CITED

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates (Hansard)*, 32nd Parl., 1st Sess. (April 24, 1981)(Hon. Gordon Walker).
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2020 TCC 67) upholding assessments against the appellant as a director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. for unremitted income tax source deductions, levied under section 227.1 of the *Income Tax Act* and unremitted net GST/HST, levied under section 323 of the *Excise Tax Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Craig J. Allen for appellant.
Meaghan Mahadeo and *Jason Stober* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Craig Allen Law, Windsor, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Hypothèques Trustco Canada c. Canada, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Giocoechea c. La Reine, 2010 CCI 539; *Doncaster c. La Reine*, 2015 CCI 127.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Grupp c. La Reine*, 2014 CCI 184.

DOCTRINE CITÉE

Ontario. Assemblée législative. *Official Report of Debates (Hansard)*, 32^e lég., 1^{re} sess. (24 avril 1981) (l'hon. Gordon Walker).
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.

APPEL à l'encontre du jugement de la Cour canadienne de l'impôt (2020 CCI 67) confirmant les cotisations établies à l'égard de l'appelant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc., concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Craig J. Allen pour l'appelant.
Meaghan Mahadeo et *Jason Stober* pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Craig Allen Law, Windsor, pour l'appelant.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

GLEASON J.A.:

I. Introduction

[1] The appellant appeals from the judgment of the Tax Court of Canada in *Soulliere v. The Queen*, 2020 TCC 67 (*per* Jorré, D.J.) in which the Tax Court upheld assessments against the appellant as a director of Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), for unremitted income tax source deductions, levied under section 227.1 of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.) (the ITA), and unremitted net GST/HST, levied under section 323 of the *Excise Tax Act*, R.S.C., 1985, c. E-15 (the ETA).

[2] For the reasons that follow, I would dismiss this appeal, with costs.

II. Background and Reasons of the Tax Court

[3] Metro 2010 was incorporated under the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (the OBCA) on November 1, 2010, and ran substantially the same operations as another family business, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), while Metro Windsor was in receivership.

[4] The Tax Court assumed for purposes of its Reasons that the appellant's father was responsible for overall management of the business of Metro 2010, but did not make a factual finding on this point, which was unnecessary to the Tax Court's analysis.

[5] The appellant was also involved in the operation of both Metro Windsor and Metro 2010. The Tax Court accepted the appellant's testimony that he ran the day-to-day operations of both companies, "... with much of his time devoted to, metaphorically, fire fighting" (Reasons, at paragraph 21).

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

LA JUGE GLEASON, J.C.A. :

I. Introduction

[1] L'appelant appelle du jugement de la Cour canadienne de l'impôt *Soulliere c. La Reine*, 2020 CCI 67 (motifs du juge suppléant Jorré), par lequel la Cour de l'impôt a confirmé les cotisations établies à l'égard de l'appelant en sa qualité d'administrateur de la société Metro Catering & Vending Services (2010) Inc. (Metro 2010), concernant des retenues d'impôt à la source et des montants de taxe sur les produits et services/taxe de vente harmonisée (TPS/TVH) nette qui n'avaient pas été versés, en vertu respectivement de l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.) (la LIR), et de l'article 323 de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. (1985), ch. E-15 (la LTA).

[2] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais le présent appel, avec dépens.

II. Contexte et motifs de la Cour de l'impôt

[3] Metro 2010 a été constituée en société sous le régime de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16 (la LSAO), le 1^{er} novembre 2010, et elle a exercé essentiellement les mêmes activités qu'une autre entreprise familiale, Metro (Windsor) Enterprises Inc. (Metro Windsor), pendant que cette dernière était mise sous séquestre.

[4] Dans ses motifs, la Cour de l'impôt a présumé que le père de l'appelant était responsable de la gestion globale de l'entreprise de Metro 2010; elle n'a toutefois formulé aucune conclusion de fait sur ce point, car ce n'était pas nécessaire pour les besoins de son analyse.

[5] L'appelant a participé aux activités de Metro Windsor et de Metro 2010. La Cour de l'impôt a retenu le témoignage de l'appelant, selon lequel il dirigeait les activités quotidiennes des deux sociétés, « la majeure partie de son temps étant consacrée — au sens métaphorique — à "jouer les pompiers" » (motifs de la CCI, au paragraphe 21).

[6] The appellant was not a shareholder of Metro 2010, but was its sole incorporating director. No other directors were ever appointed or elected. The appellant accepted the position of incorporating director, at the behest of his father, who told the appellant that he needed to sign the documents naming him as an incorporating director of Metro 2010 because this was necessary to allow Metro 2010 to carry on the business of Metro Windsor after Metro Windsor was placed into receivership. According to Metro 2010's corporate profile report, the appellant was also the president and the secretary of Metro 2010.

[7] Metro 2010 did not ever hold a first meeting of shareholders.

[8] A few weeks after he accepted the role of incorporating director, the appellant signed a letter, addressed to Metro 2010, stating that he was resigning as a director, effective the date of the letter. He provided the letter to his father. The appellant tendered his resignation after he realized that, as sole director, he could be liable for the debts of Metro 2010. The Tax Court assumed that the appellant's resignation letter was delivered to Metro 2010 on December 10, 2010, when the appellant gave the letter to his father, although, once again, it was not necessary for the Tax Court to decide on this point.

[9] Before the Tax Court, the sole issue was whether the appellant's resignation was effective. The Tax Court held that it was not by virtue of the combined effect of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA. They provide:

115 ...

Deemed directors

(4) Where all of the directors have resigned or have been removed by the shareholders without replacement, any person who manages or supervises the management of the business and affairs of the corporation shall be deemed to be a director for the purposes of this Act.

...

[6] L'appellant n'était pas actionnaire de Metro 2010, mais il en était le seul administrateur désigné dans les statuts. Aucun autre administrateur n'a été nommé ou élu. L'appellant a accepté le poste de premier administrateur à la demande de son père, qui lui a dit qu'il devait signer les documents qui le désignaient à titre de premier administrateur de Metro 2010 parce qu'il le fallait pour que Metro 2010 continue à exploiter l'entreprise de Metro Windsor après la mise sous séquestre de cette dernière. Selon le rapport sur le profil de la société Metro 2010, l'appellant en était également le président et le secrétaire.

[7] Metro 2010 n'a jamais tenu de première assemblée des actionnaires.

[8] Quelques semaines après avoir accepté le rôle d'administrateur désigné dans les statuts, l'appellant a signé une lettre adressée à Metro 2010, dans laquelle il annonçait qu'il démissionnait de son poste d'administrateur, cette décision prenant effet à la date de la lettre. Il a remis la lettre à son père. L'appellant a présenté sa démission après avoir réalisé qu'il pourrait être tenu responsable des dettes de Metro 2010, en sa qualité de seul administrateur. La Cour de l'impôt a présumé que la lettre de démission de l'appellant avait été livrée à Metro 2010 le 10 décembre 2010, au moment où l'appellant a remis la lettre à son père, même si, là encore, il n'était pas nécessaire que la Cour de l'impôt statue sur ce point.

[9] La seule question que la Cour de l'impôt devait trancher était de savoir si la démission de l'appellant avait pris effet. La Cour de l'impôt a conclu que ce n'était pas le cas en raison de l'effet conjugué des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO. Ces dispositions sont rédigées ainsi :

115 [...]

Administrateurs réputés

(4) Si tous les administrateurs démissionnent ou sont destitués par les actionnaires sans être remplacés, quiconque dirige ou supervise les activités commerciales et les affaires internes de la société est réputé un administrateur pour l'application de la présente loi.

[...]

119 ...

Resignation

(2) Until the first meeting of shareholders, the resignation of a director named in the articles shall not be effective unless at the time the resignation is to become effective a successor has been elected or appointed.

[10] The Tax Court held that the appellant remained a director of Metro 2010 after delivery of his letter of resignation for two reasons: first, because, sequentially, the deeming provision under subsection 115(4) of the OBCA can only operate if all the directors have previously resigned or been removed without replacement; and, second, because the operation of the deeming provision in subsection 115(4) does not constitute an appointment under subsection 119(2) of the OBCA. Thus, because a first shareholders' meeting had not taken place, the appellant's resignation was ineffective and he was subject to liability for the unremitted amounts under section 227.1 of the ITA and section 323 of the ETA.

III. Analysis

[11] Before us, the appellant submits that the Tax Court erred in its interpretation of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA because a deemed director may be said to be "appointed" within the meaning of subsection 119(2) of the OBCA and, accordingly, the appellant's resignation was effective when it was tendered.

[12] The Tax Court's interpretation of the OBCA raises a legal issue and is therefore reviewable by this Court for correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 8).

[13] There have been relatively few cases where the interplay of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA has been examined and none of them are from this Court or the Ontario Court of Appeal. In *Goicoechea v. The Queen*, 2010 TCC 539 and *Doncaster v. The Queen*, 2015 TCC 127, the Tax Court interpreted subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA in the same way as the Tax Court did in the case at bar. Contrary to what the appellant alleges,

119 [...]

Démission

(2) Jusqu'à la première assemblée des actionnaires, la démission d'un administrateur désigné dans les statuts ne prend effet que si, au moment où sa démission doit prendre effet, un successeur a été élu ou nommé.

[10] La Cour de l'impôt a conclu que l'appellant était demeuré administrateur de Metro 2010 après avoir remis sa lettre de démission, pour deux motifs : premièrement, selon l'ordre séquentiel prescrit, la disposition déterminative du paragraphe 115(4) de la LSAO ne peut s'appliquer que si tous les administrateurs ont déjà démissionné ou ont été destitués et, deuxièmement, la disposition déterminative du paragraphe 115(4) n'a pas pour effet de causer une nomination au sens du paragraphe 119(2) de la LSAO. Par conséquent, comme la société n'avait jamais tenu de première assemblée des actionnaires, la démission de l'appellant n'avait pas pris effet et celui-ci était responsable des sommes non versées au titre des articles 227.1 de la LIR et 323 de la LTA.

III. Analyse

[11] Devant notre Cour, l'appellant soutient que la Cour de l'impôt a commis une erreur dans son interprétation des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO, car un administrateur réputé peut être considéré comme étant « nommé » au sens du paragraphe 119(2) de la LSAO, de sorte que la démission de l'appellant a pris effet au moment où elle a été remise.

[12] L'interprétation que la Cour de l'impôt a faite de la LSAO soulève une question de droit et est par conséquent susceptible de contrôle devant notre Cour selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 8).

[13] Il existe relativement peu d'affaires dans lesquelles l'interaction entre les paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO a été examinée, et aucune de ces affaires n'a été entendue par notre Cour ou la Cour d'appel de l'Ontario. Dans les décisions *Goicoechea c. La Reine*, 2010 CCI 539, et *Doncaster c. La Reine*, 2015 CCI 127, la Cour de l'impôt a interprété les paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO de la même manière qu'en l'espèce. Contrairement

the Tax Court did not endorse his interpretation in *Grupp v. The Queen*, 2014 TCC 184. Given the paucity of binding authority on the point, it is necessary to undertake a statutory interpretation exercise.

[14] The principles of statutory interpretation are well known and were summarized by the Supreme Court of Canada in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10 as follows:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[15] I turn first to consider the text of the provisions and conclude that the Tax Court’s interpretation respects the ordinary meaning of the subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA. On its plain meaning, a deeming provision does not constitute an “election” or “appointment”, supporting the interpretation of the Tax Court.

[16] This textual interpretation is also supported by the interpretive presumption of consistent expression, which would require, unless the context dictates otherwise, that the terms “elected” and “appointed” be given a meaning in subsection 119(2) that is consistent with other provisions in the OBCA where these terms are used: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2014), at 11.2-11.3.

à ce que soutient l’appelant, la Cour de l’impôt n’a pas souscrit à l’interprétation qu’il propose de la décision *Grupp c. La Reine*, 2014 CCI 184. Étant donné le peu de jurisprudence faisant autorité sur cette question, un exercice d’interprétation des lois s’impose.

[14] Les principes d’interprétation des lois sont bien connus et ils ont été résumés en ces termes par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d’interprétation des lois qu’« il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d’une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d’interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d’un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux.

[15] En premier lieu, en ce qui concerne le texte des dispositions, je conclus que l’interprétation de la Cour de l’impôt respecte le sens ordinaire des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO. Dans leur sens ordinaire, les dispositions déterminatives ne constituent ni une « élection » ni une « nomination », ce qui corrobore l’interprétation de la Cour de l’impôt.

[16] Cette interprétation textuelle est également corroborée par la présomption d’uniformité d’expression qui s’applique dans l’interprétation des lois, laquelle présomption exige qu’à moins que le contexte ne dicte le contraire, les termes « élu » et « nommé » figurant au paragraphe 119(2) soient interprétés d’une manière qui s’accorde avec l’interprétation qui est faite d’autres dispositions de la LSAO où figurent ces termes : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Ont. : LexisNexis, 2014, à la s. 11.2 et 11.3.

[17] The other provisions in the OBCA dealing with election and appointment of directors are inconsistent with the appellant's proposed interpretation but entirely consistent with the Tax Court's interpretation.

[18] More specifically, directors may be elected under subsection 119(4) and section 120 of the OBCA at a shareholder meeting called by the directors or under subsection 124(4) of the OBCA at a meeting called by the shareholders to fill a vacancy on the board of directors. These provisions state:

119 ...

Election of directors

(4) Subject to clause 120 (a), shareholders of a corporation shall, by ordinary resolution, elect, at the first meeting of shareholders and at each succeeding annual meeting at which an election of directors is required, directors to hold office for a term expiring not later than the close of the third annual meeting of shareholders following the election.

...

Cumulative voting for directors

120 Where the articles provide for cumulative voting,

- (a) each shareholder entitled to vote at an election of directors has the right to cast a number of votes equal to the number of votes attached to the shares held by the shareholder multiplied by the number of directors to be elected, and the shareholder may cast all such votes in favour of one candidate or distribute them among the candidates in any manner;
- (b) a separate vote of shareholders shall be taken with respect to each candidate nominated for director unless a resolution is passed unanimously permitting two or more persons to be elected by a single resolution;
- (c) if a shareholder has voted for more than one candidate without specifying the distribution of the shareholder's votes among the candidates, the shareholder is deemed to have distributed the shareholder's votes equally among the candidates for whom the shareholder voted;

[17] Les autres dispositions de la LSAO qui portent sur l'élection et la nomination des administrateurs sont incompatibles avec l'interprétation que propose l'appellant, mais en revanche s'accordent entièrement avec l'interprétation de la Cour de l'impôt.

[18] Plus précisément, des administrateurs peuvent être élus en application du paragraphe 119(4) et de l'article 120 de la LSAO lors d'une assemblée des actionnaires convoquée par les administrateurs, ou encore en application du paragraphe 124(4) de la LSAO lors d'une assemblée convoquée par des actionnaires pour pourvoir un poste vacant au sein du conseil d'administration. Ces dispositions sont rédigées ainsi :

119 [...]

Élection des administrateurs

(4) Sous réserve de l'alinéa 120 a), les actionnaires, à leur première assemblée, ainsi qu'à toute assemblée annuelle subséquente à laquelle il faut élire des administrateurs, élisent, par voie de résolution ordinaire, des administrateurs dont le mandat expire au plus tard à la clôture de la troisième assemblée annuelle qui suit l'élection.

[...]

Vote cumulatif

120 Si les statuts prévoient le vote cumulatif :

- a) l'actionnaire qui a le droit d'élire les administrateurs dispose d'un nombre de voix égal à celui qui se rattache à ses actions, multiplié par le nombre d'administrateurs à élire. Il peut exprimer ses voix en faveur d'un seul ou de plusieurs candidats;
- b) chaque poste d'administrateur fait l'objet d'un vote distinct de la part des actionnaires, sauf adoption à l'unanimité d'une résolution permettant à deux personnes ou plus d'être élues par la même résolution;
- c) l'actionnaire qui a voté pour plus d'un candidat, sans autres précisions, est réputé avoir réparti ses voix également entre les candidats;

(d) if the number of candidates nominated for director exceeds the number of positions to be filled, the candidates who receive the least number of votes shall be eliminated until the number of candidates remaining equals the number of positions to be filled; (e) each director ceases to hold office at the close of the first annual meeting of shareholders following his or her election; (f) a director may not be removed from office if the votes cast against the director's removal would be sufficient to elect him or her and such votes could be voted cumulatively at an election at which the same total number of votes were cast and the number of directors required by the articles were then being elected; (g) the number of directors required by the articles may not be decreased if the votes cast against the motion to decrease would be sufficient to elect a director and such votes could be voted cumulatively at an election at which the same total number of votes were cast and the number of directors required by the articles were then being elected; and (h) the articles shall require a fixed number and not a minimum and maximum number of directors.	d) si le nombre de candidats est supérieur à celui des postes vacants, les candidats qui recueillent le plus petit nombre de voix sont éliminés jusqu'à ce que le nombre des candidats restants soit égal à celui des postes vacants; e) le mandat de chaque administrateur prend fin à la clôture de la première assemblée annuelle des actionnaires qui suit son élection; f) un administrateur ne peut être destitué lorsque les voix exprimées contre cette mesure suffiraient à assurer son élection et que ces voix pourraient être cumulées lors d'une élection où le même nombre total de voix seraient exprimées et où le nombre d'administrateurs exigé par les statuts serait alors élu; g) le nombre d'administrateurs exigé par les statuts ne peut être réduit lorsque les voix exprimées contre la motion à cet effet suffiraient à assurer l'élection d'un administrateur et que ces voix pourraient être cumulées lors d'une élection où le même nombre total de voix serait exprimé et où le nombre d'administrateurs exigé par les statuts serait alors élu; h) les statuts doivent exiger que soit élu un nombre fixe, et non un nombre minimal ou maximal, d'administrateurs.

...

[...]

124 ...**Where elected by class of shareholders**

(4) Where the holders of any class or series of shares of a corporation have an exclusive right to elect one or more directors and a vacancy occurs among those directors,

- (a) subject to subsection (5), the remaining directors elected by that class or series may fill the vacancy except a vacancy resulting from an increase in the number of directors for that class or series or from a failure to elect the number of directors for that class or series; or
- (b) if there are no such remaining directors, any holder of shares of that class or series may call a meeting of the holders thereof for the purpose of filling the vacancy.

124 [...]**Élection par catégorie d'actions**

(4) Si les détenteurs d'une catégorie ou d'une série d'actions ont le droit exclusif d'élire un ou plusieurs administrateurs, les vacances survenues parmi ces administrateurs peuvent être comblées :

- a) sous réserve du paragraphe (5), et à l'exception des vacances résultant du défaut d'élire le nombre requis d'administrateurs de cette catégorie ou série ou d'une augmentation de ce nombre, par les administrateurs en fonction élus par cette catégorie ou cette série;
- b) en l'absence d'administrateurs en fonction, à l'assemblée que les détenteurs d'actions de cette catégorie ou série peuvent convoquer pour combler les vacances.

[19] A person can be appointed as a director under the OBCA either by a quorum of directors, under subsection 124(1), or, in certain circumstances, by the Ontario Superior Court of Justice under paragraphs 186(3)(b) and 248(3)(e) of the OBCA. These provisions state:

Vacancies

124 (1) Despite subsection 126 (6), but subject to subsections (2), (4) and (5) of this section, a quorum of directors may fill a vacancy among the directors, except a vacancy resulting from,

- (a) an increase in the number of directors otherwise than in accordance with subsection (2), or in the maximum number of directors, as the case may be; or
- (b) a failure to elect the number of directors required to be elected at any meeting of shareholders.

...

186 ...

Auxiliary powers of court

(3) Where a reorganization is made, the court making the order may also,

...

- (b) appoint directors in place of or in addition to all or any of the directors then in office.

...

248 ...

...

Court order

(3) In connection with an application under this section, the court may make any interim or final order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing,

...

- (e) an order appointing directors in place of or in addition to all or any of the directors then in office;

[19] Des administrateurs peuvent aussi être nommés par des administrateurs, s'il y a quorum, en application du paragraphe 124(1) de la LSAO ou, dans certaines circonstances, par la Cour supérieure de justice de l'Ontario en application des alinéas 186(3)b) et 248(3)e) de la LSAO. Ces dispositions sont rédigées ainsi :

Postes vacants

124 (1) Malgré le paragraphe 126 (6), mais sous réserve des paragraphes (2), (4) et (5) du présent article, les administrateurs peuvent, s'il y a quorum, combler les vacances survenues au sein du conseil d'administration, sauf celles qui résultent :

- a) soit d'une augmentation du nombre fixe d'administrateurs autrement qu'aux termes du paragraphe (2), ou du nombre maximal d'administrateurs, selon le cas;
- b) soit du défaut d'élire le nombre d'administrateurs à élire à une assemblée d'actionnaires.

[...]

186 [...]

Pouvoirs supplémentaires

(3) Dans le cadre d'une réorganisation, le tribunal qui rend l'ordonnance peut également :

[...]

- b) nommer d'autres administrateurs ou remplacer ceux qui sont en fonction.

[...]

248 [...]

Ordonnance du tribunal

(3) Le tribunal peut, dans le cadre d'une requête visée au présent article, rendre l'ordonnance provisoire ou définitive qu'il estime opportune pour, notamment :

[...]

- e) faire des nominations au conseil d'administration, soit pour remplacer tous les administrateurs en fonction ou certains d'entre eux, soit pour en augmenter le nombre;

[20] The foregoing provisions regarding the appointment or election of directors all require deliberate acts. They are thus inconsistent with the notion that an appointment could result from the deeming provision contained in subsection 115(4) of the OBCA.

[21] Additional context in the OBCA also supports the Tax Court's interpretation. Relevant context includes subsections 115(1), 117(1), 119(1), 119(9) and 119(10), paragraph 121(1)(a) and subsection 121(2) of the OBCA. They state:

Directors

115 (1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors shall manage or supervise the management of the business and affairs of a corporation.

...

First directors meeting

117 (1) After incorporation, a meeting of the directors of a corporation shall be held at which the directors may,

- (a) make by-laws;
- (b) adopt forms of security certificates and corporate records;
- (c) authorize the issue of securities;
- (d) appoint officers;
- (e) appoint one or more auditors to hold office until the first annual or special meeting of shareholders;
- (f) make banking arrangements; and
- (g) transact any other business.

...

First directors

119 (1) Each director named in the articles shall hold office from the date of endorsement of the certificate of incorporation until the first meeting of shareholders.

[20] Les dispositions ci-dessus concernant la nomination ou l'élection d'administrateurs requièrent toutes des actions délibérées. Elles sont donc incompatibles avec l'idée voulant qu'une nomination puisse résulter de la disposition déterminative du paragraphe 115(4) de la LSAO.

[21] D'autres dispositions de la LSAO présentent un contexte qui étaye également l'interprétation de la Cour de l'impôt. Des dispositions contextuelles pertinentes se trouvent notamment aux paragraphes 115(1), 117(1), 119(1), 119(9), 119(10) et 121(2) ainsi qu'à l'alinéa 121(1)a) de la LSAO. Ces dispositions sont rédigées ainsi :

Administrateurs

115 (1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs dirigent ou supervisent les activités commerciales et les affaires internes de la société.

[...]

Première réunion du conseil d'administration

117 (1) Après la constitution de la société se tient une réunion du conseil d'administration au cours de laquelle les administrateurs peuvent :

- a) adopter des règlements administratifs;
- b) adopter des formules de certificats de valeurs mobilières et de registres sociaux;
- c) autoriser l'émission de valeurs mobilières;
- d) nommer des dirigeants;
- e) nommer un ou plusieurs vérificateurs dont le mandat expire à la première assemblée annuelle ou extraordinaire des actionnaires;
- f) prendre avec les banques toutes les mesures nécessaires;
- g) traiter toute autre question.

[...]

Premiers administrateurs

119 (1) Le mandat des administrateurs désignés dans les statuts commence à la date d'endossement du certificat de constitution et se termine à la première assemblée des actionnaires.

...

[...]

Consent required

(9) Subject to subsection (10), the election or appointment of a director under this Act is not effective unless the person elected or appointed consents in writing before or within 10 days after the date of the election or appointment.

Later consent

(10) If the person elected or appointed consents in writing after the time period mentioned in subsection (9), the election or appointment is valid.

When director ceases to hold office

121 (1) A director of a corporation ceases to hold office when he or she

- (a) dies or, subject to subsection 119(2), resigns;

...

Idem

(2) A resignation of a director becomes effective at the time a written resignation is received by the corporation or at the time specified in the resignation, whichever is later.

[22] Subsection 115(1) of the OBCA sets out the general duty of directors to manage or supervise the management of the affairs of a corporation—an important duty. In discharge of this duty, directors owe fiduciary obligations to the corporation.

[23] Subsection 117(1) of the OBCA sets out the steps that the directors of a corporation will typically take to properly set up the affairs of a corporation. The subsection requires that a directors' meeting be held during which these steps may be taken.

[24] As the respondent rightly notes, those who are deemed to be directors by virtue of subsection 115(4) of the OBCA may often be unaware that they have been deemed to hold that office. If incorporating directors

Consentement exigé

(9) Sous réserve du paragraphe (10), l'élection ou la nomination d'un administrateur en vertu de la présente loi ne prend effet que si la personne élue ou nommée y consent par écrit avant le jour de l'élection ou de la nomination ou dans les 10 jours qui suivent.

Consentement ultérieur

(10) L'élection ou la nomination est valide si la personne élue ou nommée y consent par écrit après le délai visé au paragraphe (9).

[...]

Fin du mandat d'un administrateur

121 (1) Le mandat d'un administrateur prend fin lorsque se produit l'un des événements suivants :

- a) il décède ou, sous réserve du paragraphe 119 (2), il démissionne;

[...]

Idem

(2) La démission d'un administrateur prend effet à la date de réception par la société d'un écrit à cet effet ou à la date postérieure qui y est indiquée.

[22] Le paragraphe 115(1) de la LSAO énonce la fonction principale que doivent exercer les administrateurs, laquelle consiste à diriger ou à superviser les affaires d'une société, ce qui est une fonction importante. Dans l'exercice de cette fonction, les administrateurs ont des obligations de fiduciaire envers la société.

[23] Le paragraphe 117(1) de la LSAO énonce les mesures que prennent habituellement les administrateurs d'une société pour bien organiser les affaires de la société. Ce paragraphe exige également la tenue d'une réunion du conseil d'administration pendant laquelle les administrateurs mettront en place ces mesures.

[24] Comme le note à juste titre l'intimée, les personnes réputées être des administrateurs au titre du paragraphe 115(4) de la LSAO souvent ne savent pas qu'elles sont réputées d'exercer ces fonctions. Si les

were allowed to resign before the first meeting of the corporation's shareholders where permanent directors are elected, the person deemed to be a director could well be unaware of their fiduciary obligations to the corporation and the steps mentioned in subsection 117(1) of the OBCA may not be completed. The OBCA, however, contemplates that a meeting must be held at which the steps mentioned in subsection 117(1) may be taken. This favours the Tax Court's interpretation of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA under which the likelihood of failing to meet the requirements of subsection 117(1) of the OBCA is substantially lessened.

[25] The combined effect of subsections 119(1), 119(2), 119(4), 119(9) and 119(10) of the OBCA is that directors who replace the incorporating directors must be aware of their nomination by the shareholders at the first shareholders' meeting and must consent to their election or appointment. This, once again, favours the Tax Court's interpretation.

[26] Subsection 119(1) further supports this interpretation. The subsection uses the mandatory expression "shall" to indicate that incorporating directors must hold office until the first meeting of the shareholders. This mandatory language also appears in subsection 119(2), which prevents resignations before the first shareholders' meeting unless a replacement for the incorporating director has been appointed or elected. This mandatory language is consistent with a narrow interpretation of "appointment" to exclude deemed nominations made under subsection 115(4) of the OBCA.

[27] Paragraph 121(1)(a) of the OBCA makes it clear that it is superseded by subsection 119(2) such that a resignation cannot be effective until after the first shareholders' meeting. Carving out incorporating directors from the ability to resign in subsection 121(2) also favours a narrow interpretation of "appointment" in subsection 119(2) of the OBCA.

administrateurs désignés dans les statuts étaient autorisés à démissionner avant la première assemblée des actionnaires de la société durant laquelle sont élus les administrateurs permanents, la personne réputée être un administrateur pourrait ne pas être informée de ses obligations de fiduciaire envers la société et ne pas prendre les mesures prévues au paragraphe 117(1) de la LSAO. La LSAO dispose toutefois que le conseil d'administration doit tenir une réunion lors de laquelle les administrateurs peuvent prendre les mesures énoncées au paragraphe 117(1). Cette disposition étaye l'interprétation que la Cour de l'impôt a faite des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO, selon laquelle le risque qu'il y ait manquement aux exigences énoncées au paragraphe 117(1) est considérablement réduit.

[25] Les paragraphes 119(1), 119(2), 119(4), 119(9) et 119(10) de la LSAO ont pour effet conjugué que les administrateurs qui remplacent les administrateurs désignés dans les statuts doivent être informés de leur nomination par les actionnaires lors de la première assemblée des actionnaires et ils doivent consentir à leur élection ou à leur nomination, ce qui, là encore, étaye l'interprétation de la Cour de l'impôt.

[26] Le paragraphe 119(1) vient étayer davantage cette interprétation. L'utilisation, dans la version anglaise de ce paragraphe, du terme « *shall* », qui exprime l'obligation, montre que les administrateurs désignés dans les statuts doivent exercer leur charge jusqu'à la première assemblée des actionnaires. Ce terme d'obligation est également utilisé au paragraphe 119(2), qui dispose que, jusqu'à la première assemblée des actionnaires, la démission d'un administrateur désigné dans les statuts ne prend effet que si un successeur a été nommé ou élu. Ce langage d'obligation s'accorde également avec l'interprétation restreinte du terme « nomination » qui exclut les nominations réputées au titre du paragraphe 115(4) de la LSAO.

[27] Il est expressément énoncé à l'alinéa 121(1)a) de la LSAO que cette disposition s'applique sous réserve du paragraphe 119(2), de sorte qu'une démission ne peut prendre effet qu'après la tenue de la première assemblée des actionnaires. Le fait que le paragraphe 121(2) retire aux administrateurs désignés dans les statuts la possibilité de démissionner favorise également l'interprétation

[28] In sum, a contextual analysis supports the Tax Court's interpretation of subsections 115(4) and 119(2) of the OBCA.

[29] As concerns the purpose of the provisions, subsection 119(2) of the OBCA was introduced as part of a bill with the stated goal of improving investor protections: *Ontario Legislative Assembly*, 32:1 (April 24, 1981) discussing *An Act to Revise the Business Corporations Act*, 1982, S.O. 1982, c. 4. When the bill was introduced, the Minister responsible for its introduction advised the Ontario Legislative Assembly as follows:

I am vitally interested in investor protection in this province. I want everyone to get a fair shake in the marketplace. This bill has several provisions which will enhance that protection.

[30] It would be inconsistent with investor protection if incorporating directors could resign without a guaranteed replacement. This would leave investors vulnerable at the outset of a corporation's life, before subsequent directors were named and consented to act as directors. As the respondent notes at paragraph 61 of its Memorandum of Fact and Law, under the appellant's interpretation, "[t]here would be no continuity of corporate management and no way to ensure that the corporation would have a director *de jure* in the early days after incorporation".

[31] Subsection 119(2) of the OBCA was amended in 1994 to limit its application to purported resignations where no first shareholders' meeting takes place. At the same time, subsection 115(4) was added to the OBCA (*Statute Law Amendment Act (Government Management and Services)*, 1994, S.O. 1994, c. 27). There is nothing in the legislative record to indicate that subsection 115(4) was intended to override or circumscribe subsection 119(2). Rather, subsection 115(4) serves to provide additional protection to investors and debtors.

restreinte du terme « nomination » au paragraphe 119(2) de la LSAO.

[28] Bref, l'analyse contextuelle étaye l'interprétation que la Cour de l'impôt a faite des paragraphes 115(4) et 119(2) de la LSAO.

[29] Quant à l'objet de ces dispositions, le paragraphe 119(2) de la LSAO a été adopté dans le cadre d'un projet de loi dont l'objectif était d'améliorer les protections offertes aux investisseurs : Ontario, *Assemblée législative*, 32-1 (24 avril 1981), discutant de la *Loi modifiant la Loi sur les sociétés par actions*, S.O. 1982, ch. 4. Lors du dépôt de ce projet de loi, le ministre responsable s'est adressé en ces termes à l'Assemblée législative de l'Ontario :

[TRADUCTION] La protection des investisseurs de la province me préoccupe profondément. Je veux que le marché soit équitable pour tous. Le projet de loi prévoit plusieurs dispositions qui amélioreront cette protection.

[30] Permettre à un administrateur désigné dans les statuts de démissionner sans qu'un successeur ait été nommé pour le remplacer serait contraire à l'objectif de protection des investisseurs. Une telle situation rendrait les investisseurs vulnérables dès la constitution de la société, avant que des successeurs soient désignés et consentent à remplir les fonctions d'administrateurs. Comme le fait observer l'intimée au paragraphe 61 de son mémoire des faits et du droit, si l'on retenait l'interprétation que propose l'appelant, [TRADUCTION] « [il] n'y aurait aucune continuité dans la gestion de la société et aucun moyen de garantir que la société ait, un administrateur *de jure* dès sa constitution ».

[31] Le paragraphe 119(2) de la LSAO a été modifié en 1994 pour en limiter l'application aux prétendues démissions remises avant la tenue de la première assemblée des actionnaires. Le paragraphe 115(4) a été ajouté au même moment à la LSAO (*Loi de 1994 modifiant des lois en ce qui a trait aux pratiques de gestion et aux services du gouvernement*, L.O. 1994, ch. 27). Il n'y a rien dans le dossier législatif qui indique que le paragraphe 115(4) ait eu pour but de supplanter le paragraphe 119(2) ou d'en limiter la portée. Le paragraphe 115(4) vise plutôt à offrir une protection supplémentaire aux investisseurs et débiteurs.

[32] I therefore conclude that the text, context and purpose of these provisions supports the Tax Court's interpretation.

IV. Proposed disposition

[33] I accordingly see no error in the decision of the Tax Court and therefore would dismiss this appeal, with costs.

RIVOALEN J.A.: I agree.

MONAGHAN J.A.: I agree.

[32] Par conséquent, je conclus que le texte, le contexte et l'objet de ces dispositions étayent l'interprétation de la Cour de l'impôt.

IV. Dispositif proposé

[33] Je ne constate aucune erreur dans la décision de la Cour de l'impôt, et par conséquent je rejetterais le présent appel, avec dépens.

LA JUGE RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE MONAGHAN, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-232-20
2022 FCA 96

A-232-20
2022 CAF 96

CSX Transportation, Inc. (Appellant)

CSX Transportation, Inc. (appelante)

v.

c.

**ABB Inc. and Canadian National Railway Company
(Respondents)**

**ABB Inc. et Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada (intimées)**

INDEXED AS: CSX TRANSPORTATION, INC. v. ABB INC.

RÉPERTORIÉ : CSX TRANSPORTATION, INC. c. ABB INC.

Federal Court of Appeal, Stratas, Rennie and Laskin
J.J.A.—By videoconference; Toronto, May 31, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Rennie et Laskin,
J.C.A.—Par vidéoconférence; Toronto, 31 mai 2022.

Administrative Law — Procedural fairness — Appeal from Federal Court decision finding, among other things, that appellant was liable under Civil Code of Québec in action for damages by respondent ABB Inc. — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada while it retained appellant to handle rail transportation in United States — Appellant is Virginia corporation headquartered in Florida — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision on number of grounds, in particular that Federal Court not respecting procedural fairness — Whether there was breach of procedural fairness in this case — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, since ABB Inc. not pleading that appellant liable in any way under Civil Code — While Federal Court not erring in raising with parties question of whether they had overlooked Civil Code, to fulfil procedural fairness obligations, it had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in an informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe — Therefore, Federal Court's judgment against appellant set aside; new trial in Federal Court ordered before another judge — Appeal allowed.

Droit administratif — Équité procédurale — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale concluant, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil du Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, retenant les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — L'appelante est une société de la Virginie dont le siège social est situé en Floride — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a invoqué plusieurs motifs pour interjeter appel de la décision de la Cour fédérale, notamment que la Cour fédérale n'avait pas respecté l'équité procédurale — Il s'agissait en l'espèce de déterminer la présence d'un manquement à l'équité procédurale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, surtout du fait qu'ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable en application du Code civil — Même si la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en soulevant avec les parties la question de savoir si elles avaient omis de tenir compte du Code civil, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, elle devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr — Par conséquent, le jugement de la Cour fédérale a été annulé et la tenue d'un nouveau procès devant la Cour fédérale, devant un autre juge, a été ordonnée — Appel accueilli.

Transportation — Federal Court finding, among other things, that appellant was liable under Civil Code of Québec

Transports — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil du

in action for damages by respondent ABB Inc. — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada but retained appellant to handle rail transportation in United States — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, ABB Inc. not pleading that appellant liable in any way under Civil Code; Federal Court not inviting specific submissions on whether Civil Code could apply on facts of case in light of provisions of Canada Transportation Act — To fulfil procedural fairness obligations, Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe.

Railways — Federal Court finding, among other things, that appellant was liable under Civil Code of Québec in action for damages by respondent ABB Inc. — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada but retained appellant to handle rail transportation in United States — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, given that Federal Court not inviting specific submissions on whether Civil Code could apply on facts of case in light of provisions of Canada Transportation Act, Railway Traffic Liability Regulations — To fulfil procedural fairness obligations, Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe.

Civil Code — Federal Court finding, among other things, that appellant was liable under Civil Code of Québec in action

Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, mais a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, plus particulièrement, ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable en application du Code civil; la Cour fédérale n'a pas invité les parties à déposer des observations visant précisément l'application du Code civil aux faits de l'espèce à la lumière des dispositions de la Loi sur les transports au Canada — Pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr.

Chemins de fer — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil du Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, mais a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, plus particulièrement, du fait que la Cour fédérale n'a pas invité les parties à déposer des observations visant précisément l'application du Code civil aux faits de l'espèce à la lumière des dispositions de la Loi sur les transports au Canada et du Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises — Toutefois, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr.

Code civil — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que l'appelante était responsable en application du Code civil

for damages by respondent ABB Inc. (ABB Inc.) — ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship generator to Kentucky — Respondent handled rail transportation in Canada but retained appellant to handle rail transportation in United States — Generator damaged by appellant in U.S. while being transported — ABB Inc. sued respondent, appellant — Appellant appealed Federal Court's decision — Breach of procedural fairness took place in this case, in particular, since ABB Inc. not pleading that appellant liable in any way under Civil Code; pleadings not suggesting that governing law was that of Quebec; Federal Court raised by itself possibility of liability of respondent, appellant under Civil Code but did this in vague, general way — To fulfil procedural fairness obligations, Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to parties so that they could debate them in informed way — Given procedural fairness shortcomings in this case, Federal Court's verdict on issue of appellant's liability was unsafe.

This was an appeal from a Federal Court decision finding, among other things, that the appellant was liable under the *Civil Code of Québec* in an action for damages by the respondent ABB Inc.

ABB Inc., a Quebec manufacturer, retained the respondent Canadian National Railway Company (respondent) to ship a generator to Kentucky. The respondent handled the rail transportation in Canada. It retained the appellant to handle the rail transportation in the United States. There was no contractual relationship between ABB Inc. and the appellant. The appellant had no knowledge of the arrangements between the respondent and ABB Inc. The appellant is a Virginia corporation headquartered in Florida. While the generator was being transported by the appellant in the United States, it was damaged. ABB Inc. sued both the respondent and the appellant. The appellant appealed the Federal Court's decision on a number of grounds. One ground was that the Federal Court did not respect procedural fairness. The appellant said it was taken by surprise by the Federal Court's finding that it was liable under the Civil Code.

The issue was whether there was a breach of procedural fairness in this case.

Held, the appeal should be allowed.

du Québec dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. (ABB Inc.) — ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky — L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada, mais a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis — Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis — ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante — L'appelante a interjeté appel de la décision de la Cour fédérale — Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce, surtout du fait qu'ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable en application du Code civil; les actes de procédure ne mentionnaient pas que le droit applicable était celui du Québec; et la Cour fédérale a soulevé d'elle-même la possibilité que l'intimée et l'appelante soient responsables en application du Code civil, mais elle ne l'a fait que de façon vague et générale — Toutefois, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent débattre de façon éclairée — Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale concluant, entre autres, que l'appelante était responsable en application du *Code civil du Québec* dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc.

ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (l'intimée), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky. L'intimée a géré le transport ferroviaire au Canada. Elle a retenu les services de l'appelante pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis. Il n'y avait aucune relation contractuelle entre ABB Inc. et l'appelante. L'appelante ne connaissait pas les arrangements entre l'intimée et ABB Inc. L'appelante est une société de la Virginie dont le siège social est situé en Floride. Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par l'appelante aux États-Unis. ABB Inc. a poursuivi l'intimée et l'appelante. L'appelante a invoqué plusieurs motifs pour interjeter appel de la décision de la Cour fédérale. Un de ces motifs était que la Cour fédérale n'a pas respecté l'équité procédurale. L'appelante a affirmé qu'elle a été prise par surprise par la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle elle était responsable des dommages en application du Code civil.

Il s'agissait en l'espèce de déterminer la présence ou non d'un manquement à l'équité procédurale.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

A breach of procedural fairness took place in this case. In particular, ABB Inc. did not plead that the appellant was liable in any way under the Civil Code. The pleadings did not suggest that the governing law was that of Quebec; during the trial the Federal Court raised by itself the possibility of liability of the respondent and the appellant under the Civil Code but did this in only a vague and general way; the Federal Court did not invite specific submissions on whether the Civil Code could apply on the facts of the case in light of the provisions of the *Canada Transportation Act* and the *Railway Traffic Liability Regulations*. In the end, the Federal Court found the appellant liable under the Civil Code. It appeared to have assumed that, as a matter of private international law, the Civil Code could apply to the appellant, a foreign entity operating entirely outside Canada without any contractual or other relationship with ABB Inc.

A court has an obligation to decide cases on all relevant law. Thus, the Federal Court did not err in raising with the parties the question whether they had overlooked the Civil Code. However, to fulfil the obligations of procedural fairness, the Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to the parties so that they could debate them in an informed way. Without having to flesh out the issues in much detail for the parties, the Federal Court had to flag the issues with enough particularity to facilitate the making of submissions. Given the procedural fairness shortcomings in this case, the Federal Court's verdict on the issue of the appellant's liability was unsafe. Further, had the issues between the parties been fully defined and clear, the appellant might have taken different tactical and evidentiary steps in the case. These could well have affected the outcome of the case.

Therefore, the judgment of the Federal Court against the appellant was set aside, and, as the whole proceeding was tainted by procedural unfairness as far as the appellant was concerned, a new trial in the Federal Court was ordered concerning the appellant's liability and any related or consequential issues before another judge of the Federal Court.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Civil Code of Québec, CQLR, c. CCQ-1991.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10.
Railway Traffic Liability Regulations, SOR/91-488.

Il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce. Notamment, ABB Inc. n'a pas fait valoir que l'appelante était de quelque façon responsable des dommages aux termes du Code civil. Les actes de procédure ne mentionnaient pas que le droit applicable était celui du Québec; la Cour fédérale a soulevé d'elle-même la possibilité que l'intimée et l'appelante soient responsables en application du Code civil, mais elle ne l'a fait que de façon vague et générale; et la Cour fédérale n'a pas invité les parties à déposer des observations visant précisément l'application du Code civil aux faits de l'espèce à la lumière des dispositions de la *Loi sur les transports au Canada* et du *Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises*. En fin de compte, la Cour fédérale a conclu que l'appelante était responsable aux termes du Code civil. Il semble qu'elle ait supposé que, dans le contexte du droit international privé, le Code civil pouvait s'appliquer à l'appelante, une entité étrangère exerçant ses activités à l'extérieur du Canada et n'ayant aucune relation contractuelle ou autre avec ABB Inc.

Une cour a l'obligation de trancher les dossiers en fonction de l'ensemble du droit applicable. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en soulevant avec les parties la question de savoir si elles avaient omis de tenir compte du Code civil. Toutefois, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée. Sans avoir à développer de façon très détaillée les questions aux parties, la Cour fédérale devait signaler les questions avec assez d'explications pour faciliter la présentation des observations. Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de l'appelante n'était pas sûr. En outre, si les questions en litige entre les parties avaient été complètement définies et claires, l'appelante aurait peut-être adopté une approche tactique et de présentation de la preuve différente en l'espèce. Cela aurait pu avoir une incidence sur l'issue de l'affaire.

Par conséquent, le jugement de la Cour fédérale contre l'appelante a été annulé et, puisque l'ensemble du recours était entaché de manquement à l'équité procédurale à l'égard de l'appelante, la tenue d'un nouveau procès devant la Cour fédérale, devant un autre juge, a été ordonnée relativement à la responsabilité de l'appelante et à toute autre question connexe ou qui en découlait.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Code civil du Québec, RLRQ, ch. CCQ-1991.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10.
Règlement sur la responsabilité à l'égard du transport ferroviaire des marchandises, DORS/91-488.

CASES CITED

REFERRED TO:

Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74, 157 O.A.C. 203 (C.A.); *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *Pinder Jr. v. Canada*, 2016 FCA 317; *Tervita Corporation v. Commissioner of Competition*, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352, 360 D.L.R. (4th) 717, revd on other grounds, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161.

APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 817, [2020] 4 F.C.R. 303) finding, among other things, that the appellant was liable under the *Civil Code of Québec* in an action for damages brought by the respondent ABB Inc. Appeal allowed.

APPEARANCES

Christopher Hubbard and Gabrielle Schachter for appellant.
Ryan R. Lee and Thomas Hanson for respondent Canadian National Railway Company.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellant.
Watson Goepel LLP, Vancouver, for respondent Canadian National Railway Company.

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

STRATAS J.A.:

[1] The appellant, CSX Transportation, Inc. [CSXT], appeals from the judgment of the Federal Court (*per* Grammond J.): 2020 FC 817.

[2] A Quebec manufacturer, ABB Inc., retained the respondent Canadian National Railway Company [CN] to ship a generator to Kentucky. CN handled the rail transportation in Canada. CN retained CSXT to handle the rail

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63; *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74, 157 O.A.C. 203 (C.A.); *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *Pinder Jr. c. Canada*, 2016 CAF 317; *Tervita Corporation c. Commissaire de la concurrence*, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352, inf. pour un autre motif, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161.

APPEL à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2020 CF 817, [2020] 4 R.C.F. 303) concluant, entre autres, que l'appelante était responsable en application du *Code civil du Québec* dans une action en dommages-intérêts intentée par l'intimée ABB Inc. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Christopher Hubbard et Gabrielle Schachter pour l'appelante.
Ryan R. Lee et Thomas Hanson pour l'intimée Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto pour l'appelante.
Watson Goepel LLP, Vancouver, pour l'intimée Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

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

LE JUGE STRATAS, J.C.A. :

[1] L'appelante, CSX Transportation, Inc. [CSXT], interjette appel du jugement rendu par le juge Grammond de la Cour fédérale (2020 CF 817).

[2] ABB Inc., un fabricant du Québec, a retenu les services de l'intimée, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN), pour envoyer un transformateur électrique au Kentucky. Le CN a géré le transport

transportation in the United States. There was no contractual relationship between ABB Inc. and CSXT. CSXT had no knowledge of the arrangements between CN and ABB Inc. CSXT is a Virginia corporation headquartered in Florida.

[3] While the generator was being transported by CSXT in the United States, it was damaged. ABB Inc. sued both CN and CSXT. The Federal Court, among other things, found CSXT liable under the *Civil Code of Québec*, CQLR, c. CCQ-1991.

[4] In this Court, CSXT appeals on a number of grounds. One ground is that the Federal Court did not respect procedural fairness. CSXT says it was taken by surprise by the Federal Court's finding that it was liable under the Civil Code.

[5] We agree with CSXT that a breach of procedural fairness took place in this case. Thus, the appeal must be allowed.

[6] The following circumstances, taken together, lead us to the conclusion that there was a breach of procedural fairness:

- ABB Inc. did not plead that CSXT was liable in any way under the Civil Code. The pleadings did not suggest that the governing law was that of Quebec. The pleadings were never amended, no party sought to amend the pleadings, and the Federal Court did not raise the issue of the pleadings. While there are circumstances where courts and parties can proceed with issues outside of the scope of the pleadings, the failure to amend the pleadings can result in uncertainty about precisely which issues are on or off the table. That was the case here, especially in light of the following events.

ferroviaire au Canada. Le CN a retenu les services de CSXT pour assurer le transport ferroviaire aux États-Unis. Il n'y avait aucune relation contractuelle entre ABB Inc. et CSXT. CSXT ne connaissait pas les arrangements entre le CN et ABB Inc. CSXT est une société de la Virginie dont le siège social est situé en Floride.

[3] Le transformateur électrique a été endommagé alors qu'il était transporté par CSXT aux États-Unis. ABB Inc. a poursuivi le CN et CSXT. La Cour fédérale a notamment conclu que CSXT était responsable en application du *Code civil du Québec*, RLRQ, ch. CCQ-1991.

[4] Devant notre Cour, CSXT invoque plusieurs motifs pour interjeter appel. Un de ces motifs est que la Cour fédérale n'a pas respecté l'équité procédurale. CSXT affirme qu'elle a été prise par surprise par la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle elle était responsable des dommages en application du Code civil.

[5] Nous sommes d'accord avec CSXT qu'il y a eu manquement à l'équité procédurale en l'espèce. Par conséquent, l'appel doit donc être accueilli.

[6] Les circonstances suivantes, prises dans leur ensemble, nous ont menées à la conclusion qu'il y avait eu manquement à l'équité procédurale :

- ABB Inc. n'a pas fait valoir que CSXT était de quelque façon responsable des dommages aux termes du Code civil. Les actes de procédure ne mentionnaient pas que le droit applicable était celui du Québec. Les actes de procédure n'ont jamais été modifiés, aucune partie n'a demandé de modifier les actes de procédure et la Cour fédérale n'a pas soulevé la question des actes de procédure. Il existe des circonstances où les tribunaux et les parties peuvent aborder des questions n'étant pas circonscrites dans les actes de procédure, mais le défaut de modifier les actes de procédure peut entraîner de l'incertitude à propos des questions en litiges qui doivent être tranchées. C'était le cas en l'espèce, particulièrement vu les événements suivants.

- During the trial the Federal Court raised by itself the possibility of liability of CN and CSXT under the Civil Code. But it did this in only a vague and general way, going no further than asking whether the Civil Code had any bearing on the matter. The Federal Court never put to the parties any particular theory of liability under the Civil Code or provide any particulars of what it had in mind. It never explicitly asked the parties to make submissions on how CSXT could be liable under the terms of the Civil Code.
- The Federal Court did not invite submissions on choice of law and private international law and, in particular, on the issue whether the Civil Code—Quebec legislation—could apply to CSXT, an entity resident in the United States and an entity that had no contractual relationship with ABB Inc. For example, having had no notice of the issue, the parties did not address with specificity or at all the limits of extra-territorial application of provincial laws: see *Unifund Assurance Co. v. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 SCC 40, [2003] 2 S.C.R. 63.
- The Federal Court did not invite specific submissions on whether the Civil Code could apply on the facts of the case in light of the provisions of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 and the *Railway Traffic Liability Regulations*, SOR/91-488, interpreted in accordance with their text, context and purpose, and whether they ousted the Civil Code. Nor did it invite submissions on whether CSXT was an “implied party” or other issues under the Civil Code. It just expressed an interest in the Civil Code and how it might interact with this case. The parties were left virtually to guess about what exactly should be argued under the Civil Code.
- Pendant l’audience, la Cour fédérale a soulevé d’elle-même la possibilité que le CN et CSXT soient responsables en application du Code civil. Cependant, elle ne l’a fait que de façon vague et générale, se demandant seulement si le Code civil avait une quelconque application en l’espèce. La Cour fédérale n’a jamais présenté aux parties une théorie précise de la responsabilité aux termes du Code civil, ni donné aucun détail de ce qu’elle avait à l’esprit. Elle n’a jamais demandé explicitement aux parties de présenter des observations sur la responsabilité de CSXT aux termes du Code civil.
- La Cour fédérale n’a pas invité les parties à présenter des observations sur le choix du droit et du droit international privé, plus particulièrement sur la question de savoir si le Code civil, qui est une loi du Québec, s’appliquait à CSXT, une entité résidente des États-Unis et une entité qui n’avait aucune relation contractuelle avec ABB Inc. Par exemple, n’ayant reçu aucun avis sur la question en litige, les parties n’ont pas abordé de façon détaillée, si même elles l’ont abordée, la question des limites de l’application extraterritoriale des lois provinciales. Voir *Unifund Assurance Co. c. Insurance Corp. of British Columbia*, 2003 CSC 40, [2003] 2 R.C.S. 63.
- La Cour fédérale n’a pas invité les parties à déposer des observations visant précisément l’application du Code civil aux faits de l’espèce à la lumière des dispositions de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10, et du *Règlement sur la responsabilité à l’égard du transport ferroviaire des marchandises*, DORS/91-488, interprétés en conformité avec leur texte, le contexte et leur objectif, et sur la question de savoir s’ils ont préséance sur le Code civil. La Cour fédérale n’a pas non plus invité les parties à présenter des observations à savoir si CSXT était une « partie implicite » ou sur toute autre question relative au Code civil. Elle a uniquement exprimé un intérêt envers le Code civil et son interaction possible avec le présent dossier. Les parties ont pratiquement dû deviner ce qu’elles devaient faire valoir en application du Code civil.

- At the behest of the parties near at the end of the trial, the Federal Court called for supplementary written submissions. Later, counsel for CN was unclear as to what aspects of the Civil Code were in play for the purposes of those submissions and sought clarification and particulars from the Federal Court: Appeal Book, page 88. Importantly, this was a sign that, at this late stage, the parties were unclear as to what exactly was in issue and what should be argued.
- Most significantly, the Federal Court responded in a way that did not assist the parties or clarify any lack of clarity (Appeal Book, page 91):

With respect to CN's request for clarification, the Court's understanding is as follows. At the hearing, the Court asked the parties whether they had considered that the Civil Code of Quebec could govern certain aspects of the case. As a result, CN asked for the opportunity to make supplementary written submissions. It should be emphasized that in asking that question, the Court did not intend to express a preliminary opinion on the matter not to direct the parties as to how they should argue their case. Nevertheless, if that may be of assistance, the Court's question was not limited to any specific aspect of the case.

- The Federal Court did not give notice of any related issues such as private international law, the applicability of the Civil Code in light of specific provisions of the *Canada Transportation Act*, or any other related issues.
- Thus, without clarification in the pleadings or from the Federal Court, all the parties could do is take a stab at the matter.
- In the end, in extensive reasons the Federal Court found CSXT liable under the Civil Code. The Federal Court appears to have assumed that, as a matter of private international law, the Civil Code could apply to CSXT, a foreign entity operating

- À la demande des parties, peu avant la fin de l'audience, la Cour fédérale a demandé que des observations écrites supplémentaires soient déposées. Par la suite, l'avocat du CN, n'étant pas certain des aspects du Code civil visés par ces observations, a demandé des clarifications et des détails à la Cour fédérale : dossier d'appel, à la page 88. Fait important, il s'agit d'un signe qu'à cette étape tardive, les parties étaient incertaines de la question en litige et des arguments qu'elles devaient faire valoir.
- Plus important encore, la Cour fédérale a répondu d'une façon qui n'a pas aidé les parties et n'a pas clarifié ce qui devait l'être (dossier d'appel, à la page 91) :

[TRADUCTION] Concernant la demande de clarification du CN, voici ce que notre Cour retient : Lors de l'audience, la Cour a demandé aux parties si elles avaient examiné la possibilité que le Code civil du Québec puisse régir certains aspects de cette affaire. C'est en réponse à cette question que le CN a demandé l'occasion de présenter des observations écrites supplémentaires. Il faut souligner qu'en posant cette question, la Cour n'avait pas l'intention d'exprimer une opinion préliminaire sur le sujet, afin de ne pas orienter les parties sur la façon de soutenir leur dossier. Néanmoins, si cela peut être d'une quelconque aide, la question de la Cour ne se limitait pas à un aspect particulier de l'affaire.

- La Cour fédérale n'a pas donné avis d'une autre question connexe, notamment sur le droit international privé, l'application du Code civil à la lumière de dispositions particulières de la *Loi sur les transports au Canada*, ou sur toute autre question connexe.
- Ainsi, sans clarification dans les actes de procédure ou de la Cour fédérale, les parties n'ont pu faire autrement que tenter d'aborder la question.
- En fin de compte, dans ses motifs exhaustifs, la Cour fédérale a conclu que CSXT était responsable aux termes du Code civil. La Cour fédérale semble avoir supposé que, dans le contexte du droit international privé, le Code civil pouvait

entirely outside Canada without any contractual or other relationship with ABB Inc.

s'appliquer à CSXT, une entité étrangère exerçant ses activités à l'extérieur du Canada et n'ayant aucune relation contractuelle ou autre avec ABB Inc.

[7] A court has an obligation to decide cases on all relevant law. Thus, the Federal Court did not err in raising with the parties the question whether they had overlooked the Civil Code.

[7] Une cour a l'obligation de trancher les dossiers en fonction de l'ensemble du droit applicable. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en soulevant avec les parties la question de savoir si elles avaient omis de tenir compte du Code civil.

[8] However, to fulfil the obligations of procedural fairness, the Federal Court had to be more specific about its concerns or put specific propositions to the parties so that they could debate them in an informed way. To do this, it had to invite submissions on the particular issues in the Civil Code it was concerned about, including the applicability of the Civil Code under private international law and its applicability in the face of provisions of the *Canada Transportation Act*.

[8] Toutefois, pour répondre aux obligations de l'équité procédurale, la Cour fédérale devait être plus précise à propos de ses questionnements, ou faire des propositions précises aux parties afin qu'elles puissent en débattre de façon éclairée. Pour ce faire, elle devait inviter les parties à présenter des observations aux questions particulières qui la préoccupaient par rapport au Code civil dans le cadre du droit international privé et de son application compte tenu des dispositions de la *Loi sur les transports au Canada*.

[9] The Federal Court need not have fleshed out the issues for the parties in much detail at all. Rather, it only had to flag the issues with enough particularity to facilitate the making of submissions. On procedural fairness in this context, see *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74, 157 O.A.C. 203 (C.A.); the comments of the Supreme Court in *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689 concerning procedural fairness concerning new issues in appeal courts are also helpful to first-instance courts.

[9] La Cour fédérale n'avait pas à développer de façon très détaillée les questions aux parties. Elle devait seulement signaler les questions avec assez d'explications pour faciliter la présentation des observations. Sur la question de l'équité procédurale dans ce contexte, voir l'arrêt *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74, 157 O.A.C. 203 (C.A.); les commentaires de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689 concernant l'équité procédurale dans le cas des nouvelles questions soulevées devant les cours d'appel sont également utiles aux cours de première instance.

[10] Given the procedural fairness shortcomings in this case, we consider the Federal Court's verdict on the issue of CSXT's liability to be unsafe. The parties tried their best to anticipate what was of concern regarding the Civil Code and related issues. Even then, the parties' submissions on the applicability of the Civil Code were sparse at best and did not address larger issues of private international law. Had the Federal Court received fully informed submissions on all relevant issues, the submissions and the outcome might have been different. Indeed, we cannot rule out the possibility that if the Federal Court had put specific concerns to the parties,

[10] Considérant les lacunes relatives à l'équité procédurale en l'espèce, nous sommes d'avis que le verdict de la Cour fédérale sur la question de la responsabilité de CSXT n'est pas sûr. Les parties ont tenté de leur mieux d'anticiper les questionnements relatifs au Code civil et aux questions connexes. Malgré cela, les observations des parties sur l'application du Code civil étaient, au mieux, clairessemées et n'abordaient pas la question plus générale du droit international privé. Si la Cour fédérale avait reçu des observations réellement éclairées sur chacune des questions pertinentes, les observations et la décision auraient pu être différentes. Il nous est en

the parties might have decided to file additional evidence or file additional authorities.

[11] Further, had the issues between the parties been fully defined and clear, CSXT might have taken different tactical and evidentiary steps in the case. These could well have affected the outcome of the case.

[12] As long as procedural fairness is afforded to the parties, a court can consider issues that have to be decided even though they have not been pleaded: *Pinder Jr. v. Canada*, 2016 FCA 317; *Tervita Corporation v. Commissioner of Competition*, 2013 FCA 28, [2014] 2 F.C.R. 352, 360 D.L.R. (4th) 717, at paragraph 72, rev'd on other grounds, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161. However, now that additional issues are in play, we consider it advisable for the parties to amend their pleadings in the Federal Court in order to embrace these issues.

[13] Therefore, we will allow the appeal with costs, set aside the judgment of the Federal Court against CSXT, and, as the whole proceeding is tainted by procedural unfairness as far as CSXT is concerned, order a new trial in the Federal Court concerning CSXT's liability and any related or consequential issues before another judge of the Federal Court. The last-mentioned component of our judgment is necessary because the judge who issued the judgment of the Federal Court has already expressed his views on some of the issues.

[14] In retrying the matter, the Federal Court should not consider itself bound or influenced, one way or the other, by the Federal Court's reasons for judgment in this case on the issues affecting the liability of CSXT, including the Civil Code issues and whether the Civil Code can even apply in the first place. These issues as against CSXT should be regarded as unresolved. They should be given an independent, fresh look, informed by the submissions of the parties.

effet impossible d'exclure la possibilité que, si la Cour fédérale avait présenté des questions précises aux parties, celles-ci auraient décidé de déposer des éléments de preuve ou des décisions supplémentaires.

[11] En outre, si les questions en litige entre les parties avaient été complètement définies et claires, CSXT aurait peut-être adopté une approche tactique et de présentation de la preuve différentes en l'espèce. Cela aurait pu avoir une incidence sur l'issue de l'affaire.

[12] Tant que les parties bénéficient de l'équité procédurale, une cour peut tenir compte de questions en litiges devant être tranchées, même si elles n'ont pas été plaidées : *Pinder Jr. c. Canada*, 2016 CAF 317; *Tervita Corporation c. Commissaire de la concurrence*, 2013 CAF 28, [2014] 2 R.C.F. 352, au paragraphe 72, infirmé pour un autre motif, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161. Toutefois, maintenant que de nouvelles questions en litige sont soulevées, nous sommes d'avis qu'il est souhaitable que les parties modifient leurs actes de procédure devant la Cour fédérale pour tenir compte de ces questions.

[13] Par conséquent, nous accueillons l'appel, le tout avec dépens, annulons le jugement de la Cour fédérale contre CSXT et, puisque l'ensemble du recours est entaché de manquement à l'équité procédurale à l'égard de CSXT, nous ordonnons la tenue d'un nouveau procès devant la Cour fédérale, devant un autre juge, relativement à la responsabilité de CSXT et à toute autre question connexe ou qui en découle. La dernière partie de notre jugement est nécessaire, car le juge ayant rendu le jugement de la Cour fédérale a déjà exprimé son avis sur certaines des questions en litige.

[14] En jugeant cette affaire de nouveau, la Cour fédérale ne doit pas se considérer comme liée ou se laisser influencer, d'une façon ou d'une autre, par les motifs du jugement de la Cour fédérale en l'espèce touchant la responsabilité de CSXT, notamment sur les questions relatives au Code civil et à savoir si le Code civil peut même s'appliquer. Les questions visant CSXT doivent être abordées comme n'ayant pas été tranchées. Elles doivent être examinées avec un regard neuf et indépendant, éclairé par les observations des parties.

	2022 FC 1130 IMM-4055-21	2022 CF 1130 IMM-4055-21
Samat Serimbetov (<i>Applicant</i>)		Samat Serimbetov (<i>demandeur</i>)
v.		c.
Minister of Immigration, Refugees and Citizenship Canada (<i>Respondent</i>)		Ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté (<i>défendeur</i>)
	IMM-4058-21	IMM-4058-21
Andrey Chshelokovskiy (<i>Applicant</i>)		Andrey Chshelokovskiy (<i>demandeur</i>)
v.		c.
Minister of Immigration, Refugees and Citizenship Canada (<i>Respondent</i>)		Ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté (<i>défendeur</i>)
	IMM-4064-21	IMM-4064-21
Mikhail Kadymov (<i>Applicant</i>)		Mikhail Kadymov (<i>demandeur</i>)
v.		c.
Minister of Immigration, Refugees and Citizenship Canada (<i>Respondent</i>)		Ministre de l'Immigration, des Réfugiés et de la Citoyenneté (<i>défendeur</i>)
INDEXED AS: SERIMBETOV v. CANADA (IMMIGRATION, REFUGEES AND CITIZENSHIP)		RÉPERTORIÉ : SERIMBETOV c. CANADA (IMMIGRATION, RÉFUGIÉS ET CITOYENNETÉ)
Federal Court, Diner J.—Toronto, June 8 and July 28, 2022.		Cour fédérale, juge Diner—Toronto, 8 juin et 28 juillet 2022.
<i>Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Business class applicants — Applications for judicial review concerning three work permit refusals (Decisions) by visa officer at Canadian Embassy in Warsaw, Poland (Officer) — Work permits were filed under Start-up Business Class (Program) — Three applicants all citizens of Kazakhstan, business partners who applied for Start-up Business Class Work Permits in conjunction with Program — Applicants sought to create company for purpose of designing, fabricating, selling self-sustained greenhouses — Applicants submitted application package for work permits under Program — Substantive reasons for Decisions, contained in refusal letters, Global Case Management System (GCMS) notes, were identical in all three files with minor exception — Officer found</i>		<i>Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Demandeurs de la catégorie des gens d'affaires — Demandes de contrôle judiciaire de trois décisions par lesquelles un agent des visas à l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne (l'agent) a rejeté les demandes de permis de travail des demandeurs (les décisions) — Les demandes de permis de travail ont été présentées au titre de la catégorie du démarrage d'entreprise (le programme) — Les demandeurs sont tous des citoyens du Kazakhstan et des partenaires commerciaux ayant présenté une demande de permis de travail pour démarrage d'entreprise dans le cadre du programme — Les demandeurs souhaitaient créer une entreprise de conception, de fabrication et de vente de serres autonomes — Les demandeurs ont présenté un dossier de demande de permis de travail dans le cadre</i>

that applicants not eligible for C10 LMIA-exempt work permits for which they applied because in particular, applicants had not provided sufficient evidence of personal renown, expertise in their field, had not made efforts to first obtain LMIA — Officer thus not satisfied that work sought by applicants would create or maintain significant benefits or opportunities for Canadians, concluding that applicants not qualifying for C10 LMIA-exempt work permits under Immigration and Refugee Protection Regulations, s. 205(a) — Officer also determined that applicants not eligible for A75-coded Work Permits — Applicants subsequently submitted requests for their refusals to be reconsidered, asserting that Officer's refusal letters not adequately taking into account Program's requirements — However, reconsideration requests also refused — Refusal letters issued with respect to reconsideration simply stated that no error in fact, law or procedural fairness occurred — Judicial review was in relation to refusal to reconsider Decisions which referred to initial reasons — Main issue was whether Decisions reasonable — Officer's Decisions unreasonable — Despite applicants' argument about GCMS notes, such notes should, do form part of Decisions as held prior to and since Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov — However, GCMS notes failed to acknowledge LMIA-exempt nature of Program, applied wrong assessment criteria for work permit at issue — It was unreasonable for Officer to rely on family ties, purpose of applicants' visit to conclude that applicants unlikely to leave Canada at end of authorized stay — Officer also failed to grapple with evidence on file; erred in factoring into refusal fact that applicants had not yet incorporated business — Officer's three decisions therefore had to be redetermined through different officer — Applications allowed.

These were applications for judicial review heard concurrently concerning three work permit refusals (the Decisions) by a visa officer at the Canadian Embassy in Warsaw, Poland (Officer). The work permits were filed under the Start-up Business Class (Program).

du programme — Les motifs de rejet, énoncés dans les lettres de refus et les notes du Système mondial de gestion des cas (le SMGC), étaient identiques dans les trois dossiers, à une exception près — L'agent a conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10, notamment parce que la preuve qu'ils avaient présentée ne permettait pas d'établir leur renommée ou leur expertise et qu'ils n'avaient pas fait d'efforts pour obtenir d'abord une EIMT — N'étant donc pas convaincu que le travail pour lequel les permis de travail avaient été demandés permettrait de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages pour les citoyens canadiens, l'agent a conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10 suivant l'alinéa 205a) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — L'agent a également jugé que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail délivré au titre du code de dispense A75 — Les demandeurs ont par la suite présenté une demande de réexamen au motif que l'agent n'avait pas tenu adéquatement compte, dans ses lettres de refus, des exigences du programme — Cependant, ces demandes de réexamen ont également été rejetées — Les lettres de refus remises à la suite du réexamen indiquaient simplement qu'aucune erreur de fait ou de droit n'avait été commise et qu'il n'y avait eu aucun manquement à l'équité procédurale — Le contrôle judiciaire était lié au refus de procéder au réexamen des décisions, renvoyant aux motifs de refus initiaux — Il était question de savoir en l'espèce si les décisions étaient raisonnables — Les décisions de l'agent étaient déraisonnables — Malgré l'argument des demandeurs à propos des notes versées au SMGC, celles-ci font partie des décisions contestées, comme cela a toujours été le cas avant l'affaire Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov et depuis — Cependant, selon les notes versées dans le SMGC, le fait que le programme n'exige pas d'EIMT n'a pas été reconnu et le mauvais critère à l'évaluation des demandes de permis de travail en cause a été appliqué — Il était déraisonnable pour l'agent de se fonder sur les liens familiaux et l'objet de la visite des demandeurs pour conclure qu'il était peu probable que les demandeurs quittent le Canada à la fin de la période de séjour autorisée — En outre, l'agent n'a pas tenu compte de la preuve au dossier; il a commis une erreur en tenant compte du fait que les demandeurs n'avaient pas encore constitué leur entreprise en société — Les trois décisions de l'agent devaient donc faire l'objet d'un réexamen par un autre agent — Demandes accueillies.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire, entendues simultanément, de trois décisions par lesquelles un agent des visas à l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne (l'agent), a rejeté les demandes de permis de travail des demandeurs (les décisions). Les demandes de permis de travail avaient été présentées au titre de la catégorie du démarrage d'entreprise (le programme).

The three applicants are all citizens of Kazakhstan and business partners who applied for Start-up Business Class Work Permits in conjunction with the Program. The applicants sought to create a company for the purpose of designing, fabricating, and selling self-sustained greenhouses, named Modular Green Canada. The greenhouses would cultivate plants and fish using aquaponics and solar energy, which the applicants said would help to address food insecurity in Northern Canada by offering year-round production. Mr. Serimbetov was to have the role of Chief Executive Officer with 80 percent of the shares of the company; Mr. Chshelokovskiy, the role of Vice President of Business Development with 10 percent of the shares; and Mr. Kadymov, the role of Vice President of Finance with 10 percent of the shares. All three applicants hold a university degree and have experience in industry and management. In accordance with the requirements for work permits under the Program, each submitted an application package which included: (a) an undertaking to live in Manitoba; (b) proof of payment of the employer compliance fee; (c) a Commitment Certificate and Letter of Support from Manitoba Technology Accelerator, their designated entity (the Designated Entity) under the Program; (d) an IMM-5802 Form (Offer of Employment to a Foreign National Exempt from a Labour Market Impact Assessment (LMIA)); and (e) proof of sufficient funds. Counsel also provided detailed submissions explaining why each of the applicants qualified for a work permit. A letter from the Designated Entity provided as part of their supporting materials explained why the applicants were “essential” and the reasons for requesting early entry to Canada to begin work on their business.

The substantive reasons for the Decisions, contained in the refusal letters (Refusal Letters) and Global Case Management System (GCMS) notes, were identical in all three files with a minor exception. First, the Officer found that the applicants were not eligible for the C10 work permits for which they applied. C10 is a work permit coding for work permits that are exempt from a LMIA. The Officer further stated that all practical efforts to obtain an assessment from Employment and Social Development Canada (ESDC) should be made before a C10 exemption is requested. After assessing these criteria, the Officer determined that the applicants were not eligible for C10 LMIA-exempt work permits because they had not provided sufficient evidence of personal renown and expertise in their field, and had not made efforts to first obtain an LMIA. The Officer, as a result, was not satisfied that the work sought by the applicants would create or maintain significant benefits or opportunities for Canadians, concluding that the applicants did not qualify for C10 LMIA-exempt work permits under paragraph 205(a) of the *Immigration and Refugee Protection*

Les trois demandeurs sont des citoyens du Kazakhstan et des partenaires commerciaux ayant présenté une demande de permis de travail pour démarrage d'entreprise dans le cadre du programme. Les demandeurs souhaitaient créer une entreprise de conception, de fabrication et de vente de serres autonomes appelée Modular Green Canada. Les serres combindraient la culture aquaponique et l'énergie solaire pour permettre la culture des plantes et l'élevage de poisson, ce qui contribuerait selon les demandeurs à combattre l'insécurité alimentaire dans le Nord du Canada en assurant une production à l'année. M. Serimbetov devait détenir 80 p. 100 des actions de la société et occuper le poste de chef de la direction; M. Chshelokovskiy devait détenir 10 p. 100 des actions de la société et occuper le poste de vice-président du développement des affaires; et M. Kadymov devait détenir 10 p. 100 des actions de la société et occuper le poste de vice-président des finances. Les trois demandeurs détiennent un diplôme universitaire et ont de l'expérience dans l'industrie et en gestion. Conformément aux exigences relatives à la délivrance d'un permis de travail dans le cadre du programme, chaque demandeur a présenté un dossier de demande comprenant : a) un engagement de vivre au Manitoba; b) une preuve du paiement des frais relatifs à la conformité de l'employeur; c) un certificat d'engagement et une lettre d'appui de la part de Manitoba Technology Accelerator, leur entité désignée dans le cadre du programme (l'entité désignée); d) un formulaire IMM-5802 (Offre d'emploi à un ressortissant étranger dispensé d'une étude d'impact sur le marché du travail (EIMT)); et e) la preuve de fonds suffisants. Leurs avocats ont également présenté des observations détaillées expliquant pourquoi chacun des demandeurs était admissible à un permis de travail. Dans une lettre présentée à l'appui des demandes de permis de travail, l'entité désignée a expliqué pourquoi les demandeurs étaient « essentiels » et pourquoi ils demandaient une entrée rapide au Canada pour commencer à travailler à leur entreprise.

Les motifs de rejet, énoncés dans les lettres de refus (les lettres de refus), et les notes versées dans le Système mondial de gestion des cas (le SMGC) étaient identiques dans les trois dossiers, à une exception près. L'agent a tout d'abord conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail au titre du code de dispense C10. Le code de dispense C10 vise les permis de travail qui sont dispensés d'une EIMT. L'agent a ajouté que tous les efforts possibles pour obtenir une évaluation d'Emploi et Développement social Canada (EDSC) devaient être déployés avant de demander une dispense au titre du code C10. Après avoir évalué ces critères, l'agent a jugé que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10, parce que la preuve qu'ils avaient présentée ne permettait pas d'établir leur renommée ou leur expertise et qu'ils n'avaient pas fait d'efforts pour obtenir d'abord une EIMT. L'agent n'était donc pas convaincu que le travail pour lequel les permis de travail avaient été demandés permettrait de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages pour les citoyens canadiens, et il a conclu que les demandeurs

Regulations. The Officer was not satisfied that the applicants would be able to perform the work sought or provide a significant benefit, as required by paragraphs 205(a) and 200(3)(a) of the Regulations. The Officer then assessed the applicants' eligibility for an A75-coded Work Permit and was unsatisfied that the purpose of the visit, employment situation in Kazakhstan (in regard solely to Mr. Serimbetov), and applicants' family ties, were sufficient to ensure departure from Canada at the end of the authorized period of stay, as required by paragraph 200(1)(b) of the Regulations.

The applicants subsequently submitted requests for their refusals to be reconsidered, asserting that the Officer's refusal letters did not adequately take into account the requirements of the Program. These reconsideration requests were also refused. The refusal letters issued with respect to the reconsideration simply stated that no error in fact, law or procedural fairness occurred. The applicants argued that errors were made regarding (1) GCMS notes forming part of the decisions post—*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*; (2) family ties and purpose of visit; (3) employment in the home country; (4) inability to perform the work sought; (5) the work permit category; (6) the lack of an incorporated business; and (7) the failure to request peer review. The judicial review was in relation to the refusal to reconsider the Decisions, which referred to the initial reasons, stating that they contained no errors. Also, this was the first judicial review application challenging work permit refusals under the Program. A review of the Start-Up Business Class Program was made.

The main issue herein was whether the Decisions were reasonable.

Held, the applications should be allowed.

The applicants submitted in particular that GCMS notes not communicated to an applicant do not form part of the reasons or justify the refusal of the applicants' work permits and that this was in accordance with *Vavilov*. They noted that *Vavilov* stated that formal reasons that do not justify a decision cannot be upheld on the basis of internal records that were not available to the affected party. This argument was, however, rejected. GCMS notes should and do form part of the Decisions, as has been consistently held both prior to *Vavilov* and since. Nonetheless, the applicants were right in stating that the Officer made other unreasonable findings.

n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10 suivant l'alinéa 205a) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L'agent n'était pas convaincu que les demandeurs seraient capables d'exercer l'emploi pour lequel les permis étaient demandés ou qu'ils fourniraient un avantage important, comme l'exigent les alinéas 205a) et 200(3)a) du Règlement. L'agent a ensuite évalué l'admissibilité des demandeurs à un permis de travail délivré au titre du code de dispense A75, mais n'était pas convaincu que les demandeurs quitteraient le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, comme l'exige l'alinéa 200(1)b) du Règlement, en raison de l'objet de la visite, de la situation d'emploi au Kazakhstan (dans le cas de M. Serimbetov) et des liens familiaux des demandeurs.

Les demandeurs ont par la suite chacun présenté une demande de réexamen au motif que l'agent n'avait pas tenu adéquatement compte, dans ses lettres de refus, des exigences du programme. Ces demandes de réexamen ont également été rejetées. Les lettres de refus remises à la suite du réexamen indiquaient simplement qu'aucune erreur de fait ou de droit n'avait été commise et qu'il n'y avait eu aucun manquement à l'équité procédurale. Les demandeurs ont soutenu que des erreurs avaient été commises au sujet 1) de la question de savoir si les notes du SMGC font partie de la décision depuis l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*; 2) des liens familiaux et de l'objet de la visite; 3) de l'emploi dans le pays d'origine; 4) de l'incapacité à exercer l'emploi pour lequel les permis de travail ont été demandés; 5) de la catégorie au titre de laquelle les permis de travail ont été demandés; 6) de l'absence d'une entreprise constituée en société; et 7) du défaut de demander un examen par les pairs. Le contrôle judiciaire était lié au refus de procéder au réexamen des décisions (les motifs de refus initiaux) sur la base qu'aucune erreur n'avait été commise. En outre, il s'agissait de la première demande de contrôle judiciaire portant sur le refus d'accorder un permis de travail dans le cadre du programme. Un examen de la catégorie du démarrage d'entreprise a été effectué.

La question principale en l'espèce était celle de savoir si les décisions étaient raisonnables.

Jugement : les demandes doivent être accueillies.

Les demandeurs ont notamment fait valoir que les notes versées dans le SMGC, qui ne sont pas communiquées au demandeur, ne font pas partie des motifs et que, conformément à l'arrêt *Vavilov*, elles ne peuvent pas servir à justifier le refus d'accorder un permis de travail. Ils ont fait remarquer qu'il est établi dans l'arrêt *Vavilov* que les motifs écrits qui ne justifient pas la décision ne peuvent être confirmés sur la base de dossiers internes qui n'étaient pas à la disposition de la partie concernée. Cependant, cet argument a été rejeté. Les notes versées dans le SMGC font partie des décisions contestées, comme cela a toujours été le cas avant l'affaire *Vavilov* et

Regarding family ties and purpose of visit, it was unreasonable for the Officer to rely on (a) family ties, and (b) purpose of the applicants' visit, to conclude that they were unlikely to leave Canada at the end of their authorized stay. The Program has as its primary objective permanent residence in Canada on the basis of start-up entrepreneurship. As such, the refusals on the basis of family ties—absent reasonable justification for this basis of refusal—when the work permit applications were expressly intended as a precursor to a forthcoming permanent residency application, was not only inconsistent with the purpose of the Program, but it was also illogical. For the same reasons, the Officer's consideration of the purpose of the applicants' visit was unreasonable, as guidance from Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC) indicates that work permits allow applicants to enter Canada and begin working while their application for permanent residence is still pending (Application Guide, at section 6.5). This is the exact purpose that the applicants sought to pursue in their applications and for which due diligence had already been conducted by the Designated Entity. The Decisions also lacked reasonable justification as a basis for refusal. In the absence of any other indication of why the Officer was not satisfied the applicants would leave Canada at the end of the period authorized for their stay, the Officer's Decisions were both lacking in rationale and justification given the parameters of the Program and the work permits filed under it. As to employment in Kazakhstan, it was unreasonable to find that Mr. Serimbetov would be unlikely to leave Canada at the end of his authorized stay due to his previous employment situation. Again, this ran counter to the whole purpose of the work permit application.

With respect to the Officer's finding that the applicants were unable to "perform the work sought", the Officer failed to grapple with the evidence on file, and most particularly, the documentation from the Designated Entity supporting the immediate presence requirement for the purposes of their work permits (through the Letters of Support) and the start-up business (through the Commitment Certificates). Furthermore, the Officer did not address why the applicants would not be able to undertake the job descriptions contained in section 5.3 of the Commitment Certificates, in light of their experience and education. The Officer also found, for each of the three applicants, that they had not submitted proof of language scores. While language proficiency is a requirement for permanent residency under the Program, it is not required with an application for a work permit.

depuis. Néanmoins, les demandeurs ont affirmé à juste titre que l'agent avait tiré des conclusions déraisonnables.

Quant aux liens familiaux et à l'objet de la visite, il était déraisonnable pour l'agent de se fonder sur a) les liens familiaux et b) l'objet de la visite des demandeurs au Canada pour conclure qu'il était peu probable qu'ils quittent le Canada à la fin de la période de séjour autorisée. Le programme a pour objectif principal l'obtention de la résidence permanente au Canada sur la base du démarrage d'une entreprise. Par conséquent, les refus fondés sur les liens familiaux, en l'absence d'une justification raisonnable, alors que les demandes de permis de travail étaient expressément destinées à mener à une demande de résidence permanente, étaient non seulement incompatibles avec l'objet du programme, mais aussi illogiques. Pour les mêmes raisons, l'examen par l'agent de l'objet de la visite au Canada des demandeurs était déraisonnable, car les lignes directrices d'Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC) indiquent que les permis de travail permettent aux demandeurs d'entrer au Canada et de commencer à travailler pendant le traitement de leur demande de résidence permanente (guide de présentation d'une demande, section 6.5). C'est exactement ce que les demandeurs cherchaient à faire lorsqu'ils ont présenté leurs demandes, et l'entité désignée avait déjà fait preuve de diligence raisonnable à cet égard. De plus, les décisions ne contenaient aucune justification raisonnable des motifs de refus. Puisque l'agent n'a pas expliqué pourquoi il n'était pas convaincu que les demandeurs quitteraient le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, les décisions de l'agent n'étaient ni logiques ni justifiées, compte tenu des paramètres du programme et des demandes de permis de travail déposées dans le cadre de celui-ci. Quant à l'emploi au Kazakhstan, il était déraisonnable de conclure que M. Serimbetov ne quitterait probablement pas le Canada à la fin de la période de séjour autorisée en raison de sa situation d'emploi antérieure. Encore une fois, cette conclusion allait à l'encontre de l'objet même de la demande de permis de travail.

Quant à la conclusion de l'agent selon laquelle les demandeurs étaient incapables « d'exercer l'emploi pour lequel le[s] permis de travail [avaient été] demandé[s] », l'agent n'a pas tenu compte de la preuve au dossier et, plus particulièrement, de la documentation provenant de l'entité désignée à l'appui de la présence immédiate des demandeurs au Canada dans le contexte de leurs permis de travail (au moyen des lettres de soutien) et de l'entreprise en démarrage (au moyen des certificats d'engagement). De plus, l'agent n'a pas expliqué pourquoi les demandeurs ne seraient pas en mesure de remplir les descriptions d'emploi énoncées à l'article 5.3 des certificats d'engagement, compte tenu de leur expérience et de leurs études. L'agent a également conclu, pour chacun des trois demandeurs, qu'ils n'avaient pas présenté de preuve relative à leurs compétences linguistiques. Bien que les compétences linguistiques soient exigées pour obtenir la résidence permanente dans le cadre du programme, elles ne sont pas exigées dans le cadre d'une demande de permis de travail.

As to the LMIA-exempt work permit, the applicants argued that it was also unreasonable for the Officer to fault them for failing to have attempted to obtain an LMIA before applying for an LMIA-exempt work permit. They submitted that this was another indication that the Officer failed to appreciate both the purpose of the Program and work permits issued under it. The guidance makes it clear (in both the Overview and Application Guide) that the work permit is to be issued on an LMIA-exempt basis. The GCMS notes, however, failed to acknowledge the LMIA-exempt nature of the Program and applied the wrong assessment criteria for such a work permit in stating that “all practical efforts to obtain ESDC’s assessment should be made before C10 is applied.”

Also, the Officer unreasonably erred in factoring into the refusal the fact that the applicants had not yet incorporated their business. First, the work permit applications each indicate that the applicants intend to incorporate their business upon arrival in Canada. Second, even the permanent residence application stage expressly permits applicants to incorporate a business subsequent to entering Canada, as long as an applicant demonstrates the intention to incorporate after the approval of permanent residence (Regulations, subsection 98.06(2)). And finally, with respect to the peer review mechanism, the applicants were right in contending that it was unreasonable for the Officer to find that they did not meet the Program requirements and could not perform the work sought without triggering a peer review, as they assert this was beyond the scope of the Officer’s purview under the regulatory scheme of the Program. Peer review is not mandatory under section 98.09 of the Regulations, which states that an officer “may request” an independent assessment by a peer review panel. Furthermore, the officer is not bound by its assessment (subsection 98.09(4)). In short, while the failure to trigger a peer review did not render the Decisions unreasonable in this case, other aspects of them did.

The Officer’s three decisions were unreasonable and the files had to be redetermined through a different officer.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 89, 98, 98.01(1),(2), 98.02(1)(d), 98.03, 98.04, 98.06, 98.09, 98.10, 200(1)(b),(3)(a), 205(a).

Quant au permis de travail dispensé d’une EIMT, les demandeurs ont soutenu qu’il était également déraisonnable de la part de l’agent de leur reprocher de ne pas avoir tenté d’obtenir une EIMT avant de demander un permis de travail dispensé d’une EIMT. Ils ont soutenu qu’il s’agissait d’une autre preuve que l’agent n’avait pas bien évalué l’objet du programme et des permis de travail délivrés dans le cadre de celui-ci. Les lignes directrices (les lignes directrices générales et le guide de présentation d’une demande) indiquent clairement que le permis de travail doit être dispensé d’une EIMT. Les notes versées dans le SMGC, cependant, permettaient de constater que l’agent n’a pas reconnu qu’il n’est pas nécessaire d’obtenir une EIMT dans le cadre du programme et qu’il a appliqué le mauvais critère à l’évaluation des demandes de permis de travail en affirmant que [TRADUCTION] « tous les efforts possibles pour obtenir une évaluation d’EDSC doivent être déployés avant de demander une dispense au titre du code C10 ».

L’agent a aussi commis une erreur en tenant compte du fait que les demandeurs n’avaient pas encore constitué leur entreprise en société. Premièrement, les trois demandes de permis de travail indiquaient que les demandeurs avaient l’intention de constituer leur entreprise en société à leur arrivée au Canada. Deuxièmement, même à l’étape de la demande de résidence permanente, il est permis aux demandeurs de constituer une entreprise après leur arrivée au Canada, pourvu qu’ils démontrent leur intention de la constituer en société après l’obtention de la résidence permanente (paragraphe 98.06(2) du Règlement). Enfin, en ce qui concerne le mécanisme d’examen par les pairs, les demandeurs ont soutenu à juste titre qu’il était déraisonnable de la part de l’agent de conclure qu’ils ne satisfaisaient pas aux exigences du programme et qu’ils étaient incapables d’exercer le travail pour lequel les permis de travail avaient été demandés sans demander un examen par les pairs, puisque cette conclusion outrepassait la compétence que conférait à l’agent le cadre réglementaire du programme. L’examen par les pairs n’est pas obligatoire selon l’article 98.09 du Règlement, qui prévoit que l’agent « peut demander » qu’une évaluation indépendante soit menée par un comité d’examen par les pairs. De plus, l’agent n’est pas lié par l’évaluation de ce comité (paragraphe 98.09(4) du Règlement). Bref, bien que le défaut de demander un examen par les pairs ne suffisait pas à rendre les décisions déraisonnables en l’espèce, celles-ci étaient déraisonnables pour d’autres motifs.

Les trois décisions de l’agent étaient déraisonnables et les dossiers devaient faire l’objet d’un réexamen par un autre agent.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 22(2).

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 22(2).

Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules, SOR/93-22, r. 22.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 89, 98, 98.01(1),(2), 98.02(1)(d), 98.03, 98.04, 98.06, 98.09, 98.10, 200(1)b),(3)a), 205a).

Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés, DORS/93-22, règle 22.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Shekhtman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 964, 49 Admin. L.R. (6th) 12.

REFERRED TO:

Nguyen v. Canada (Citizenship and Immigration), 2019 FC 439, 68 Imm. L.R. (4th) 156; *Crudu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 834; *Emuze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 894, 83 Imm. L.R. (4th) 297; *Ezou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 251; *Rabbani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 257; *Gulati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 1358; *Rosenberry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 521, 409 F.T.R. 191; *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rafuse*, 2002 FCA 31, 286 N.R. 385, [2002] 2 F.C. D-9.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2018-72, C. Gaz. 2018.II.830.

House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration. *Evidence*, 41st Parl., 2nd Sess., No. 7 (November 28, 2013), online: <<https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/41-2/CIMM/meeting-7/evidence>>.

Immigration, Refugees and Citizenship Canada. Operational Instructions and Guidelines. “Foreign workers: Work permits for start-up business class permanent resident visa applicants” (17 May 2019), online: <<https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/temporary-residents/foreign-workers/provincial-nominees-permanent-resident-applicants/work-permits-start-business-class-permanent-resident-visa-applicants.html>>.

Immigration, Refugees and Citizenship Canada, “Work permits for Start-Up Visa applicants” (13 June 2019), online: <<https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/immigrate-canada/start-visa/work-permits.html#1.0>>.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Shekhtman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 964.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Nguyen c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2019 CF 439; *Crudu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 834; *Emuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 894; *Ezou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 251; *Rabbani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 257; *Gulati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 1358; *Rosenberry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 521; *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rafuse*, 2002 CAF 31, [2002] 2 C.F. F-9.

DOCTRINE CITÉE

Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration. *Témoignages*, 41^e lég., 2^e sess., n° 7 (28 novembre 2013), en ligne : <<https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/41-2/CIMM/reunion-7/temoignages>>.

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2018-72, *Gaz. C.*, 2018.II.830.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada. Instructions et lignes directrices opérationnelles. « Travailleurs étrangers : Permis de travail pour les demandeurs de visa de résident permanent pour démarrage d'entreprise » (17 mai 2019), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/residents-temporaires/travailleurs-etrangeurs/candidats-provinces-demandeurs-residence-permanente/demandeurs-visa-resident-permanent-demarrage-entreprise.html>>.

Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada, « Permis de travail aux demandeurs de visa pour démarrage d'entreprise » (13 juin 2019), en ligne : <<https://www.canada.ca/fr/immigration-refugees-citoyennete/services/immigrate-canada/start-visa/work-permits.html#1.0>>.

APPLICATIONS for judicial review concerning the refusals, by a visa officer at the Canadian Embassy in Poland, of three work permits filed under the Start-up Business Class Program. Applications allowed.

APPEARANCES

Zohra Jaffer and Justin Kutyan for applicants.

Laoura Christodoulides for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

KPMG Law LLP, Toronto, for applicants.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

DINER J.:

I. Introduction

[1] This case concerns three applications for judicial review, heard concurrently, concerning three work permit refusals (the Decisions) by a visa officer at the Canadian Embassy in Warsaw, Poland (Officer). The work permits were filed under the Start-up Business Class (Program). For the reasons below, all three applications will be granted.

II. Factual Background

[2] Samat Serimbetov, Andrey Chshelokovskiy, and Mikhail Kadymov (the applicants) are all citizens of Kazakhstan and business partners who applied for Start-up Business Class Work Permits in conjunction with the Program. The applicants sought to create a company for the purpose of designing, fabricating, and selling self-sustained greenhouses, named Modular Green Canada. The greenhouses would cultivate plants and fish using aquaponics and solar energy, which the applicants say will help to address

DEMANDES de contrôle judiciaire de trois décisions par lesquelles un agent des visas à l'ambassade du Canada en Pologne a rejeté trois demandes de permis de travail présentées au titre de la catégorie du démarrage d'entreprise. Demandes accueillies.

ONT COMPARU :

Zohra Jaffer et Justin Kutyan pour les demandeurs.

Laoura Christodoulides pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

KPMG Law LLP, Toronto, pour les demandeurs.

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 DINER :

I. Introduction

[1] La Cour est saisie de trois demandes de contrôle judiciaire, entendues simultanément, de trois décisions par lesquelles un agent des visas à l'ambassade du Canada à Varsovie, en Pologne [l'agent], a rejeté les demandes de permis de travail des demandeurs (les décisions contestées). Les demandes de permis de travail avaient été présentées au titre de la catégorie du démarrage d'entreprise (le programme). Pour les motifs qui suivent, les trois demandes de contrôle judiciaire seront accueillies.

II. Le contexte factuel

[2] Samat Serimbetov, Andrey Chshelokovskiy et Mikhail Kadymov (les demandeurs) sont des citoyens du Kazakhstan et des partenaires commerciaux. Ils ont chacun présenté une demande de permis de travail dans le cadre du programme dans le but de lancer une entreprise de conception, de fabrication et de vente de serres autonomes appelée Modular Green Canada. Les serres combineront la culture aquaponique et l'énergie solaire pour permettre la culture des plantes et l'élevage de poisson,

food insecurity in Northern Canada by offering year-round production. Mr. Serimbetov was to have the role of Chief Executive Officer with 80 percent of the shares of the company; Mr. Chshelokovskiy, the role of Vice President of Business Development with 10 percent of the shares; and Mr. Kadymov, the role of Vice President of Finance with 10 percent of the shares.

[3] All three applicants hold a university degree and have experience in industry and management. In accordance with the requirements for work permits under the Program, each submitted an application package which included: (a) an undertaking to live in Manitoba; (b) proof of payment of the employer compliance fee; (c) a Commitment Certificate and Letter of Support from Manitoba Technology Accelerator, their designated entity (the Designated Entity) under the Program; (d) an IMM-5802 Form (Offer of Employment to a Foreign National Exempt from a Labour Market Impact Assessment); and (e) proof of sufficient funds. Counsel also provided detailed submissions explaining why each of the applicants qualified for a work permit.

[4] A letter from the Designated Entity provided as part of their supporting materials explained why the applicants were “essential”, and the reasons for requesting early entry to Canada to begin work on their business. The Designated Entity also confirmed their due diligence, noting that the applicants had sufficient financial resources to support themselves during the 52-week period for which their work permits were sought.

A. *Decisions under Review*

[5] All three work permit applications were refused. The substantive reasons for the Decisions, contained in the refusal letters (Refusal Letters) and Global Case Management System (GCMS) notes, were identical in all three files, except as noted below. A sample of the Refusal Letters is provided in Annex A to these reasons.

ce qui contribuerait selon les demandeurs à combattre l’insécurité alimentaire dans le Nord du Canada en assurant une production à l’année. M. Serimbetov devait détenir 80 p. 100 des actions de la société et occuper le poste de chef de la direction; M. Chshelokovskiy devait détenir 10 p. 100 des actions de la société et occuper le poste de vice-président du développement des affaires, et M. Kadymov devait détenir 10 p. 100 des actions de la société et occuper le poste de vice-président des finances.

[3] Les trois demandeurs détiennent un diplôme universitaire et ont de l’expérience dans l’industrie et en gestion. Conformément aux exigences relatives à la délivrance d’un permis de travail dans le cadre du programme, chaque demandeur a présenté un dossier de demande comprenant: a) un engagement de vivre au Manitoba; b) une preuve du paiement des frais relatifs à la conformité de l’employeur; c) un certificat d’engagement et une lettre d’appui de la part de leur entité désignée, Manitoba Technology Accelerator (l’entité désignée); d) un formulaire IMM-5802 (Offre d’emploi à un ressortissant étranger dispensé d’une étude d’impact sur le marché du travail); et e) la preuve de fonds suffisants. Leurs avocats ont également présenté des observations détaillées expliquant pourquoi chacun des demandeurs était admissible à un permis de travail.

[4] Dans une lettre présentée à l’appui des demandes de permis de travail, l’entité désignée a expliqué pourquoi les demandeurs étaient « essentiels » et pourquoi ils demandaient une entrée rapide au Canada pour commencer à travailler à leur entreprise. L’entité désignée a également confirmé que les demandeurs avaient fait preuve de diligence raisonnable, soulignant qu’ils disposaient de fonds suffisants pour subvenir à leurs besoins pendant la période de 52 semaines pour laquelle ils demandaient un permis de travail.

A. *Les décisions faisant l’objet du contrôle*

[5] Les trois demandes de permis de travail ont été rejetées. Les motifs de rejet, énoncés dans les lettres de refus (les lettres de refus) et les notes du Système mondial de gestion des cas (le SMGC), étaient identiques dans les trois dossiers, sauf exceptions indiquées ci-dessous. Une des lettres de refus est jointe à l’annexe A des présents motifs.

[6] First, the Officer found that the applicants were not eligible for the C10 work permits for which they applied. C10 is a work permit coding for work permits that are exempt from a Labour Market Impact Assessment (LMIA).

[7] In the Decisions, the Officer noted that C10 LMIA-exempt work permits are intended to authorize entry to Canada for persons of international renown, where a person's presence in Canada is crucial to a high-profile event, and where circumstances have created urgency for the person's entry.

[8] The Officer further stated that all practical efforts to obtain an assessment from Employment and Social Development Canada (ESDC) should be made before a C10 exemption is requested, and that foreign nationals submitting an application for consideration under C10 should provide documentation supporting that they provide an important or notable contribution to the Canadian economy. The Officer also noted that the claimed contribution to the economy must be supported by the testimony of credible, trustworthy, and distinguished experts in the foreign national's field, by any objective evidence, and by an applicant's past record of distinguished achievement.

[9] After assessing these criteria, the Officer determined that the applicants were not eligible for C10 LMIA-exempt work permits, because they had not provided sufficient evidence of personal renown and expertise in their field, and had not made efforts to first obtain an LMIA. The Officer, as a result, was not satisfied that the work sought by the applicants would create or maintain significant benefits or opportunities for Canadians, concluding that the applicants did not qualify for C10 LMIA-exempt work permits under paragraph 205(a) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (the Regulations; in these reasons, I will refer to provisions in the Regulations with the prefix "R") (see relevant provisions at Annex B).

[10] The Officer then assessed the applicants' eligibility for an A75-coded Work Permit, and found that:

[6] L'agent a tout d'abord conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail au titre du code de dispense C10. Le code de dispense C10 vise les permis de travail qui sont dispensés d'une étude d'impact sur le marché du travail (EIMT).

[7] L'agent a noté que les permis de travail dispensés d'une EIMT au titre du code C10 visent à autoriser l'entrée au Canada de personnes de renommée internationale, lorsque leur présence au Canada est cruciale pour un événement très médiatisé et lorsque les circonstances ont fait en sorte que leur entrée au pays est urgente.

[8] L'agent a ajouté que tous les efforts possibles pour obtenir une évaluation d'Emploi et Développement social Canada (EDSC) doivent être déployés avant de demander une dispense au titre du code C10 et que les étrangers qui présentent une telle demande de dispense doivent fournir la preuve qu'ils apporteront une contribution importante ou appréciable à l'économie canadienne. L'agent a également fait remarquer que cette contribution doit être étayée par le témoignage d'experts crédibles, dignes de foi et distingués qui œuvrent dans le même domaine que l'étranger, par des éléments de preuve objectifs et par les réalisations exceptionnelles antérieures du demandeur.

[9] Après avoir évalué ces critères, l'agent a jugé que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10, parce que la preuve qu'ils avaient présentée ne permettait pas d'établir leur renommée ou leur expertise et qu'ils n'avaient pas fait d'efforts pour obtenir d'abord une EIMT. L'agent n'était donc pas convaincu que le travail pour lequel les demandeurs demandaient un permis de travail permettrait de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages pour les citoyens canadiens, et il a conclu que les demandeurs n'étaient pas admissibles à un permis de travail dispensé d'une EIMT au titre du code C10 suivant l'alinéa 205a) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (le Règlement) (voir les dispositions pertinentes à l'annexe B).

[10] L'agent a ensuite évalué l'admissibilité des demandeurs à un permis de travail délivré au titre du code de dispense A75 et a conclu :

- the applicants do not hold relevant education or employment in the fields of horticulture, greenhouses, or the food industry, nor in the case of Mr. Kadymov, product design or entrepreneurship;
- while the applicants indicated that greenhouses have been developed, there was no evidence on file to support their existence;
- Modular Green Canada, their intended start-up business, was not operational and the applicants indicated that this company would not be incorporated until their permanent resident applications were approved;
- the intended market for the project aimed at food insecurity was unclear;
- there was no business plan on file and the source of sales projections was not identified;
- it was unclear why the applicants are required to enter Canada to run the business given the above observations.
- que les demandeurs n'avaient pas les études ou l'expérience requises dans les domaines de l'horticulture, des serres ou de l'industrie alimentaire, ni, dans le cas de M. Kadymov, en conception de produits ou en entrepreneuriat;
- que, bien que les demandeurs aient indiqué que des serres avaient été construites, il n'y avait aucune preuve au dossier à l'appui de leur existence;
- que Modular Green Canada, l'entreprise en démarrage prévue, n'était pas opérationnelle et que les demandeurs avaient indiqué qu'elle ne serait pas constituée en société avant que leurs demandes de résidence permanente ne soient approuvées;
- que le marché ciblé du projet visant l'insécurité alimentaire n'était pas clair;
- qu'il n'y avait pas de plan d'affaires au dossier et que les prévisions de ventes étaient de source inconnue;
- qu'il n'était pas clair, compte tenu de ce qui précède, pourquoi les demandeurs devaient entrer au Canada pour exploiter leur entreprise.

[11] In light of these concerns, the Officer was not satisfied that the applicants would be able to perform the work sought or provide a significant benefit, as required by R205(a) and R200(3)(a) of the Regulations. The Officer was also unsatisfied that the purpose of the visit, employment situation in Kazakhstan (in regard solely to Mr. Serimbetov), and applicants' family ties, were sufficient to ensure departure from Canada at the end of the authorized period of stay, as required by R200(1)(b).

[11] À la lumière de ces réserves, l'agent n'était pas convaincu que les demandeurs seraient capables d'exercer l'emploi pour lequel les permis étaient demandés ou qu'ils fourniraient un avantage important, comme l'exigent les alinéas 205a) et 200(3)a) du Règlement. L'agent n'était également pas convaincu que les demandeurs quitteraient le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, comme l'exige l'alinéa 200(1)b) du Règlement, en raison de l'objet de la visite, de la situation d'emploi au Kazakhstan (dans le cas de M. Serimbetov) et des liens familiaux des demandeurs.

[12] The applicants subsequently submitted requests for their refusals to be reconsidered, asserting that the Officer's refusal letters did not adequately take into account the requirements of the Program. These reconsideration requests were refused on April 20, 2021. The refusal letters issued with respect to the reconsideration simply state that no error in fact, law or procedural fairness occurred.

[12] Les demandeurs ont par la suite chacun présenté une demande de réexamen au motif que l'agent n'avait pas tenu adéquatement compte, dans ses lettres de refus, des exigences du programme. Ces demandes de réexamen ont été rejetées le 20 avril 2021 au moyen de lettres qui indiquent simplement qu'aucune erreur de fait ou de droit n'a été commise et qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale.

[13] Before moving onto the issues that the applicants raise with respect to the Decisions, I will briefly summarize the Program.

B. *The Program*

[14] The parties advise that this is the first judicial review application challenging work permit refusals under the Program, and that is also borne out by my research. I will briefly review the Program background, which is important for the context of how work permits are issued under it. The following summary, unless otherwise specified, is gleaned from the various provisions contained in R89 and R98 of the Regulations, along with the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) (*Canada Gazette*, Part II, Vol. 152, No. 9, May 2, 2018, at page 830).

[15] The Program was originally launched in 2013 as a pilot through Ministerial Instructions. The Program targets foreign entrepreneurs who want to launch their start-ups in Canada while gaining a direct pathway to permanent residence. Under the Program, designated entities, consisting of Minister-approved business incubators, angel investor groups, or venture capital funds, assess the foreign entrepreneurs' business proposals to identify innovative ventures (see also *Nguyen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 439, 68 Imm. L.R. (4th) 156, at paragraph 3). When one of these designated entities identifies a promising applicant to support under the Program, it submits a Commitment Certificate to Immigration, Refugees and Citizenship Canada (IRCC), which confirms, among other things, that the designated entity has performed a due diligence assessment of the applicant and the start-up business.

[16] Specifically, R98.01(1) of the Regulations defines the Program "as a class of persons who may become permanent residents on the basis of their ability to become economically established in Canada, who meet the requirements of subsection (2) and who intend to reside in a province other than Quebec." The Program requirements of R98.01(2) are fourfold: (i) obtaining a commitment from a designated entity; (ii) attaining a certain level of language proficiency; (iii) having a certain amount of transferable

[13] Avant de passer aux questions soulevées par les demandeurs à l'égard des décisions contestées, je résumerai brièvement le programme.

B. *Le programme*

[14] Les parties indiquent qu'il s'agit de la première demande de contrôle judiciaire portant sur le refus d'accorder un permis de travail dans le cadre du programme, ce que mes recherches ont confirmé. Je passerai brièvement en revue le contexte du programme, qui est important pour comprendre la façon dont les permis de travail sont délivrés au titre de celui-ci. À moins d'indication contraire, le résumé qui suit est fondé sur les articles 89 et 98 du Règlement ainsi que sur le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) (*Gazette du Canada*, partie II, vol. 152, n° 9, 2 mai 2018, à la page 830).

[15] Le programme a été lancé à titre de projet pilote en 2013, dans des instructions ministérielles. Il cible les entrepreneurs étrangers qui veulent lancer une entreprise au Canada, tout en ayant une voie d'accès directe à la résidence permanente. Dans le cadre du programme, des entités désignées, c'est-à-dire des incubateurs d'entreprises approuvés par le ministre, des groupes d'investisseurs providentiels ou des fonds de capital-risque, évaluent les propositions d'affaires des entrepreneurs étrangers afin de repérer les entreprises novatrices (voir aussi *Nguyen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 439, au paragraphe 3). Lorsqu'une de ces entités désignées identifie un demandeur prometteur dont elle souhaite appuyer la candidature dans le cadre du programme, elle présente un certificat d'engagement à Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada (IRCC), qui confirme entre autres qu'elle a effectué une évaluation du demandeur et de l'entreprise en démarrage avec toute la diligence voulue.

[16] Plus précisément, le paragraphe 98.01(1) du Règlement définit la catégorie du démarrage d'entreprise comme « une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada, qui satisfont aux exigences visées au paragraphe (2) et qui cherchent à s'établir dans une province autre que le Québec ». Le paragraphe 98.01(2) du Règlement prévoit quatre exigences: (i) obtenir un engagement d'une entité

and available funds; and, (iv) having a qualifying business as defined by R98.06 and R98.01(2).

[17] As a further requirement, under R89(b) of the Regulations, an applicant must satisfy an officer that their commitment made with a designated entity is primarily for the purpose of engaging in the business activity for which the commitment was intended, and not for the purpose of acquiring a status or privilege under the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act). If an officer is of the opinion that an independent assessment would assist, a request may be made for a peer review panel (R98.02(1)(d) and R98.09). The Officer may also substitute their own evaluation of an applicant's ability to become economically established in Canada with the concurrence of a second officer (R98.10).

[18] It is evident from the scheme of the Regulations, as well as from the RIAS and publicly listed IRCC policy guidance, that the Program is first and foremost a permanent residence program. In a November 28, 2013 meeting of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, the IRCC Minister noted that the Program is aimed at “ensuring that entrepreneurs ... are cleared to become a permanent resident once they do a deal with a venture capital partner, an angel investor, or an incubator. This gives us a particular focus on innovation and entrepreneurship” (November 28, 2013 meeting of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, at page 2 [of the PDF version of the document]—<https://www.ourcommons.ca/DocumentViewer/en/41-2/CIMM/meeting-7/evidence>).

[19] Subsidiarily, the Program also offers temporary work permits to applicants prior to granting permanent residency. Neither the Regulations nor the initial Ministerial Instructions provide guidance on work permits issued under the Program. Rather guidance is provided on the IRCC website, which states that, “foreign nationals who have

désignée; (ii) obtenir un certain niveau de compétence linguistique; (iii) disposer d'un certain montant de fonds transférables, non grevés de dettes ou d'autres obligations financières; et (iv) avoir une entreprise admissible au sens de l'article 98.06 et du paragraphe 98.01(2) du Règlement.

[17] De plus, l'alinéa 89b) du Règlement dispose que le demandeur doit convaincre l'agent que l'engagement qu'il a pris avec une entité désignée vise principalement l'exploitation de l'entreprise envers laquelle l'engagement a été pris, plutôt que l'acquisition d'un statut ou d'un privilège sous le régime de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). Si l'agent est d'avis qu'une évaluation indépendante serait utile, il peut demander l'établissement d'un comité d'examen par les pairs (alinéa 98.02(1)d) et article 98.09 du Règlement). Il peut également substituer sa propre appréciation de l'aptitude du demandeur à réussir son établissement économique au Canada, auquel cas sa décision doit être confirmée par un autre agent (article 98.10 du Règlement).

[18] Il ressort du régime établi par le Règlement, ainsi que du REIR et de la politique d'orientation publiée d'IRCC, que le programme est d'abord et avant tout un programme visant l'obtention de la résidence permanente. Lors d'une réunion du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration tenue le 28 novembre 2013, le ministre d'IRCC a souligné que le programme « permettra aux entrepreneurs [...] d'obtenir le statut de résident permanent aussitôt qu'ils ont signé une entente avec un partenaire disposé à leur avancer du capital-risque, un investisseur providentiel ou un incubateur d'entreprises. Le programme mettra particulièrement l'accent sur l'innovation et l'entrepreneuriat » (réunion du 28 novembre 2013 du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, à la page 2 [de la version PDF du document] — <https://www.noscommunes.ca/DocumentViewer/fr/41-2/CIMM/reunion-7/temoignages>).

[19] Subsidiairement, le programme prévoit aussi la possibilité de délivrer un permis de travail temporaire aux demandeurs avant l'octroi de la résidence permanente. Ni le Règlement ni les instructions ministérielles initiales ne fournissent de directives sur les permis de travail délivrés dans le cadre du programme. Des lignes directrices sont

received a Commitment Certificate [and] Letter of Support issued by a designated entity” may apply before even submitting an application for permanent residence “in order to facilitate their entry to Canada” (IRCC, “Foreign workers: Work permits for start-up business class permanent resident visa applicants” (17 May 2019), (Overview) <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/temporary-residents/foreign-workers/provincial-nominees-permanent-resident-applicants/work-permits-start-business-class-permanent-resident-visa-applicants.html>).

[20] Related guidance provides that applicants may begin working as entrepreneurs in the development of their business described in the Commitment Certificate before acquiring their permanent residence (IRCC, “Work permits for Start-Up Visa applicants” (13 June 2019), at section 6.5 (Application Guide) <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/immigrate-canada/start-visa/work-permits.html#1.0>).

[21] According to the Overview, the eligibility requirements for work permits issued under the Program are that:

- the applicant intends to reside in a province or territory other than Quebec;
- an IMM-5802 (a form entitled “Offer of Employment to a Foreign National Exempt from a Labour Market Impact Assessment”) has been completed by the foreign national as “self-employed” and the form and employer compliance fee have been submitted to IRCC;
- a Commitment Certificate must have been issued by a designated entity indicating that the work permit applicant is “essential” and there are urgent business reasons for the applicant’s early entry to Canada (through the completion of section 8.0 of the Commitment Certificate);

plutôt fournies sur le site Web d’IRCC, qui indique que « [l]es étrangers [...] qui auront reçu un certificat d’engagement ou une lettre d’appui de la part d’une entité désignée » peuvent présenter une demande de permis de travail avant même de présenter une demande de résidence permanente « afin de leur permettre d’entrer rapidement au Canada » (IRCC, « Travailleurs étrangers : Permis de travail pour les demandeurs de visa de résident permanent pour démarrage d’entreprise » (17 mai 2019) (les lignes directrices générales), <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugies-citoyennete/organisation/publications-guides/bulletins-guides-operationnels/residents-temporaires/travailleurs-etrangers/candidats-provinces-demandeurs-residence-permanente/demandeurs-visa-resident-permanent-demarrage-entreprise.html>).

[20] Des lignes directrices connexes prévoient que les demandeurs peuvent commencer à travailler à titre d’entrepreneurs au développement de leur entreprise telle qu’elle est décrite dans le certificat d’engagement, et ce, avant d’obtenir le statut de résident permanent (IRCC, « Permis de travail aux demandeurs de visa pour démarrage d’entreprise » (13 juin 2019), à la section 6.5 (le guide de présentation d’une demande), <https://www.canada.ca/fr/immigration-refugees-citoyennete/services/immigrate-canada/start-visa/work-permits.html#1.0>).

[21] Selon les lignes directrices générales, les critères d’admissibilité pour obtenir un permis de travail dans le cadre du programme sont les suivants :

- le demandeur doit avoir l’intention de résider dans une province ou un territoire autre que le Québec;
- le demandeur doit avoir rempli le formulaire IMM-5802 (Offre d’emploi à un ressortissant étranger dispensé d’une étude d’impact sur le marché du travail) en tant que travailleur autonome et avoir soumis à IRCC les frais relatifs au formulaire et à la conformité de l’employeur;
- une entité désignée doit avoir délivré un certificat d’engagement précisant que le demandeur est « essentiel » et que des raisons d’affaires urgentes justifient l’entrée rapide du demandeur au Canada (la section 8.0 du certificat d’engagement doit avoir été remplie);

- a Letter of Support linked to a Commitment Certificate has been issued by a designated entity;
- the applicant must have sufficient funds to meet the low income cut-off for their family size for a period of 52 weeks.

[22] Having reviewed the background of the three work permit applications at issue, along with providing an overview of the Program, I will now address the issues raised.

III. Issues and Analysis

[23] The applicants argue that errors were made regarding (1) GCMS notes forming part of the decisions post-*Vavilov*; (2) family ties and purpose of visit; (3) employment in the home country; (4) inability to perform the work sought; (5) the work permit category; (6) the lack of an incorporated business; and (7) the failure to request peer review. The parties agree that the reasonableness standard applies. As such, to withstand judicial review, the Court must find that the decision was based on an internally coherent and rational chain of analysis, justified under the facts and the law, in a manner that is intelligible and transparent (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653 (*Vavilov*), at paragraphs 85 and 99).

A. *Two Preliminary Issues*

[24] Before addressing whether the Decisions were reasonable in light of the issues raised by the applicants, I will address two preliminary issues raised by the respondent, namely that this judicial review is flawed both due to: (i) the failure of the applicants to provide personal affidavits in support of their position, and (ii) the impermissible combination of two administrative decisions under one judicial review (i.e. the applicants' challenge of both the refusal of the work permit and the reconsideration requests).

- le demandeur doit avoir une lettre d'appui associée à un certificat d'engagement et délivrée par une entité désignée;
- le demandeur doit disposer de fonds suffisants pour atteindre le seuil de faible revenu applicable à sa famille pendant 52 semaines.

[22] Ayant examiné le contexte des trois demandes de permis de travail en cause et donné un aperçu du programme, je passe aux questions en litige.

III. Les questions en litige et analyse

[23] Les demandeurs soutiennent que des erreurs ont été commises au sujet 1) de la question de savoir si les notes du SMGC font partie de la décision depuis l'arrêt *Vavilov*; 2) des liens familiaux et de l'objet de la visite; 3) de l'emploi dans le pays d'origine; 4) de l'incapacité à exercer l'emploi pour lequel les permis de travail ont été demandés; 5) de la catégorie au titre de laquelle les permis de travail ont été demandés; 6) de l'absence d'une entreprise constituée en société, et 7) du défaut de demander un examen par les pairs. Les parties conviennent que la norme de la décision raisonnable s'applique. Par conséquent, pour résister au contrôle judiciaire, la Cour doit conclure que la décision était fondée sur une analyse intrinsèquement cohérente et rationnelle et qu'elle est justifiée au regard des faits et du droit, d'une manière intelligible et transparente (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), aux paragraphes 85 et 99).

A. *Les deux questions préliminaires*

[24] Avant d'examiner la question de savoir si les décisions contestées étaient raisonnables compte tenu des questions soulevées par les demandeurs, j'aborderai deux questions préliminaires soulevées par le défendeur, à savoir que le présent contrôle judiciaire est vicié en raison (i) du défaut des demandeurs de déposer un affidavit personnel à l'appui de leur position et (ii) du fait que les demandeurs ont combiné deux décisions administratives (le refus du permis de travail et le rejet de la demande de réexamen) dans un même contrôle judiciaire, ce qui n'est pas permis.

[25] On the first of these preliminary issues, an applicant's failure to include affidavits in an immigration application is not fatal (*Crudu v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2019 FC 834, at paragraph 26), especially where—as here—an application rests on a question of law, and the essential facts necessary for its determination are contained in the record (*Emuze v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 894, 83 Imm. L.R. (4th) 297, at paragraph 13).

[26] As for the Decisions properly under review, I will consider this judicial review to be in relation to the refusal to reconsider the Decisions, which as noted above referred to the initial reasons, stating that they contained no errors. In the absence of written reasons for the reconsideration, and given that both parties at the hearing recognized that the reasons for the initial refusals are those that properly form the basis of this judicial review, I will now explain why the Decisions are unreasonable.

B. The Officer's Decisions were unreasonable

- (1) GCMS notes should not form part of the decisions post-*Vavilov*

[27] The applicants take the position that GCMS notes not communicated to an applicant do not form part of the reasons or justify the refusal of the applicants' work permits. They note that in accordance with *Vavilov*, at paragraphs 84, 86 and 95, formal reasons that do not justify a decision cannot be upheld on the basis of internal records that were not available to the affected party. The applicants submit that the reasons contained in the Refusal Letters, which consist of four bulleted points, lack a rational chain of logic because they offer no reference to the Program or its specific requirements, and instead rely on irrelevant considerations, thus contradicting the guidance provided by IRCC.

[25] En ce qui concerne la première question préliminaire, le défaut du demandeur de déposer un affidavit personnel dans le contexte d'une demande d'immigration n'est pas fatal (*Crudu c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2019 CF 834, au paragraphe 26), surtout lorsque, comme en l'espèce, la demande repose sur une question de droit et que les faits essentiels dont le décideur a besoin pour la trancher figurent au dossier (*Emuze c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 894, au paragraphe 13).

[26] En ce qui concerne les décisions faisant l'objet du contrôle, je considérerai que le présent contrôle judiciaire est lié au refus de procéder au réexamen des décisions contestées (les motifs de refus initiaux) sur la base qu'aucune erreur n'avait été commise. En l'absence de motifs écrits relatifs au réexamen et étant donné que les deux parties ont reconnu à l'audience que les motifs de refus initiaux sont ceux qui constituent le fondement du présent contrôle judiciaire, j'expliquerai pourquoi les décisions contestées sont déraisonnables.

B. Les décisions de l'agent étaient déraisonnables

- 1) La question de savoir si les notes du SMGC devaient ou non faire partie de la décision depuis l'arrêt *Vavilov*

[27] Les demandeurs soutiennent que les notes versées dans le SMGC qui ne sont pas communiquées au demandeur ne font pas partie des motifs et ne peuvent pas servir à justifier le refus d'accorder un permis de travail. Ils font remarquer que, conformément aux paragraphes 84, 86 et 95 de l'arrêt *Vavilov*, les motifs écrits qui ne justifient pas la décision ne peuvent être confirmés sur la base de dossiers internes qui n'étaient pas à la disposition de la partie concernée. Les demandeurs soutiennent que les motifs contenus dans les lettres de refus délivrées en l'espèce, qui comprennent quatre points sous forme de puces, ne font pas état d'une analyse rationnelle parce qu'ils ne renvoient pas au programme ou à ses exigences particulières et qu'ils reposent plutôt sur des considérations non pertinentes, en contravention des lignes directrices fournies par IRCC.

[28] I disagree with the applicants and find that GCMS notes should and do form part of the Decisions, as has been consistently held both prior to *Vavilov*, and since (see for instance *Ezou v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 251, at paragraph 17 and *Rabbani v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2020 FC 257, at paragraph 35). That said, I nonetheless agree with the applicants that the Officer made other unreasonable findings, which are reviewed next.

(2) Family ties and purpose of visit

[29] It was unreasonable for the Officer to rely on (a) family ties, and (b) purpose of the applicants' visit, to conclude that they were unlikely to leave Canada at the end of their authorized stay. The Program, as described above, has as its primary objective permanent residence in Canada on the basis of start-up entrepreneurship. As such, the refusals on the basis of family ties—absent reasonable justification for this basis of refusal—when the work permit applications were expressly intended as a precursor to a forthcoming permanent residency application, was not only inconsistent with the purpose of the Program, but it was also illogical. Indeed, this is a classic case of dual intent as permitted under subsection 22(2) of the Act. After all, the Program allows applicants to come to Canada on a work permit before submitting their application for permanent residence, as long as they have a Commitment Certificate, along with a Support Letter from their designated entity.

[30] For the same reasons, the Officer's consideration of the purpose of the applicants' visit was unreasonable, as guidance from IRCC indicates that work permits allow applicants to enter Canada and begin working while their application for permanent residence is still pending (Application Guide, at section 6.5). This is the exact purpose that the applicants sought to pursue in their applications, and for which due diligence had already been conducted by the Designated Entity. If the Officer doubted their purpose in coming to Canada was for the establishment and launch of the business, or that a lack of due

[28] Je ne suis pas d'accord avec les demandeurs, et je conclus que les notes versées dans le SMGC font partie des décisions contestées, comme cela a toujours été le cas avant l'affaire *Vavilov* et depuis (voir par exemple *Ezou c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 251, au paragraphe 17, et *Rabbani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 257, au paragraphe 35). Cela dit, je suis néanmoins d'accord avec les demandeurs pour dire que l'agent a tiré d'autres conclusions déraisonnables, qui sont examinées ci-dessous.

2) Les liens familiaux et l'objet de la visite

[29] Il était déraisonnable pour l'agent de se fonder sur a) les liens familiaux et b) l'objet de la visite des demandeurs au Canada pour conclure qu'il était peu probable qu'ils quittent le Canada à la fin de la période de séjour autorisée. Le programme, tel qu'il a été décrit ci-dessus, a pour objectif principal l'obtention de la résidence permanente au Canada sur la base du démarrage d'une entreprise. Par conséquent, les refus fondés sur les liens familiaux, en l'absence d'une justification raisonnable, alors que les demandes de permis de travail étaient expressément destinées à mener à une demande de résidence permanente, étaient non seulement incompatibles avec l'objet du programme, mais aussi illogiques. En effet, il s'agit d'un cas classique de double intention, ce qui est permis par le paragraphe 22(2) de la Loi. Après tout, le programme permet aux demandeurs de venir au Canada munis d'un permis de travail avant de présenter leur demande de résidence permanente, pourvu qu'ils aient un certificat d'engagement et une lettre d'appui de leur entité désignée.

[30] Pour les mêmes raisons, l'examen par l'agent de l'objet de la visite au Canada des demandeurs était déraisonnable, car les lignes directrices d'IRCC indiquent que les permis de travail permettent aux demandeurs d'entrer au Canada et de commencer à travailler pendant le traitement de leur demande de résidence permanente (guide de présentation d'une demande, section 6.5). C'est exactement ce que les demandeurs cherchaient à faire lorsqu'ils ont présenté leurs demandes, et l'entité désignée avait déjà fait preuve de diligence raisonnable à cet égard. Si l'agent n'était pas convaincu que l'objet de leur visite au Canada était la

diligence had been done by the applicants, that should have been explained. Instead, the Decisions also lacked reasonable justification as a basis for refusal. An example of a reasonable justification for finding that the applicants were unlikely to leave Canada at the end of their authorized stay could have been, for instance, evidence of prior non-compliance with immigration laws (*Gulati v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2021 FC 1358, at paragraph 11; *Rosenberry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2012 FC 521, 409 F.T.R. 191, at paragraph 115). However, there is no indication that any of these applicants have ever breached an immigration law and no justification was provided for any such concern.

[31] In the absence of any other indication of why the Officer was not satisfied the applicants would leave Canada at the end of the period authorized for their stay, I find the Officer's Decisions were both lacking in rationale and justification, given the parameters of the Program and the work permits filed under it.

(3) Employment in Kazakhstan (unique to Mr. Serimbetov's application)

[32] It was unreasonable to find that Mr. Serimbetov would be unlikely to leave Canada at the end of his authorized stay due to his previous employment situation. Again, this runs counter to the whole purpose of the work permit application, namely to begin the establishment of the start-up business, and remain in Canada focused on that new business on a permanent basis.

(4) Inability to perform the work sought

[33] I further agree with the applicants that the Officer, in finding that they were unable to "perform the work sought", failed to grapple with the evidence on file, and most particularly, the documentation from the Designated Entity supporting the immediate presence requirement for the purposes of their work permits (through the

création et le lancement d'une entreprise ou s'il estimait que les demandeurs avaient fait preuve d'un manque de diligence raisonnable, il aurait dû l'expliquer. Or, les décisions contestées ne contiennent aucune justification raisonnable des motifs de refus. Pour justifier la conclusion selon laquelle les demandeurs ne quitteraient probablement pas le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, le défendeur aurait pu, par exemple, présenter une preuve d'antécédents de non-conformité aux lois sur l'immigration (*Gulati c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2021 CF 1358, au paragraphe 11; *Rosenberry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2012 CF 521, au paragraphe 115). Toutefois, rien n'indique que l'un ou l'autre des demandeurs ait déjà enfreint une loi sur l'immigration et aucune justification n'a été fournie pour expliquer cette réserve.

[31] Puisque l'agent n'a pas expliqué pourquoi il n'était pas convaincu que les demandeurs quitteraient le Canada à la fin de la période de séjour autorisée, je conclus que les décisions contestées n'étaient ni logiques ni justifiées, compte tenu des paramètres du programme et des demandes de permis de travail déposées dans le cadre de celui-ci.

3) L'emploi au Kazakhstan de M. Serimbetov (considération propre à sa demande)

[32] Il était déraisonnable que l'agent conclue que M. Serimbetov ne quitterait probablement pas le Canada à la fin de la période de séjour autorisée en raison de sa situation d'emploi antérieure. Encore une fois, cette conclusion va à l'encontre de l'objet même de la demande de permis de travail, qui vise à permettre aux demandeurs de commencer à établir leur entreprise en démarrage et à rester au Canada à cette fin de façon permanente.

4) L'incapacité à exercer l'emploi pour lequel les permis de travail ont été demandés

[33] Je suis également d'accord avec les demandeurs pour dire que l'agent, en concluant qu'ils étaient incapables « d'exercer l'emploi pour lequel le[s] permis de travail [ont été] demandé[s] », n'a pas tenu compte de la preuve au dossier et, plus particulièrement, de la documentation provenant de l'entité désignée à l'appui de la présence

Letters of Support) and the start-up business (through the Commitment Certificates). Furthermore, the Officer did not address why the applicants would not be able to undertake the job descriptions contained in section 5.3 of the Commitment Certificates, in light of their experience and education.

[34] The Officer also found, for each of the three applicants, that they had not submitted proof of language scores. I note that while language proficiency is a requirement for permanent residency under the Program, it is not required with an application for a work permit. Certainly, an officer may consider language capability as part of the ability to perform the work sought, but here the Officer simply made the comment that IELTS (International English Language Testing System results) is “not on file and language ability is required.” Perhaps the Officer was referring to language results being required with the permanent residency application. Indeed, the Program criteria include demonstrating a median score of 5.0 on IELTS, a low score relative to other permanent residence programs.

[35] I make two remarks regarding the Officer’s comments. First, had the designers of the Program wanted to create a language requirement on the adjunct work permit, they could have easily done so, just as they did in requiring an IELTS test to be submitted with the permanent residence application. However, there is no such requirement in the Regulations or work permit policy documents (the Overview or Application Guide).

[36] Second, even if there was a specific reason as to why a certain language proficiency was required under these specific circumstances, such as for the work tasks

immédiate des demandeurs au Canada dans le contexte de leurs permis de travail (au moyen des lettres de soutien) et de l’entreprise en démarrage (au moyen des certificats d’engagement). De plus, l’agent n’a pas expliqué pourquoi les demandeurs ne seraient pas en mesure de remplir les descriptions d’emploi énoncées à l’article 5.3 des certificats d’engagement, compte tenu de leur expérience et de leurs études.

[34] L’agent a également conclu, pour chacun des trois demandeurs, qu’ils n’avaient pas présenté de preuve relative à leurs compétences linguistiques. Je fais remarquer que, bien que les compétences linguistiques soient exigées pour obtenir la résidence permanente dans le cadre du programme, elles ne sont pas exigées dans le cadre d’une demande de permis de travail. Certes, un agent peut considérer les compétences linguistiques dans le contexte de la capacité d’exercer le travail pour lequel le permis de travail est demandé, mais en l’espèce l’agent a simplement indiqué que les résultats des tests de l’IELTS (le système international de tests de la langue anglaise) [TRADUCTION] « ne figurent pas au dossier pour établir les compétences linguistiques requises ». L’agent parlait peut-être des résultats aux tests linguistiques exigés pour la demande de résidence permanente. En effet, les critères d’admissibilité au programme comprennent l’obtention d’une note moyenne de 5,0 aux tests de l’IELTS, ce qui n’est pas une note très élevée comparativement aux exigences d’autres programmes de résidence permanente.

[35] J’ai deux remarques à faire au sujet des commentaires de l’agent. Premièrement, si les concepteurs du programme avaient voulu assortir la demande de permis de travail connexe à des exigences linguistiques, ils auraient facilement pu le faire, tout comme ils ont exigé que les résultats des tests de l’IELTS soient présentés avec la demande de résidence permanente. Toutefois, il n’y a aucune exigence de ce genre dans le Règlement ou dans les documents de politique sur les permis de travail (les lignes directrices générales ou le guide de présentation d’une demande).

[36] Deuxièmement, même s’il y avait une raison précise pour laquelle un minimum de compétences linguistiques était requis dans les circonstances, par exemple

required to begin work on the business, and why the applicants fell short of that mark, the Officer needed to provide some justification or explanation to be transparent in the Decisions. The Officer did not do so, leaving the rationale unexplained. Again, in providing the Commitment Certificate and Letter of Support, the Designated Entity is expected to have done its due diligence on the start-up business and the applicants.

(5) LMIA-exempt work permit

[37] The applicants argue that it was also unreasonable for the Officer to fault the applicants for failing to have attempted to obtain an LMIA before applying for an LMIA-exempt work permit. They contend this is yet further indication that, when viewed in the context of the other findings, the Officer failed to appreciate both the purpose of the Program, and work permits issued under it. The applicants also contend that the Officer failed to explain why the C10 exemption code was not appropriate, given that IRCC has identified this code to be used for such applications. The Officer stated in the GCMS notes—in the same language for each of the three applicants:

However, C10 LMIAE WP's are intended to authorize entry to Canada for persons of international renown, where a person's presence in Canada is crucial to a high-profile event, and whether circumstances have created urgency to the person's entry. In addition, all practical efforts to obtain ESDC's assessment should be made before C10 is applied. Foreign nationals submitting an application for consideration under C10 should provide documentation supporting their claim of providing an important or notable contribution to the Canadian economy. The foreign national's proposed benefit must be significant, meaning it must be important or notable, and supported by the testimony of credible, trustworthy, and distinguished experts in the foreign national's field and any objective evidence, and the PA's past record of distinguished achievement. However, [the Applicant] submitted insufficient evidence of personal renown and expertise in field, of expert testimony or of significant benefit, or that efforts were made to obtain ESDC assessment first. Therefore, [the Applicant] is not eligible for a C10 LMIAE WP.

pour s'acquitter des tâches requises pour commencer à travailler à l'entreprise, et pour laquelle les demandeurs n'ont pas atteint ce minimum, l'agent devait fournir une justification ou une explication dans ses décisions, à des fins de transparence. L'agent n'a fourni aucune justification ou explication et n'a pas non plus expliqué son raisonnement. Encore une fois, en fournissant le certificat d'engagement et la lettre d'appui, l'entité désignée devait déjà avoir fait preuve de diligence raisonnable à l'égard de l'entreprise en démarrage et des demandeurs.

5) Le permis de travail dispensé d'une EIMT

[37] Les demandeurs soutiennent qu'il était également déraisonnable de la part de l'agent de leur reprocher de ne pas avoir tenté d'obtenir une EIMT avant de demander un permis de travail dispensé d'une EIMT. Ils soutiennent qu'il s'agit là, compte tenu des conclusions globales de l'agent, d'une autre preuve que celui-ci n'a pas bien évalué l'objet du programme et des permis de travail délivrés dans le cadre de celui-ci. Les demandeurs soutiennent également que l'agent n'a pas expliqué pourquoi le code de dispense C10 n'était pas approprié, étant donné qu'IRCC a déterminé que c'est le code qui devait être utilisé dans le cadre de demandes de ce genre. Dans les notes versées au SMGC (le libellé est le même pour les trois demandeurs), l'agent a déclaré :

[TRADUCTION] Cependant, les PT dispensés d'une EIMT au titre du code C10 visent à autoriser l'entrée au Canada de personnes de renommée internationale, lorsque leur présence au Canada est cruciale pour un événement très médiatisé et lorsque les circonstances ont fait en sorte que leur entrée au pays est urgente. De plus, tous les efforts possibles pour obtenir une évaluation d'EDSC doivent être déployés avant de demander une dispense au titre du code C10. Les étrangers qui présentent une telle demande doivent fournir la preuve qu'ils apporteront une contribution importante ou appréciable à l'économie canadienne. L'avantage apporté par l'étranger doit être important, c'est-à-dire qu'il doit être considérable ou appréciable, et il doit être étayé par le témoignage d'experts crédibles, dignes de confiance et distingués qui œuvrent dans le même domaine que l'étranger, par des éléments de preuve objectifs et par les réalisations exceptionnelles antérieures du demandeur. Toutefois, la preuve et les témoignages d'experts présentés par [le demandeur en l'espèce] ne permettent pas d'établir qu'il a une renommée internationale

[38] I note that in the Application Guide, C10 is identified as the appropriate code applicable to applications made pursuant to the Program. Thus, the work permit category was not chosen by the applicants, but rather pre-selected by IRCC. Again, C10 is an LMIA-exempt code pursuant to R205(a) of the Regulations, an exemption which provides that the foreign national “intends to perform work that... would create or maintain significant social, cultural or economic benefits or opportunities for Canadian citizens or permanent residents.”

[39] The plain language of R205(a) of the Regulations includes those who intend to perform work that would create or maintain significant economic benefits or opportunities for Canadians. The Officer does not explain why or how this provision limits entry to, as the Officer stated in the Decisions, “persons of international renown, where a person’s presence in Canada is crucial to a high-profile event, and whether circumstances have created urgency to the person’s entry.” Likewise, the Officer provided no justification for limiting the interpretation of “significant, meaning it must be important or notable, and supported by the testimony of credible, trustworthy, and distinguished experts in the foreign national’s field and any objective evidence, and the PA’s past record of distinguished achievement.”

[40] Work permits under the Program are focused on the start-up business. The Program does not require, as an eligibility criterion, world-renowned experts coming to lend their names to institutions, businesses, entertainment productions, or academia. Rather, applicants are being brought to lend their skills to launch and run an innovative business idea, which has garnered the backing of a Designated Entity.

ou une expertise dans le domaine en cause, qu’il apporterait un avantage important au Canada ou qu’il a fait des efforts pour obtenir d’abord une EIMT. Par conséquent, [le demandeur] n’est pas admissible à un PT dispensé d’une EIMT au titre du code C10.

[38] Je fais remarquer que le guide de présentation d’une demande indique que le code de dispense C10 est le code applicable aux demandes présentées dans le cadre du programme. Par conséquent, la catégorie de permis de travail n’a pas été choisie par les demandeurs, mais plutôt par IRCC. Comme je l’ai déjà mentionné, le code C10 permet d’accorder une dispense dans la situation visée par l’alinéa 205a) du Règlement, c’est-à-dire lorsque le travail pour lequel l’étranger demande un permis de travail « permet de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages sociaux, culturels ou économiques pour les citoyens canadiens ou les résidents permanents ».

[39] Le libellé de l’alinéa 205a) du Règlement est clair : il vise les étrangers qui ont l’intention d’exercer un travail qui permet de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages économiques pour les citoyens canadiens. L’agent n’a pas expliqué pourquoi ni comment cette disposition limiterait l’entrée au Canada, comme il l’a déclaré dans les décisions contestées, aux [TRADUCTION] « personnes de renommée internationale, lorsque leur présence au Canada est cruciale pour un événement très médiatisé et lorsque les circonstances ont fait en sorte que leur entrée au pays est urgente ». De même, l’agent n’a fourni aucune justification pour limiter la définition d’un avantage [TRADUCTION] « important, c’est-à-dire qu’il doit être considérable ou appréciable, et il doit être étayé par le témoignage d’experts crédibles, dignes de confiance et distingués qui œuvrent dans le même domaine que l’étranger, par des éléments de preuve objectifs et par les réalisations exceptionnelles antérieures du demandeur ».

[40] Les permis de travail délivrés dans le cadre du programme sont axés sur l’entreprise en démarrage. Le programme n’exige pas, comme critère d’admissibilité, que des experts de renommée internationale viennent prêter leur nom à des établissements, à des entreprises, à des productions de divertissement ou à des universités. Les demandeurs sont plutôt invités à venir au Canada pour mettre à profit leurs compétences en vue de lancer

[41] I further note that beyond the unreasonable rationale pointed out above, even the Department's guidance documents, which serve as a reference tool for visa officers, are inconsistent. Specifically, the Application Guide states at section 4.1.3 that the officer is to use the C10 coding (significant benefits). However, the Overview states that the officer is to use the A75 Coding (permanent resident facilitation, such as for bridging open work permits, for certain economic class permanent residence applicants). I note that it would be helpful for IRCC to clarify these inconsistent indications as to which Code their officers should be applying.

[42] Either way, the guidance makes it clear (in both the Overview and Application Guide) that the work permit is to be issued on an LMIA-exempt basis. The GCMS notes, however, fail to acknowledge the LMIA-exempt nature of the Program, and apply the wrong assessment criteria for such a work permit in stating that "all practical efforts to obtain ESDC's assessment should be made before C10 is applied." After all, an application for an LMIA would be refused for a business which had not fulfilled the minimum recruitment requirements, and which does not even yet exist. Indeed, the Officer's statement that the applicants had failed to make efforts to obtain an LMIA is unreasonable, and also directly related to another unjustified statement of the Officer, regarding the lack of an incorporated business.

(6) Lack of an incorporated business

[43] The Officer unreasonably erred in factoring into the refusal the fact that the applicants had not yet incorporated their business. First, the work permit applications each indicate that the applicants intend to incorporate their business upon arrival in Canada. Second, even the permanent residence application stage expressly permits

et d'exploiter une entreprise novatrice ayant reçu l'appui d'une entité désignée.

[41] Je note en outre que, au-delà du raisonnement déraisonnable mentionné ci-dessus, même les lignes directrices du Ministère, que les agents des visas utilisent comme documents de référence, sont incohérentes. Plus précisément, le guide de présentation d'une demande indique à la section 4.1.3 que l'agent doit utiliser le code de dispense C10 (avantage important), alors que les lignes directrices générales indiquent que l'agent doit utiliser le code de dispense A75 (mesures de facilitation pour les demandeurs de certaines catégories de l'immigration économique, par exemple pour les permis de travail ouverts transitoires). Je fais remarquer qu'il serait utile qu'IRCC clarifie les incohérences quant aux codes que ses agents devraient appliquer.

[42] D'une façon ou d'une autre, les lignes directrices (les lignes directrices générales et le guide de présentation d'une demande) indiquent clairement que le permis de travail doit être dispensé d'une EIMT. Les notes versées au SMGC, cependant, permettent de constater que l'agent n'a pas reconnu qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir une EIMT dans le cadre du programme et qu'il a appliqué le mauvais critère à l'évaluation des demandes de permis de travail. De fait, il a affirmé que [TRADUCTION] « tous les efforts possibles pour obtenir une évaluation d'EDSC doivent être déployés avant de demander une dispense au titre du code C10 ». Après tout, une demande d'EIMT serait refusée pour une entreprise qui n'a pas satisfait aux exigences minimales de recrutement et qui n'existe même pas encore. Ainsi, la déclaration de l'agent selon laquelle les demandeurs n'avaient pas fait d'efforts pour obtenir une EIMT est déraisonnable, et elle est directement liée à une autre déclaration injustifiée de l'agent concernant l'absence de constitution en société.

6) L'absence de constitution en société

[43] L'agent a commis une erreur en tenant compte du fait que les demandeurs n'avaient pas encore constitué leur entreprise en société. Premièrement, les trois demandes de permis de travail indiquaient que les demandeurs avaient l'intention de constituer leur entreprise en société à leur arrivée au Canada. Deuxièmement, même

applicants to incorporate a business subsequent to entering Canada, as long as an applicant demonstrates the intention to incorporate after the approval of permanent residence (R98.06(2)).

[44] I note that unlike the detailed provisions of R98 relating to permanent residency applications under the Program, neither the Act nor Regulations comment on work permits issued under it. Rather, the only commentary specific to work permits are the policy statements set out in the guidance (Overview and Application Guide). The Application Guide expressly permits the request for work permits without the requirement of the business to be incorporated in Canada. This is yet another indication that the Officer at best misapplied, and at worst misapplied, the specific nature of these applications, and the broader parameters of the Program.

(7) Peer review mechanism

[45] Finally, the applicants contend that it was unreasonable for the Officer to find that they did not meet the Program requirements and could not perform the work sought without triggering a peer review, as they assert this was beyond the scope of the Officer's purview under the regulatory scheme of the Program. The applicants argue that under the Program, decisions on the suitability of applicants as industry experts are delegated to designated entities, and officers owe deference to the assessment of the designated entity in question. They submit that if the Officer had concerns with the due diligence or the validity of support offered by the Designated Entity in this case, a peer review should have been triggered under R98.09.

[46] I note that peer review is not mandatory under R98.09, which states that an officer "may request" an independent assessment by a peer review panel. Furthermore, the officer is not bound by its assessment (R98.09(4)).

à l'étape de la demande de résidence permanente, il est permis aux demandeurs de constituer une entreprise après leur arrivée au Canada, pourvu qu'ils démontrent leur intention de la constituer en société après l'obtention de la résidence permanente (paragraphe 98.06(2) du Règlement).

[44] Je fais remarquer que, contrairement aux dispositions de l'article 98 du Règlement qui portent sur les demandes de résidence permanente présentées sous le régime du programme, ni la Loi ni le Règlement ne traitent des permis de travail délivrés dans le cadre du programme. Les énoncés de politique des lignes directrices (les lignes directrices générales et le guide de présentation d'une demande) sont les seuls qui en parlent. Le guide de présentation d'une demande autorise expressément qu'un permis de travail soit demandé même si l'entreprise n'est pas constituée en société au Canada. Voilà un autre élément qui indique que l'agent a, au mieux, mal appliqué, et, au pire, mal compris, la nature particulière des demandes et les paramètres plus généraux du programme.

7) Le mécanisme d'examen par les pairs

[45] Enfin, les demandeurs soutiennent qu'il était déraisonnable de la part de l'agent de conclure qu'ils ne satisfaisaient pas aux exigences du programme et qu'ils étaient incapables d'exercer le travail pour lequel les permis de travail ont été demandés sans demander un examen par les pairs, puisque cette conclusion outrepassait la compétence que lui conférait le cadre réglementaire du programme. Ils affirment que, dans le cadre du programme, les décisions sur l'admissibilité des demandeurs en tant qu'experts de l'industrie sont déléguées aux entités désignées et que les agents doivent faire preuve de retenue à l'égard de l'évaluation menée par celles-ci. Ils font valoir que, si l'agent avait des doutes quant à la diligence raisonnable ou à la validité de l'appui consenti par l'entité désignée en l'espèce, il aurait dû demander qu'un examen par les pairs soit mené en vertu de l'article 98.09 du Règlement.

[46] Je fais remarquer que l'examen par les pairs n'est pas obligatoire. L'article 98.09 du Règlement prévoit en effet que l'agent « peut demander » qu'une évaluation indépendante soit menée par un comité d'examen par les

pairs. De plus, l'agent n'est pas lié par l'évaluation de ce comité (paragraphe 98.09(4) du Règlement).

[47] In short, while the failure to trigger a peer review did not render the Decisions unreasonable in this case, other aspects of it reviewed above did.

[47] Bref, bien que le défaut de demander un examen par les pairs ne suffit pas à rendre les décisions déraisonnables en l'espèce, celles-ci sont déraisonnables pour d'autres motifs, examinés ci-dessus.

IV. Requests for the Court to Order the approval of the Work Permits and Issue Costs

IV. La réparation demandée (délivrance des permis de travail et dépens)

[48] The applicants have requested that this Court order:

[48] Les demandeurs ont demandé à la Cour :

- i. the visa office to issue the three work permits;
- ii. in the alternative, redetermine the three files, making a decision on the work permits within 30 days of receipt of this order; and
- iii. costs against the Minister.

- i. d'ordonner au bureau des visas de délivrer les trois permis de travail;
- ii. subsidiairement, d'ordonner au bureau des visas de procéder au réexamen des trois dossiers et de rendre une nouvelle décision à l'égard des permis de travail dans les 30 jours suivant la réception de la présente ordonnance;
- iii. de condamner le ministre aux dépens.

[49] On the first request, as noted by Mr. Justice Gascon of this Court in *Shekhtman v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FC 964, 49 Admin. L.R. (6th) 12, at paragraph 35, directed verdicts are “‘an exceptional power that should be exercised only in the clearest of circumstances’ and where the case is straightforward and the decision of the Court would be dispositive of the matter” (citing *Canada (Minister of Human Resources Development) v. Rafuse*, 2002 FCA 31, 286 N.R. 385, [2002] 2 F.C. D-9, at paragraph 14). Because this is not one of those cases, I would reject the applicants’ request for a directed verdict and remit the matter to another officer.

[49] En ce qui concerne la première demande, comme l’a souligné le juge Gascon au paragraphe 35 de la décision *Shekhtman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 964, la possibilité de rendre un verdict ordonné est « ‘un pouvoir exceptionnel ne devant être exercé que dans les cas les plus clairs’ et lorsque l’affaire est simple et que la décision de la Cour permettrait de régler l’affaire dont la Cour est saisie » (citant *Canada (Ministre du Développement des ressources humaines) c. Rafuse*, 2002 CAF 31, [2002] 2 C.F. F-9, au paragraphe 14). Comme il ne s’agit pas en l’espèce de l’un de ces cas, je suis d’avis de rejeter la demande de verdict ordonné des demandeurs et de renvoyer l’affaire à un autre agent.

[50] I am, however, willing to accede to the alternate request that processing be done in an expeditious manner, given the passage of time since the original filing of these applications. The applicants requested 30 days for a new decision on each of the work permit applications, while respondent’s counsel requested a minimum of 90 days. I will provide the respondent Minister 60 days from the

[50] Je suis toutefois disposé à accéder à la demande subsidiaire des demandeurs pour que les demandes de permis de travail soient traitées rapidement, compte tenu du temps qui s’est écoulé depuis leur dépôt initial. Les demandeurs ont demandé qu’une nouvelle décision soit rendue dans les 30 jours à l’égard des trois demandes de permis de travail, tandis que l’avocate du défendeur a demandé un minimum

date of this Judgment and Reasons to redetermine these files.

[51] As for costs, despite granting the judicial review to the applicants, I am not satisfied that there are any special reasons to warrant an order as to costs in light of rule 22 of the *Federal Courts Citizenship, Immigration and Refugee Protection Rules*, SOR/93-22.

V. Conclusion

[52] For the rationale set out above, I am of the opinion that the Officer's Decisions were unreasonable and the three applications for judicial review will be granted.

[53] As the Decisions were the same for the three concurrently-heard files, my Judgment and Reasons apply equally to all three, and will accordingly be placed on each of Court files IMM-4055-21, IMM-4058-21, and IMM-4064-21.

JUDGMENT in IMM-4055-21, IMM-4058-21, IMM-4064-21

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The applications for judicial review are granted.
2. The respondent shall have 60 days from the date of this Judgment to redetermine these files, through a different officer.
3. There will be no order as to costs.
4. The parties proposed no questions for certification and I agree that no such questions arise.

de 90 jours. J'accorderai au ministre défendeur 60 jours à compter de la date du présent jugement et des présents motifs pour procéder au réexamen des dossiers en cause.

[51] En ce qui concerne les dépens, même si les demandeurs ont gain de cause, je ne suis pas convaincu qu'il existe des raisons spéciales d'adjudger les dépens au titre de la règle 22 des *Règles des cours fédérales en matière de citoyenneté, d'immigration et de protection des réfugiés*, DORS/93-22.

V. Conclusion

[52] Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les décisions de l'agent étaient déraisonnables, et les trois demandes de contrôle judiciaire seront accueillies.

[53] Étant donné que les décisions contestées étaient les mêmes dans les trois dossiers, qui ont été entendus simultanément, mon jugement et mes motifs s'appliquent également aux trois dossiers et, par conséquent, seront placés dans les dossiers de la Cour IMM-4055-21, IMM-4058-21 et IMM-4064-21.

JUGEMENT dans les dossiers IMM-4055-21, IMM-4058-21 et IMM-4064-21

LA COUR REND LE JUGEMENT QUI SUIT :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont accueillies.
2. Le défendeur dispose de 60 jours à compter de la date du présent jugement pour procéder au réexamen des dossiers en cause, par l'entremise d'un autre agent.
3. Aucuns dépens ne sont adjudgés.
4. Les parties n'ont proposé aucune question à certifier et je conviens que la présente affaire n'en soulève aucune.

ANNEX A

Government
of CanadaGouvernement
du Canada

6

PROTECTED - B

Date: February 26, 2021

UCI: 1116013151

Application no.: W305615220

SAMAT SERIMBETOV
23-MCRG. 11 BLDG. 60
AKTAU 130000
Kazakhstan

Dear SAMAT SERIMBETOV,

Thank you for your interest in working in Canada. After careful review of your work permit application and supporting documentation under the International Mobility Program, I have determined that your application does not meet the requirements of the Immigration and Refugee Protection Act (IRPA) and Immigration and Refugee Protection Regulations (IRPR). I am refusing your application on the following grounds:

- I am not satisfied that you will leave Canada at the end of your stay, as stipulated in subsection 200(1) of the IRPR, based on the purpose of your visit.
- I am not satisfied that you will leave Canada at the end of your stay, as stipulated in subsection 200(1) of the IRPR, based on your current employment situation.
- I am not satisfied that you will leave Canada at the end of your stay, as stipulated in subsection 200(1) of the IRPR, based on your family ties in Canada and in your country of residence.
- You were not able to demonstrate that you will be able to adequately perform the work you seek.
- Other: I am not satisfied that the work would create or maintain significant benefit or opportunities for Canadians and therefore, you do not qualify for a C10 LMIA exempt work permit under section 205(a)

You are welcome to reapply if you feel that you can respond to these concerns and can demonstrate that your situation meets the requirements. All new applications must be accompanied by a new processing fee.



Government
of Canada

Gouvernement
du Canada

7

PROTECTED - B

Sincerely,
Embassy of Canada
Visa Section
ul. Piekna 2/8
00-481 Warsaw
Poland
Application Enquiry: <https://secure.cic.gc.ca/enquiries-reseignements/case-cas-eng.aspx?mission=warsaw>
www.poland.gc.ca
www.cic.gc.ca

ANNEXE A



6

PROTÉGÉ B

Date: le 26 février 2021

IUC: 1116013151

N° de la demande: W305615220



SAMAT SERIMBETOV
23-MCRG. 11 BLDG. 60
AKTAU 130000
Kazakhstan

Monsieur,

Merci d'avoir exprimé le désir de venir travailler au Canada. Après avoir examiné attentivement votre demande de permis de travail et les documents à l'appui présentés en vertu du Programme de mobilité internationale, j'ai conclu que votre demande ne satisfait pas aux exigences de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (la LIPR) et du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* (le RIPR). Je rejette votre demande pour les motifs suivants:

- Je ne suis pas convaincu que vous quitterez le Canada à la fin de votre séjour, comme l'exige le paragraphe 200(1) du RIPR, compte tenu de l'objet de votre visite.
- Je ne suis pas convaincu que vous quitterez le Canada à la fin de votre séjour, comme l'exige le paragraphe 200(1) du RIPR, compte tenu de votre situation d'emploi actuelle.
- Je ne suis pas convaincu que vous quitterez le Canada à la fin de votre séjour, comme l'exige le paragraphe 200(1) du RIPR, compte tenu de vos liens familiaux au Canada et dans votre pays de résidence.
- Vous n'avez pas démontré que vous serez capable d'exercer adéquatement l'emploi pour lequel le permis de travail a été demandé.
- Autres motifs: Je ne suis pas convaincu que le travail pour lequel le permis a été demandé permettrait de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages pour les citoyens canadiens et, par conséquent, vous n'êtes pas admissible à un permis de travail sans EIMT au titre du code de dispense C10 aux termes de l'alinéa 205a) du RIPR.

The wordmark "Canada" in a serif font, with a small red maple leaf logo positioned above the letter 'a'.

IMM5621GEN (10-2017) E

7

**PROTÉGÉ B**

Vous pouvez présenter une nouvelle demande si vous croyez pouvoir répondre à ces préoccupations et démontrer que votre situation répond aux exigences. Toutes les nouvelles demandes doivent être accompagnées des frais de traitement.

Veuillez agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Ambassade du Canada
Section des visas
~~ul. Piłkna~~ 2/8
00-481 Varsovie
Pologne

Demande de renseignements sur la demande: <https://secure.cic.gc.ca/enquiries-renseignements/cas-cas-fra.aspx?mission=warsaw>

www.pologne.gc.ca

www.cic.gc.ca

The wordmark "Canada" in a serif font, with a small red maple leaf above the letter "a".

IMM5621GEN (10-2017) E

ANNEX B*Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227*

General

Artificial transactions

89 For the purposes of this Division, an applicant in the self-employed persons class or an applicant in the start-up business class is not considered to have met the applicable requirements of this Division if the fulfillment of those requirements is based on one or more transactions that were entered into primarily for the purpose of acquiring a status or privilege under the Act rather than

...

(b) in the case of an applicant in the start-up business class, for the purpose of engaging in the business activity for which a commitment referred to in paragraph 98.01(2)(a) was intended.

...

Start-up Business Class

Class

98.01 (1) For the purposes of subsection 12(2) of the Act, the start-up business class is prescribed as a class of persons who may become permanent residents on the basis of their ability to become economically established in Canada, who meet the requirements of subsection (2) and who intend to reside in a province other than Quebec.

Member of class

(2) A foreign national is a member of the start-up business class if

(a) they have obtained a commitment that is made by one or more entities designated under subsection 98.03(1), that is less than six months old on the date on which their application for a permanent resident visa is made and that meets the requirements of section 98.04;

(b) they have submitted the results of a language test that is approved under subsection 102.3(4), which results must be provided by an organization or institution that is designated under that subsection, be

ANNEXE B*Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227*

Disposition générale

Opérations factices

89 Pour l'application de la présente section, ne satisfait aux exigences applicables de la présente section le demandeur au titre de la catégorie de travailleur autonome ou de la catégorie « démarrage d'entreprise » qui, pour s'y conformer, s'est livré à des opérations visant principalement à acquérir un statut ou un privilège sous le régime de la Loi plutôt que :

[...]

b) s'agissant d'un demandeur au titre de la catégorie « démarrage d'entreprise », dans le but d'exploiter l'entreprise envers laquelle a été pris un engagement visé à l'alinéa 98.01(2)a).

[...]

Catégorie « démarrage d'entreprise »

Catégorie

98.01 (1) Pour l'application du paragraphe 12(2) de la Loi, la catégorie « démarrage d'entreprise » est une catégorie réglementaire de personnes qui peuvent devenir résidents permanents du fait de leur capacité à réussir leur établissement économique au Canada, qui satisfont aux exigences visées au paragraphe (2) et qui cherchent à s'établir dans une province autre que le Québec.

Qualité

(2) Appartient à la catégorie « démarrage d'entreprise » l'étranger qui satisfait aux exigences suivantes :

a) il a obtenu d'une ou de plusieurs entités désignées en vertu du paragraphe 98.03(1) un engagement qui date de moins de six mois au moment où la demande de visa de résident permanent est faite et qui satisfait aux exigences de l'article 98.04;

b) il a fourni les résultats — datant de moins de deux ans au moment où la demande est faite — d'un test d'évaluation linguistique approuvé en vertu du paragraphe 102.3(4) provenant d'une institution ou d'une

less than two years old on the date on which their application for a permanent resident visa is made and indicate that the foreign national has met at least benchmark level 5 in either official language for all four language skill areas, as set out in the *Canadian Language Benchmarks* or the *Niveaux de compétence linguistique canadiens*, as applicable;

(c) they have, excluding any investment made by a designated entity into their business, transferable and available funds unencumbered by debts or other obligations of an amount that is equal to one half of the amount identified, in the most recent edition of the publication concerning low income cut-offs published annually by Statistics Canada under the *Statistics Act*, for urban areas of residence of 500,000 persons or more, as the minimum amount of before-tax annual income that is necessary to support a group of persons equal in number to the total number of the applicant and their family members; and

(d) they have started a qualifying business within the meaning of section 98.06.

Size

(3) No more than five applicants are to be considered members of the start-up business class in respect of the same business.

Agreements with organizations

98.02 (1) The Minister may enter into an agreement with an organization to provide for any matter related to the start-up business class, including

(a) the making of recommendations and the provision of advice to the Minister on the designation of an entity and on the revocation of those designations;

(b) the establishment of criteria, standards of conduct and best practices for the making of commitments or the performance of other activities related to the start-up business class by an entity;

(c) the making of recommendations and the provision of advice to the Minister on the operation of these Regulations with respect to the start-up business class;

(d) the establishment of peer review panels referred to in section 98.09; and

organisation désignée en vertu de ce paragraphe qui indiquent qu'il a obtenu, en français ou en anglais et pour chacune des quatre habiletés langagières, au moins le niveau 5 selon les *Niveaux de compétence linguistique canadiens* ou le *Canadian Language Benchmarks*, selon le cas;

c) il dispose de fonds transférables, non grevés de dettes ou d'autres obligations financières, à l'exception de tout investissement fait par une entité désignée dans son entreprise, d'un montant égal à la moitié du revenu minimal nécessaire, dans les régions urbaines de 500 000 habitants et plus, selon la version la plus récente de la grille des seuils de faible revenu avant impôt publiée annuellement par Statistique Canada au titre de la *Loi sur la statistique*, pour subvenir pendant un an aux besoins d'un groupe de personnes dont le nombre correspond à celui de l'ensemble du demandeur et des membres de sa famille;

d) il a démarré une entreprise admissible au sens de l'article 98.06.

Limite

(3) Le nombre de demandeurs qui peuvent être considérés comme appartenant à la catégorie « démarrage d'entreprise » relativement à la même entreprise ne peut excéder cinq.

Accords avec des organisations

98.02 (1) Le ministre peut conclure avec une organisation un accord portant sur toute question liée à la catégorie « démarrage d'entreprise », notamment :

a) la formulation de recommandations et de conseils à l'intention du ministre quant à la désignation d'une entité et à la révocation d'une telle désignation;

b) l'établissement de critères, de normes de conduite et de pratiques exemplaires quant à la prise d'engagements ou à l'exercice d'autres activités, dans le cadre de la catégorie « démarrage d'entreprise », par une entité;

c) la formulation de recommandations et de conseils à l'intention du ministre quant à l'application du présent règlement en ce qui a trait à cette catégorie;

d) l'établissement de comités d'examen par les pairs visés à l'article 98.09;

(e) the submission of reports to the Minister on the activities of designated entities.

Requirements

(2) In order to exercise the functions referred to in paragraphs (1)(a), (b), (d) and (e), the organization must have expertise in relation to the type of entity in question, namely,

- (a) business incubators;
- (b) angel investor groups; or
- (c) venture capital funds.

Conditions

(3) An organization may exercise the functions referred to in subsection (1) only when the following conditions apply:

- (a) the organization is in compliance with the agreement and the agreement remains in force;
- (b) subject to subsections 98.12(2) and 98.13(4), the organization complies with requirements imposed under subsection 98.12(1) and paragraphs 98.13(2)(b), (c), and (f) and requests made under subsection 98.13(3);
- (c) the organization is in compliance with these Regulations; and
- (d) the organization has expertise in relation to at least one of the entity types referred to in paragraphs (2)(a) to (c).

Designation

98.03 (1) The Minister must designate the entities referred to in subsection 98.01(2) according to the following categories:

- (a) business incubators;
- (b) angel investor groups; and
- (c) venture capital funds.

Requirements

(2) The Minister may only designate an entity if

e) la présentation de rapports au ministre sur les activités exercées par les entités désignées dans le cadre de cette catégorie.

Exigence

(2) Afin d'exercer les fonctions prévues aux alinéas (1)a), b), d) et e) à l'égard d'un type d'entité, l'organisation doit posséder l'expertise pertinente à ce type d'entité, selon le cas :

- a) les incubateurs d'entreprises;
- b) les groupes d'investisseurs providentiels;
- c) les fonds de capital-risque.

Conditions

(3) L'organisation ne peut exercer les fonctions prévues au paragraphe (1) que lorsque les conditions suivantes sont remplies :

- a) elle se conforme aux modalités de l'accord et celui-ci reste en vigueur;
- b) sous réserve des paragraphes 98.12(2) et 98.13(4), elle se conforme aux exigences prévues au paragraphe 98.12(1) et aux alinéas 98.13(2)b), c) et f) et à toute demande faite en vertu du paragraphe 98.13(3);
- c) elle se conforme au présent règlement;
- d) elle possède l'expertise pertinente à au moins un des types d'entités mentionnées aux alinéas (2)a) à c).

Désignation

98.03 (1) Le ministre désigne les entités visées au paragraphe 98.01(2) selon les catégories suivantes :

- a) les incubateurs d'entreprises;
- b) les groupes d'investisseurs providentiels;
- c) les fonds de capital-risque.

Exigences

(2) Pour être désignée, l'entité doit satisfaire aux exigences suivantes :

(a) it is recognized for its expertise in assessing the potential for and assisting in the success of start-up business opportunities in Canada; and

(b) it has the ability to assess the potential for and assist in the success of start-up business opportunities in Canada.

Conditions

(3) A designated entity must respect the following conditions:

(a) it must continue to meet the requirements of subsection (2);

(b) it must enter only into commitments that respect these Regulations;

(c) it must provide the Minister upon request with information on its activities related to the start-up business class, including information on foreign nationals with whom it has made commitments and the businesses referred to in those commitments;

(d) it must, subject to subsections 98.12(2) and 98.13(4), comply with requirements imposed under subsection 98.12(1) and paragraphs 98.13(2)(b), (c) and (f) and requests made under subsection 98.13(3);

(e) it must comply with the terms of its commitments and with these Regulations; and

(f) it must comply with any federal or provincial law or regulation relevant to the service it provides.

...

Form of commitment

98.04 (1) A commitment must be in a written or electronic form that is acceptable to the Minister and must be provided by a person who has the authority to bind the designated entity.

No fee for commitment

(2) A commitment does not respect these Regulations if the entity that made it charges a fee to review and assess the business proposal or to assess the business.

a) elle est dotée d'une expertise reconnue pour évaluer le potentiel des entreprises et pour faciliter leur réussite au Canada dans le cadre de la catégorie « démarrage d'entreprise »;

b) elle est dotée d'une capacité reconnue pour évaluer le potentiel des entreprises et pour faciliter leur réussite au Canada dans le cadre de cette catégorie.

Conditions

(3) L'entité désignée doit respecter les conditions suivantes :

a) elle doit continuer de satisfaire aux exigences prévues au paragraphe (2);

b) elle ne prend que des engagements qui sont conformes au présent règlement;

c) sur demande du ministre, elle fournit les renseignements concernant ses activités liées à la catégorie « démarrage d'entreprise », y compris les renseignements à l'égard des étrangers envers lesquels elle a pris des engagements et des entreprises visées par ces engagements;

d) sous réserve des paragraphes 98.12(2) et 98.13(4), elle se conforme aux exigences prévues au paragraphe 98.12(1) et aux alinéas 98.13(2)b), c) et f) et à toute demande faite en vertu du paragraphe 98.13(3);

e) elle se conforme aux modalités de ses engagements et au présent règlement;

f) elle se conforme à toute loi ou tout règlement fédéral ou provincial qui s'applique au service qu'elle fournit.

[...]

Forme de l'engagement

98.04 (1) L'engagement est présenté sous une forme écrite ou électronique que le ministre juge acceptable et est fourni par une personne autorisée à lier l'entité désignée.

Frais non exigibles pour l'engagement

(2) L'engagement n'est pas conforme au présent règlement si l'entité qui l'a pris exige des frais pour examiner et évaluer la proposition commerciale ou pour évaluer l'entreprise.

Multiple applicants

(3) If there is more than one applicant in respect of a commitment, the commitment must

- (a) include information on each applicant; and
- (b) identify those applicants that the entity making the commitment considers essential to the business.

Conditional commitment

(4) If there is more than one applicant in respect of a commitment, the commitment may be conditional on the issuance of a permanent resident visa to one or more of those applicants.

...

Qualifying business

98.06 (1) For the purposes of paragraph 98.01(2)(d), a qualifying business with respect to an applicant is one

- (a) in which the applicant provides active and ongoing management from within Canada;
- (b) for which an essential part of its operations is conducted in Canada;
- (c) that is incorporated in Canada; and
- (d) that has an ownership structure that complies with the percentages established under subsection (3).

Exception — intention

(2) A business that fails to meet one or more of the requirements of paragraphs (1)(a) to (c) is nevertheless a qualifying business if the applicant intends to have it meet those requirements after they have been issued a permanent resident visa.

...

Peer review

98.09 (1) An officer may request that a commitment, the applicants and designated entities party to the commitment and the qualifying business to which the commitment relates be independently assessed by a peer review panel established under an agreement referred to in section 98.02 by an organization that has expertise with respect to the type of entity making the commitment.

Demandeurs multiples

(3) Dans les cas où il y a plus d'un demandeur relativement à un même engagement, celui-ci doit :

- a) comprendre des renseignements sur chaque demandeur;
- b) préciser quels sont, parmi les demandeurs, ceux que l'entité qui prend l'engagement juge indispensables à l'entreprise.

Engagement conditionnel

(4) Si plusieurs demandeurs présentent une demande fondée sur le même engagement, celui-ci peut être subordonné à la délivrance d'un visa de résident permanent à un ou plusieurs de ces demandeurs.

[...]

Entreprise admissible

98.06 (1) Pour l'application de l'alinéa 98.01(2)d), est une entreprise admissible à l'égard d'un demandeur l'entreprise :

- a) dont le demandeur assure la gestion de façon active et suivie à partir du Canada;
- b) dont une part essentielle des activités est effectuée au Canada;
- c) qui est constituée en personne morale au Canada;
- d) qui affiche une structure de partage de la propriété conforme aux pourcentages établis en vertu du paragraphe (3).

Exception — intention

(2) L'entreprise qui ne satisfait pas aux exigences prévues aux alinéas (1)a) à c) est néanmoins une entreprise admissible si le demandeur a l'intention, après s'être vu délivrer un visa de résident permanent, de faire en sorte que l'entreprise satisfasse à ces exigences.

[...]

Évaluation par les pairs

98.09 (1) L'agent peut demander qu'un engagement, que les demandeurs et entités désignés qui y sont parties et que l'entreprise admissible qui y est relative soient évalués de façon indépendante par un comité d'examen par les pairs établi en vertu d'un accord visé à l'article 98.02 par une organisation qui a une expertise à l'égard du type d'entité qui prend l'engagement.

Grounds for request

(2) The request may be made if the officer is of the opinion that an independent assessment would assist in the application process. The request may also be made on a random basis.

Independent assessment

(3) The peer review panel's assessment must be independent and take industry standards into account.

Assessment not binding

(4) An officer who requests an independent assessment is not bound by it.

...

Issuance of Work Permits**Work permits**

200 (1) Subject to subsections (2) and (3) — and, in respect of a foreign national who makes an application for a work permit before entering Canada, subject to section 87.3 of the Act — an officer shall issue a work permit to a foreign national if, following an examination, it is established that

...

(b) the foreign national will leave Canada by the end of the period authorized for their stay under Division 2 of Part 9;

...

Exceptions

(3) An officer shall not issue a work permit to a foreign national if

(a) there are reasonable grounds to believe that the foreign national is unable to perform the work sought;

...

Canadian interests

205 A work permit may be issued under section 200 to a foreign national who intends to perform work that

Motifs de la demande de l'agent

(2) La demande de l'agent peut être présentée si celui-ci est d'avis qu'une évaluation indépendante serait utile au processus de demande; elle peut également être présentée de façon aléatoire.

Évaluation indépendante

(3) Le comité d'examen par les pairs se doit d'être indépendant et tient compte des normes de l'industrie.

Évaluation ne lie pas

(4) L'agent qui demande une évaluation indépendante n'est pas lié par celle-ci.

[...]

Délivrance du permis de travail**Permis de travail — demande préalable à l'entrée au Canada**

200 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), et de l'article 87.3 de la Loi dans le cas de l'étranger qui fait la demande préalablement à son entrée au Canada, l'agent délivre un permis de travail à l'étranger si, à l'issue d'un contrôle, les éléments ci-après sont établis :

[...]

b) il quittera le Canada à la fin de la période de séjour qui lui est applicable au titre de la section 2 de la partie 9;

[...]

Exceptions

(3) Le permis de travail ne peut être délivré à l'étranger dans les cas suivants :

a) l'agent a des motifs raisonnables de croire que l'étranger est incapable d'exercer l'emploi pour lequel le permis de travail est demandé;

[...]

Intérêts canadiens

205 Un permis de travail peut être délivré à l'étranger en vertu de l'article 200 si le travail pour lequel le permis est demandé satisfait à l'une ou l'autre des conditions suivantes :

(a) would create or maintain significant social, cultural or economic benefits or opportunities for Canadian citizens or permanent residents;

a) il permet de créer ou de conserver des débouchés ou des avantages sociaux, culturels ou économiques pour les citoyens canadiens ou les résidents permanents;

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

Temporary resident

Résident temporaire

22 ...

22 [...]

Dual intent

Double intention

(2) An intention by a foreign national to become a permanent resident does not preclude them from becoming a temporary resident if the officer is satisfied that they will leave Canada by the end of the period authorized for their stay.

(2) L'intention qu'il a de s'établir au Canada n'empêche pas l'étranger de devenir résident temporaire sur preuve qu'il aura quitté le Canada à la fin de la période de séjour autorisée.

A-111-21
2022 FCA 151A-111-21
2022 CAF 151**Ristorante a Mano Limited (*Appellant*)**

v.

The Minister of National Revenue (*Respondent*)**INDEXED AS: RISTORANTE A MANO LIMITED v. CANADA
(NATIONAL REVENUE)**Federal Court of Appeal, Rennie, Laskin and Monaghan
J.J.A.—Halifax, March 23; Ottawa, August 31, 2022.

Pensions — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from respondent's assessments concerning appellant's payment liability under Canada Pension Plan, Employment Insurance Act (EIA), upholding the assessments — Appellant operating restaurant in Halifax, employing wait staff (servers) to provide table service to its customers — Gratuities (tips) paid to servers either in cash or via appellant when customers paying for their bill (including tip) electronically — Appellant, servers having arrangement whereby servers receiving portion of electronic tips paid by customers they served — Appellant not considering any part of electronic tips received by servers to be pensionable salary, wages for purposes of Canada Pension Plan or insurable earnings for purposes of EIA — Accordingly, in 2015, 2016, 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, appellant not taking into account any portion of electronic tips — However, respondent disagreed, assessing appellant on basis that portion of servers' electronic tips for 2015, 2016, 2017 should have been taken into account for purposes of Canada Pension Plan, insurable earnings for purposes of EIA — After appeal to respondent failed, appellant appealed those assessments to Tax Court of Canada — Tax Court referred to amount transferred to servers as "due-back" — Where server received cash from customers in payment of their restaurant bills, server retained it while server's due-back took that cash into account — Thus due-back was net of that cash — On appeal, Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Issue herein was whether Tax Court erred when it concluded that appellant paid due-backs to servers in respect of their employment; therefore that due-backs were contributory salary, wages for purposes of Canada Pension Plan, insurable earnings for purposes of EIA — Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Tax

Ristorante a Mano Limited (*appelante*)

c.

Le ministre du Revenu national (*intimé*)**RÉPERTORIÉ : RISTORANTE A MANO LIMITED c. CANADA
(REVENU NATIONAL)**Cour d'appel fédérale, juges Rennie, Laskin et Monaghan,
J.C.A.—Halifax, 23 mars; Ottawa, 31 août 2022.

Pensions — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du Régime de pensions du Canada et de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) et qui a confirmé les cotisations — L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients — Les pourboires sont versés aux serveurs en espèces ou par l'appelante lorsque les clients paient leurs factures (incluant le pourboire) par voie électronique — L'appelante et les serveurs ont une entente selon laquelle les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis — L'appelante ne considérait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du Régime de pensions du Canada ou à des gains assurables aux fins de la LAE — Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques — L'intimé n'était toutefois pas d'accord et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en considération aux fins du Régime de pensions du Canada et comme gains assurables aux fins de la LAE — Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement » — Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, le serveur conservait cette somme, tandis que le remboursement au serveur prenait en compte cet argent — Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent — En appel, la Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient

Court made right conclusion — Same was true of due-backs notwithstanding that they constituted only portion of electronic tips received from server's customers — Arrangements between appellant, its servers not affecting conclusion that server's due-back was in respect of server's employment — Only relevant question for determining whether amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment — Tax Court rightly concluded that due-backs were so received — In determining whether tip is amount paid by employer, whether that amount is in respect of employment, question to be answered is whether employer paid amounts to employees in respect of their employment — How such question answered in any particular case depends on facts as found by Tax Court therein — Here, citing in particular Supreme Court decision in Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada, Tax Court identified applicable test as simply whether it was employer who "paid" tips to servers — Applying that test, Tax Court concluded, based on evidence, that tips were paid to server employees by appellant — Tax Court not erring in articulation of test or application thereof to facts as it found — In conclusion, Tax Court not erring in dismissing appellant's appeal of respondent's assessments at issue — Appeal dismissed.

Employment Insurance — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from respondent's assessments concerning appellant's payment liability under Canada Pension Plan, Employment Insurance Act (EIA), upholding the assessments — Appellant operating restaurant in Halifax, employing wait staff (servers) to provide table service to its customers — Gratuities (tips) paid to servers either in cash or via appellant when customers paying for their bill (including tip) electronically — Appellant, servers having arrangement whereby servers receiving portion of electronic tips paid by customers they served — Appellant not considering any part of electronic tips received by servers to be pensionable salary,

versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi; par conséquent, que les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du Régime de pensions du Canada et une rémunération assurable aux fins de la LAE — La Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — La Cour de l'impôt a tiré la bonne conclusion — Il en allait de même pour les remboursements, bien qu'ils ne constituent qu'une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur — Les ententes conclues entre l'appelante et ses serveurs ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l'égard de son emploi — La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant est versé à l'égard de l'emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci — La Cour de l'impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus — Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l'égard de l'emploi, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l'employeur a versé les montants aux employés à l'égard de leur emploi — La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l'impôt à cet égard — En l'espèce, citant notamment l'arrêt de la Cour suprême dans Canadian Pacific Ltée c. Procureur général du Canada, la Cour de l'impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c'est l'employeur qui a « payé » les pourboires aux serveurs — Appliquant ce critère, la Cour de l'impôt a conclu, en se fondant sur des éléments de preuve, que les pourboires ont été versés aux employés serveurs par l'appelante — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur dans la formulation du critère ou dans son application aux faits qu'elle a constatés — En conclusion, la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé en question — Appel rejeté.

Assurance-emploi — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du Régime de pensions du Canada et de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) et qui a confirmé les cotisations — L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients — Les pourboires sont versés aux serveurs en espèces ou par l'appelante lorsque les clients paient leurs factures (incluant le pourboire) par voie électronique — L'appelante et les serveurs ont une entente selon

wages for purposes of Canada Pension Plan or insurable earnings for purposes of EIA — Accordingly, in 2015, 2016, 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, appellant not taking into account any portion of electronic tips — However, respondent disagreed, assessing appellant on basis that portion of servers' electronic tips for 2015, 2016, 2017 should have been taken into account for purposes of Canada Pension Plan, insurable earnings for purposes of EIA — After appeal to respondent failed, appellant appealed those assessments to Tax Court of Canada — Tax Court referred to amount transferred to servers as "due-back" — Where server received cash from customers in payment of their restaurant bills, server retained it while server's due-back took that cash into account — Thus due-back was net of that cash — On appeal, Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Issue herein was whether Tax Court erred when it concluded that appellant paid due-backs to servers in respect of their employment; therefore that due-backs were contributory salary, wages for purposes of Canada Pension Plan, insurable earnings for purposes of EIA — Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Tax Court made right conclusion — Same was true of due-backs notwithstanding that they constituted only portion of electronic tips received from server's customers — Arrangements between appellant, its servers not affecting conclusion that server's due-back was in respect of server's employment — Only relevant question for determining whether amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment — Tax Court rightly concluded that due-backs were so received — In determining whether tip is amount paid by employer, whether that amount is in respect of employment, question to be answered is whether employer paid amounts to employees in respect of their employment — How such question answered in any particular case depends on facts as found by Tax Court therein — Here, citing in particular Supreme Court decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, Tax Court identified applicable test as simply whether it was employer who "paid" tips to servers — Applying that test, Tax Court concluded, based on evidence, that tips were paid to server employees by appellant — Tax Court not erring in articulation of test or application thereof to facts as it found — In conclusion, Tax Court not erring in dismissing appellant's appeal of respondent's assessments at issue — Appeal dismissed.

laquelle les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis — L'appelante ne considérait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du Régime de pensions du Canada ou à des gains assurables aux fins de la LAE — Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques — L'intimé n'était toutefois pas d'accord et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en considération aux fins du Régime de pensions du Canada et comme gains assurables aux fins de la LAE — Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement » — Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, le serveur conservait cette somme, tandis que le remboursement au serveur prenait en compte cet argent — Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent — En appel, la Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi; par conséquent, que les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du Régime de pensions du Canada et une rémunération assurable aux fins de la LAE — La Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — La Cour de l'impôt a tiré la bonne conclusion — Il en allait de même pour les remboursements, bien qu'ils ne constituent qu'une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur — Les ententes conclues entre l'appelante et ses serveurs ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l'égard de son emploi — La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant est versé à l'égard de l'emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci — La Cour de l'impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus — Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l'égard de l'emploi, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l'employeur a versé les montants aux employés à l'égard de leur emploi — La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l'impôt à cet égard — En l'espèce,

Income Tax — Assessment and Reassessment — Appeal from Tax Court of Canada decision dismissing appellant's appeal from respondent's assessments concerning appellant's payment liability under Canada Pension Plan, Employment Insurance Act (EIA), upholding the assessments — Appellant operating restaurant in Halifax, employing wait staff (servers) to provide table service to its customers — Gratuities (tips) paid to servers either in cash or via appellant when customers paying for their bill (including tip) electronically — Appellant, servers having arrangement whereby servers receiving portion of electronic tips paid by customers they served — Appellant not considering any part of electronic tips received by servers to be pensionable salary, wages for purposes of Canada Pension Plan or insurable earnings for purposes of EIA — Accordingly, in 2015, 2016, 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, appellant not taking into account any portion of electronic tips — However, respondent disagreed, assessing appellant on basis that portion of servers' electronic tips for 2015, 2016, 2017 should have been taken into account for purposes of Canada Pension Plan, insurable earnings for purposes of EIA — After appeal to respondent failed, appellant appealed those assessments to Tax Court of Canada — Tax Court referred to amount transferred to servers as "due-back" — Where server received cash from customers in payment of their restaurant bills, server retained it while server's due-back took that cash into account — Thus due-back was net of that cash — On appeal, Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Issue herein was whether Tax Court erred when it concluded that appellant paid due-backs to servers in respect of their employment; therefore that due-backs were contributory salary, wages for purposes of Canada Pension Plan, insurable earnings for purposes of EIA — Tax Court concluded that any tips paid to appellant's employed servers, particularly including if paid by appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment — Tax Court made right conclusion — Same was true of due-backs notwithstanding that they constituted only portion of electronic tips received from server's customers — Arrangements between appellant,

citant notamment l'arrêt de la Cour suprême dans Canadian Pacific Ltée c. Procureur général du Canada, la Cour de l'impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c'est l'employeur qui a « payé » les pourboires aux serveurs — Appliquant ce critère, la Cour de l'impôt a conclu, en se fondant sur des éléments de preuve, que les pourboires ont été versés aux employés serveurs par l'appelante — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur dans la formulation du critère ou dans son application aux faits qu'elle a constatés — En conclusion, la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé en question — Appel rejeté.

Impôt sur le revenu — Cotisation et nouvelle cotisation — Appel à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du Régime de pensions du Canada et de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) et qui a confirmé les cotisations — L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients — Les pourboires sont versés aux serveurs en espèces ou par l'appelante lorsque les clients paient leurs factures (incluant le pourboire) par voie électronique — L'appelante et les serveurs ont une entente selon laquelle les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis — L'appelante ne considérait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du Régime de pensions du Canada ou à des gains assurables aux fins de la LAE — Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques — L'intimé n'était toutefois pas d'accord et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en considération aux fins du Régime de pensions du Canada et comme gains assurables aux fins de la LAE — Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt — La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement » — Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, le serveur conservait cette somme, tandis que le remboursement au serveur prenait en compte cet argent — Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent — En appel, la Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour

its servers not affecting conclusion that server's due-back was in respect of server's employment — Only relevant question for determining whether amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment — Tax Court rightly concluded that due-backs were so received — In determining whether tip is amount paid by employer, whether that amount is in respect of employment, question to be answered is whether employer paid amounts to employees in respect of their employment — How such question answered in any particular case depends on facts as found by Tax Court therein — Here, citing in particular Supreme Court decision in Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada, Tax Court identified applicable test as simply whether it was employer who "paid" tips to servers — Applying that test, Tax Court concluded, based on evidence, that tips were paid to server employees by appellant — Tax Court not erring in articulation of test or application thereof to facts as it found — In conclusion, Tax Court not erring in dismissing appellant's appeal of respondent's assessments at issue — Appeal dismissed.

This was an appeal from a Tax Court of Canada decision dismissing the appellant's appeal from the respondent's assessments concerning the appellant's payment liability under the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* (EIA) and upholding the assessments.

The appellant operates a restaurant in Halifax and employs wait staff (servers) to provide table service to its customers. Those customers sometimes pay gratuities (i.e. tips) in cash, which the servers are free to keep without advising the appellant. More typically, customers pay their restaurant bills using a debit, credit or gift card (electronic payment) and include the tip (electronic tip) at the time of payment so that the electronic

*de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi; par conséquent, que les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du Régime de pensions du Canada et une rémunération assurable aux fins de la LAE — La Cour de l'impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l'appelante, en particulier s'ils étaient versés par l'appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l'égard de leur emploi — La Cour de l'impôt a tiré la bonne conclusion — Il en allait de même pour les remboursements, bien qu'ils ne constituent qu'une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur — Les ententes conclues entre l'appelante et ses serveurs ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l'égard de son emploi — La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant est versé à l'égard de l'emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci — La Cour de l'impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus — Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l'égard de l'emploi, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l'employeur a versé les montants aux employés à l'égard de leur emploi — La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l'impôt à cet égard — En l'espèce, citant notamment l'arrêt de la Cour suprême dans *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour de l'impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c'est l'employeur qui a « payé » les pourboires aux serveurs — Appliquant ce critère, la Cour de l'impôt a conclu, en se fondant sur des éléments de preuve, que les pourboires ont été versés aux employés serveurs par l'appelante — La Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur dans la formulation du critère ou dans son application aux faits qu'elle a constatés — En conclusion, la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé en question — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du Régime de pensions du Canada et de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE) et qui a confirmé les cotisations.

L'appelante exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service (serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients. Ces clients versent parfois des pourboires en espèces, que les serveurs sont libres de conserver sans en informer l'appelante. Plus généralement, les clients paient leurs factures de restaurant en utilisant une carte de débit ou de crédit ou une carte-cadeau (paiement électronique) et incluent le

payment received by the appellant includes the tip. However, through arrangements with the appellant, the servers receive a portion of the electronic tips paid by customers they served. The appellant did not consider any part of the electronic tips received by servers to be pensionable salary and wages for purposes of the *Canada Pension Plan* or insurable earnings for purposes of the *Employment Insurance Act* (EIA). Accordingly, in 2015, 2016 and 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, the appellant did not take into account any portion of the electronic tips. The respondent took a different view and assessed the appellant on the basis that a portion of the servers' electronic tips for 2015, 2016 and 2017 should have been taken into account. After its appeal to the respondent failed, the appellant appealed those assessments to the Tax Court of Canada.

Most of the appellant's restaurant patrons paid their restaurant bills (including tip) electronically. While the total electronic payment therefore was deposited in the appellant's bank account, the appellant transferred a portion of the electronic tips to the servers based on an established procedure. If none of the server's customers paid their restaurant bills in cash, the appellant transferred an amount equal to the server's net electronic tip to the server, typically the next business day. The Tax Court referred to the amount transferred to the server as the "due-back". In some circumstances, a server's due-back was less than the server's net electronic tip. Where a server received cash from customers in payment of their restaurant bills, the server did not turn that cash over to the appellant. Rather, having reported it on the cash out sheet, the server retained it and the server's due-back took that cash into account. Thus the due-back was net of that cash. The respondent's assessment treated the due-backs as amounts paid by the appellant to the servers in respect of their employment and so contributory salary and wages for purposes of the *Canada Pension Plan* and insurable earnings for purposes of the EIA.

The issue herein was whether the Tax Court erred when it concluded that the appellant paid the due-backs to the servers in respect of their employment and therefore that the due-backs were contributory salary and wages for purposes of the *Canada Pension Plan* and insurable earnings for purposes of the EIA.

Held, the appeal should be dismissed.

pourboire (pourboire électronique) au moment du paiement, de sorte que le paiement électronique reçu par l'appelante inclut le pourboire. Cependant, grâce à des ententes avec l'appelante, les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis. L'appelante ne considérait pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constituait un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du Régime de pensions du Canada ou à des gains assurables aux fins de la Loi sur l'assurance-emploi (LAE). Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques. L'intimé a adopté un point de vue différent et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en compte. Après l'échec de son appel auprès de l'intimé, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt.

La plupart des clients du restaurant de l'appelante ont payé leurs factures de restaurant (y compris les pourboires) par voie électronique. Si le paiement électronique total a donc été déposé sur le compte bancaire de l'appelante, celle-ci a transféré une partie des pourboires électroniques aux serveurs selon une procédure établie. Si aucun des clients du serveur ne payait sa note de restaurant en espèces, l'appelante transférait au serveur une somme égale au pourboire électronique net du serveur, généralement le jour ouvrable suivant. La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée aux serveurs de « remboursement ». Dans certaines circonstances, le remboursement fait à un serveur était inférieur au pourboire électronique net du serveur. Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, il ne remettait pas cet argent à l'appelante. Au contraire, après l'avoir déclaré sur la feuille de caisse, le serveur conservait cette somme et le remboursement au serveur prenait en compte cet argent. Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent. La cotisation de l'intimé considérait les remboursements comme des montants versés par l'appelante aux serveurs à l'égard de leur emploi, et donc comme des traitements et salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE.

En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi et que, par conséquent, les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

The appellant pointed out that, in defining insurable earnings, the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations* refer to amounts paid by an employer to employees “in respect of” their employment. The appellant submitted that the due-backs are not paid in respect of a server’s employment and so are not insurable earnings. According to the appellant, this is so because a server’s due-back bears little or no relation to the server’s net tip—it is simply the difference between cash payments for meals and electronic tips owing. However, the Tax Court concluded that any tips paid to the appellant’s employed servers, particularly including if paid by the appellant itself, could be said to have been paid in respect of their employment. The Tax Court made the right conclusion. Put another way, “but for” their employment as servers by the appellant, the servers would not receive any tips paid to them. The same was true of the due-backs notwithstanding that they constituted only a portion of the electronic tips received from the server’s customers. The arrangements between the appellant and its servers that permitted servers to retain cash received in payment of restaurant bills, thereby reducing their due-backs, did not affect the conclusion that a server’s due-back was in respect of the server’s employment. But for their employment with the appellant, the servers would not have received the due-backs from the appellant. Moreover, nothing in the legislation suggested that, to qualify as an amount in respect of employment, the amount had to be calculated in a particular way, or with reference to hours worked or sales or any other measurable factor. The only relevant question for determining whether an amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment. The Tax Court rightly concluded that the due-backs were so received.

As to whether the due-backs were paid by the appellant, there was no dispute the electronic tips came into possession of the appellant or that the appellant transferred the due-back, representing a portion of those electronic tips, to the servers. The electronic tips were converted to cash and deposited in the appellant’s bank account. In determining whether a tip is an amount paid by an employer, and whether that amount is in respect of employment, factors such as when the amount is paid (daily, weekly, at the end of a pay period or at some other time), whether the employee is paid all or some portion of their own tips or pooled tips, whether the employer keeps a portion of the tips, or whether the tips are distributed under a collective agreement, etc. may be of little or no relevance in a particular case and are not determinative. Rather, in each case, the question to be answered is whether the employer paid the amounts to the employees in respect of their employment. How it is answered in any particular case depends on the facts as found

L’appelante a souligné que, pour l’application de la définition de « rémunération assurable », le Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations renvoie à des montants payés par un employeur aux employés « à l’égard de » leur emploi. L’appelante a fait valoir que les remboursements ne sont pas payés à l’égard de l’emploi d’un serveur et ne constituent donc pas une rémunération assurable. Selon l’appelante, il en est ainsi parce que le remboursement d’un serveur n’a que peu ou pas rapport avec le pourboire net du serveur —il s’agit simplement de la différence entre les paiements en espèces pour les repas et les pourboires électroniques dus. Cependant, la Cour de l’impôt a conclu que tous les pourboires versés aux serveurs employés par l’appelante, en particulier s’ils étaient versés par l’appelante elle-même, pouvaient être considérés comme ayant été versés à l’égard de leur emploi. La Cour de l’impôt a tiré la bonne conclusion. En d’autres termes, « n’eût été » leur emploi comme serveurs par l’appelante, les serveurs n’auraient pas reçu de pourboires. Il en allait de même pour les remboursements, bien qu’ils ne constituaient qu’une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur. Les ententes conclues entre l’appelante et ses serveurs, qui permettaient à ces derniers de conserver l’argent reçu en paiement des factures du restaurant, réduisant ainsi leurs remboursements, ne modifiaient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l’égard de son emploi. S’ils n’avaient pas travaillé pour l’appelante, les serveurs n’auraient pas reçu les remboursements de celle-ci. En outre, rien dans les lois n’indiquait que, pour être considéré comme un montant versé à l’égard de l’emploi, le montant devait être calculé d’une manière particulière, ou en fonction des heures travaillées ou des ventes réalisées ou de tout autre facteur mesurable. La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant a été versé à l’égard de l’emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci. La Cour de l’impôt a bien conclu que les remboursements ont été ainsi reçus.

Quant à savoir si les remboursements avaient été versés par l’appelante; il n’était pas contesté que les pourboires électroniques sont entrés en possession de l’appelante ou que celle-ci a transféré aux serveurs les remboursements, représentant une partie de ces pourboires électroniques. Les pourboires électroniques ont été convertis en espèces et déposés sur le compte bancaire de l’appelante. Pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l’égard de l’emploi, des facteurs tels que le moment où le montant est payé (quotidiennement, hebdomadairement, à la fin d’une période de paie ou à un autre moment), le fait que l’employé reçoive la totalité ou une partie de ses propres pourboires ou des pourboires communs, le fait que l’employeur garde une partie des pourboires, ou le fait que les pourboires soient distribués en vertu d’une convention collective, etc. peuvent être peu pertinents ou ne pas être pertinents dans un cas particulier et ne sont pas déterminants. Au contraire, dans chaque cas, la

by the Tax Court based on the evidence in that case. Here, citing in particular the Supreme Court of Canada's decision in *Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada*, the Tax Court identified the applicable test as simply whether it was the employer who "paid" (liberally construed) the tips to the servers. Applying that test, the Tax Court concluded that the subject tips were paid to the server employees by the appellant, noting in particular that the electronic tips had not previously been paid to or otherwise been in possession of the servers. There was ample evidence before the Tax Court to support these conclusions. Accordingly, the Tax Court concluded the due-backs were contributory salary and wages of the employee paid by the employer for purposes of the *Canada Pension Plan* and insurable earnings for purposes of the EIA. There was no error in the Tax Court's articulation of the test or in its application to the facts as it found.

While the Court was invited by the parties to address the proper treatment of tips more broadly to bring clarity to the issue, that was neither desirable nor necessary. The test is clear. In each case, the question to be asked is whether, based on the relevant facts in the case, the amount in question is paid by the employer to the employee in respect of their employment.

In conclusion, the Tax Court did not err in dismissing the appellant's appeal of the respondent's assessments at issue.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 9(1)(a), 12(1).
Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23, s. 67, 68.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1.3)(d).
Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1.
Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations, SOR/97-33, s. 2(1).
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48.
Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations, C.R.C., c. 1575, s. 3(1).

question à laquelle il faut répondre est de savoir si l'employeur a versé les montants aux employés à l'égard de leur emploi. La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l'impôt selon les éléments de preuve dans cette affaire. En l'espèce, citant notamment l'arrêt de la Cour suprême dans *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour de l'impôt a déterminé que le critère applicable consistait simplement à déterminer si c'est l'employeur qui a « payé » (selon une interprétation libérale) les pourboires aux serveurs. Appliquant ce critère, la Cour de l'impôt a conclu que les pourboires en question ont été versés aux employés serveurs par l'appelante, et a noté plus précisément que les pourboires électroniques n'avaient pas été versés auparavant aux serveurs ou n'avaient pas été en leur possession. La Cour de l'impôt disposait de nombreux éléments de preuve pour étayer ces conclusions. Par conséquent, la Cour de l'impôt a conclu que les remboursements étaient un traitement et salaire cotisables de l'employé, versés par l'employeur aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE. Aucune erreur n'a été commise dans la formulation du critère par la Cour de l'impôt ou dans son application aux faits qu'elle a constatés.

Bien que la Cour ait été invitée par les parties à se pencher sur le traitement approprié des pourboires de manière plus générale afin de clarifier la question, cela n'était ni souhaitable ni nécessaire. Le critère est clair. Dans chaque cas, la question à se poser est de savoir si, compte tenu des faits pertinents de l'affaire, le montant en question est payé par l'employeur à l'employé à l'égard de son emploi.

En conclusion, la Cour de l'impôt n'a pas commis d'erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé en l'espèce.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48.
Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1.
Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23, art. 67, 68.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27 (1.3)d).
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 9 (1)a), 12(1).
Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations, DORS/97-33, art. 2(1).
Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations), C.R.C., ch. 1575, art. 3(1).

CASES CITED

APPLIED:

Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada, [1986] 1 S.C.R. 678.

DISTINGUISHED:

Lake City Casinos Limited v. M.N.R., 2006 TCC 225, aff'd *Canada v. Lake City Casinos Limited*, 2007 FCA 100 (as to facts).

CONSIDERED:

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Andrew Peller Limited v. M.N.R.*, 2015 TCC 329, 2016 D.T.C. 1009.

APPEAL from a Tax Court of Canada decision (2021 TCC 22) dismissing the appellant's appeal from the respondent's assessments involving the appellant's payment liability under the *Canada Pension Plan and Employment Insurance Act*. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Brian P. Casey, Q.C., for appellant.
Devon Peavoy for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

BOYNECLARKE LLP, Dartmouth, Nova Scotia, for appellant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MONAGHAN J.A.:

[1] The appellant, Ristorante a Mano Limited, operates a restaurant in Halifax and employs wait staff (servers)

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada [1986] 1 R.C.S. 678.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Lake City Casinos Limited c. M.R.N., 2006 CCI 225, conf. par *Canada c. Lake City Casinos Limited*, 2007 CAF 100 (en ce qui concerne les faits).

DÉCISION EXAMINÉE :

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Andrew Peller Limited c. M.R.N.*, 2015 CCI 329.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (2021 CCI 22) rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par l'intimé au sujet de l'obligation de l'appelante d'effectuer des paiements en vertu du *Régime de pensions du Canada* et de la *Loi sur l'assurance-emploi*. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Brian P. Casey, c.r., pour l'appelante.
Devon Peavoy pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

BOYNECLARKE LLP, Dartmouth, Nouvelle-Écosse, 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

LA JUGE MONAGHAN, J.C.A. :

[1] L'appelante, Ristorante a Mano Limited, exploite un restaurant à Halifax et emploie du personnel de service

to provide table service to its customers. Those customers sometimes pay gratuities (i.e. tips) in cash, which the servers are free to keep without advising the appellant. More typically, customers pay their restaurant bills using a debit, credit or gift card (electronic payment) and include the tip (electronic tip) at the time of payment, so that the electronic payment received by the appellant includes the tip. However, through arrangements with the appellant, the servers receive a portion of the electronic tips paid by customers they served.

[2] The appellant does not consider any part of the electronic tips received by servers to be pensionable salary and wages for purposes of the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, or insurable earnings for purposes of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (EIA). Accordingly, in 2015, 2016 and 2017, when computing its liability to make payments under that legislation, the appellant did not take into account any portion of the electronic tips.

[3] The Minister took a different view and assessed the appellant on the basis a portion of the servers' electronic tips for 2015, 2016 and 2017 should have been taken into account. After its appeal to the Minister failed, the appellant appealed those assessments to the Tax Court of Canada. The Tax Court (2021 TCC 22, *per* Russell J. [Reasons]) dismissed the appeal and upheld the assessments.

[4] The appellant now appeals that decision to this Court.

[5] The standard of review in this case is the appellate standard. Questions of law are determined on the standard of correctness, while questions of fact and of mixed fact and law (excluding extricable questions of law) are determined on the basis of a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; and *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331.

(serveurs) pour offrir un service aux tables à ses clients. Ces clients versent parfois des pourboires en espèces, que les serveurs sont libres de conserver sans en informer l'appelante. Plus généralement, les clients paient leurs factures de restaurant en utilisant une carte de débit ou de crédit ou une carte-cadeau (paiement électronique) et incluent le pourboire (pourboire électronique) au moment du paiement, de sorte que le paiement électronique reçu par l'appelante inclut le pourboire. Cependant, grâce à des ententes avec l'appelante, les serveurs reçoivent une partie des pourboires électroniques payés par les clients qu'ils ont servis.

[2] L'appelante ne considère pas qu'une partie quelconque des pourboires électroniques reçus par les serveurs constitue un traitement et un salaire ouvrant droit à pension aux fins du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 ou à des gains assurables aux fins de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (la LAE). Par conséquent, en 2015, 2016 et 2017, lors du calcul de son obligation d'effectuer des paiements en application de ces lois, l'appelante n'a tenu compte d'aucune partie des pourboires électroniques.

[3] Le ministre a adopté un point de vue différent et a établi une cotisation à l'égard de l'appelante en tenant compte du fait qu'une partie des pourboires électroniques des serveurs pour 2015, 2016 et 2017 aurait dû être prise en compte. Après l'échec de son appel auprès du ministre, l'appelante a interjeté appel de ces cotisations devant la Cour canadienne de l'impôt. La Cour de l'impôt (2021 CCI 22, le juge Russell [motifs]) a rejeté l'appel et confirmé les cotisations.

[4] L'appelante interjette maintenant appel de cette décision devant notre Cour.

[5] La norme de contrôle qui s'applique en l'espèce est la norme de contrôle en matière d'appels. Les questions de droit sont déterminées selon la norme de la décision correcte, tandis que les questions de fait et les questions de fait et de droit (à l'exclusion des questions de droit isolables) sont déterminées en fonction de l'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; et *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331.

[6] For the reasons that follow, I would dismiss the appeal.

I. The Legislation

[7] Both the *Canada Pension Plan* and EIA are part of Canada's legislated social security system. Both are contributory regimes requiring employers and employees to make payments, called contributions under the *Canada Pension Plan* and premiums under the EIA, based on the employee's earnings from the employer, in each case subject to a maximum annual amount per employee.

[8] Under the *Canada Pension Plan*, the employer's contribution is determined by applying a contribution rate to the "contributory salary and wages of the employee ... paid by the employer" less certain deductions: paragraph 9(1)(a) of the *Canada Pension Plan*. Contributory salary and wages is income from pensionable employment computed in accordance with the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA): subsection 12(1) of the *Canada Pension Plan*.

[9] Under the EIA, the employer's premium is a multiple of the employee's premium, which in turn is based on the employee's "insurable earnings": section 67 and section 68 of the EIA. "Insurable earnings" are "the total of all amounts, ... received or enjoyed by the insured person [i.e. employee] that are paid to the [employee] by the ... employer in respect of that [insurable] employment": subsection 2(1) of the *Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations*, SOR/97-33 (Regulations).

[10] Thus, both statutory regimes are concerned with amounts "paid by the employer" to the employee. The EIA expressly states that the amounts must be paid "in respect of" the employee's insurable employment. While the *Canada Pension Plan* does not include the "in respect of" phrase, it adopts the same concept: only income from employment that is pensionable employment (as computed under the ITA) and that is paid by the employer gives rise to employer contributions.

[6] Pour les motifs qui suivent, je rejeterais l'appel.

I. Les dispositions législatives

[7] Le *Régime de pensions du Canada* et la LAE font tous deux partie du système de sécurité sociale légiféré du Canada. Les deux régimes sont des régimes contributifs exigeant des employeurs et des employés qu'ils versent des paiements, appelés cotisations tant aux termes du *Régime de pensions du Canada* qu'aux termes de la LAE, en fonction de la rémunération de l'employé versée par l'employeur, dans chaque cas sous réserve d'un montant annuel maximal par employé.

[8] En application du *Régime de pensions du Canada*, la cotisation de l'employeur est déterminée en appliquant un taux de cotisation aux « traitement et salaire cotisables de l'employé [...] versés par l'employeur » moins certaines déductions : alinéa 9(1)a) du *Régime de pensions du Canada*. Les traitements et salaires cotisables sont des revenus d'emploi ouvrant droit à pension calculés conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1 (la LIR) : paragraphe 12(1) du *Régime de pensions du Canada*.

[9] Sous le régime de la LAE, la cotisation de l'employeur est un multiple de la cotisation de l'employé, qui est elle-même fondée sur la « rémunération assurable » de l'employé : articles 67 et 68 de la LAE. Par « rémunération assurable », on entend « le montant total [...], que l'assuré reçoit ou dont il bénéficie et qui lui est versé par l'employeur à l'égard de cet emploi [assurable] » : paragraphe 2(1) du *Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations*, DORS/97-33 (le Règlement).

[10] Ainsi, les deux régimes législatifs concernent les montants « versés par l'employeur » à l'employé. La LAE dispose expressément que les montants doivent être versés « à l'égard » de l'emploi assurable de l'employé. Bien que le *Régime de pensions du Canada* ne comporte pas l'expression « à l'égard de », il adopte le même concept : seul le revenu d'un emploi ouvrant droit à pension (tel qu'il est calculé en application de la LIR) et payé par l'employeur donne lieu à des cotisations patronales.

II. Background to the Appeal

[11] Most of the appellant's restaurant patrons paid their restaurant bills (including tip) electronically. While the total electronic payment therefore was deposited in the appellant's bank account, the appellant transferred a portion of the electronic tips to the servers based on an established procedure.

[12] At the end of each shift, each server printed a "summary of sales" from the appellant's point of sale system. That summary reported, for that server alone, food sales, beverage sales, the cash received in satisfaction of restaurant bills, the electronic payments for restaurant bills, the electronic tips, and certain other details. Each server used this information to prepare a "cash out sheet".

[13] On the cash out sheet, the server recorded the server's total electronic tips, the cash received in satisfaction of restaurant bills, a kitchen staff "tip-out" (equal to one percent of the server's net food sales), and an amount equal to two percent of the electronic tips (the processing charge). As described below, the appellant retained the latter two amounts, the first "as a gratuity to be passed on to its kitchen staff", and the latter to "reimburse itself for its bank's charge for converting electronic tip dollars to cash" (Reasons, at paragraph 17). I refer to the amount by which a server's electronic tips exceeds the sum of these two amounts as the server's net electronic tip.

[14] If none of the server's customers paid their restaurant bills in cash, the appellant transferred an amount equal to the server's net electronic tip to the server, typically the next business day. In early years, the servers received the amount by cheque drawn on the appellant's bank account; in later years, the servers received it through direct deposit to their bank accounts from the appellant's bank account. The Tax Court referred to the amount transferred to the server as the "due-back" (Reasons, at paragraph 17).

II. Contexte de l'appel

[11] La plupart des clients du restaurant de l'appelante ont payé leurs factures de restaurant (y compris les pourboires) par voie électronique. Si le paiement électronique total a donc été déposé sur le compte bancaire de l'appelante, celle-ci a transféré une partie des pourboires électroniques aux serveurs selon une procédure établie.

[12] À la fin de chaque quart de travail, chaque serveur imprimait un « sommaire des ventes » à partir du système de point de vente de l'appelante. Ce sommaire faisait état, pour ce seul serveur, des ventes de nourriture, des ventes de boissons, de l'argent reçu en règlement des factures du restaurant, des paiements électroniques des factures du restaurant, des pourboires électroniques et de certains autres détails. Chaque serveur utilisait ces renseignements pour préparer une « feuille de caisse ».

[13] Sur la feuille de caisse, le serveur enregistrait le total des pourboires électroniques qu'il avait reçus, l'argent reçu en règlement des factures du restaurant, un « pourboire » du personnel de cuisine (égal à 1 p. 100 des ventes nettes de nourriture du serveur concerné) et une somme égale à 2 p. 100 des pourboires électroniques (les frais de traitement). Comme il est décrit ci-dessous, l'appelante a conservé les deux dernières sommes, la première « à titre de pourboire à verser à son personnel de cuisine », et la seconde pour « se rembourser ses frais bancaires pour la conversion des pourboires électroniques en espèces » (motifs, au paragraphe 17). J'appellerai le montant par lequel les pourboires électroniques d'un serveur dépassent la somme de ces deux montants le pourboire électronique net du serveur.

[14] Si aucun des clients du serveur ne payait sa note de restaurant en espèces, l'appelante transférerait au serveur une somme égale au pourboire électronique net du serveur, généralement le jour ouvrable suivant. Les premières années, les serveurs recevaient le montant par chèque tiré sur le compte bancaire de l'appelante; les années suivantes, ils le recevaient par dépôt direct sur leurs comptes bancaires à partir du compte bancaire de l'appelante. La Cour de l'impôt a qualifié la somme transférée au serveur de « remboursement » (motifs, au paragraphe 17).

[15] While the Tax Court's reasons do not reflect this detail, it is accepted that in some circumstances a server's due-back was less than the server's net electronic tip. Where a server received cash from customers in payment of their restaurant bills, the server did not turn that cash over to the appellant. Rather, having reported it on the cash out sheet, the server retained it and the server's due-back took that cash into account. Thus the due-back was net of that cash. In other words, in that circumstance, the server's net electronic tip was received from two different sources—cash received from customers payable to the appellant for their restaurant bills and the due-back received from the appellant.

[16] At the end of each shift, each server also prepared two envelopes or zip-lock bags in which they placed cash to "tip out" the onsite restaurant management (the restaurant manager and assistant manager) and the support staff (bussers, hosts/hostesses and bartenders) who worked with the server on the shift. These tip-outs were based on the server's net food and beverage sales: two percent for restaurant management and one percent per support staff person to a maximum of three percent. To the extent a server did not have sufficient cash from customers to meet these obligations, the server was required to use their own cash.

[17] Each server delivered their summary of sales, their cash out sheet, and the two envelopes or zip-lock bags to the onsite manager at the end of their shift. The onsite manager was responsible for later distributing the cash tip-outs to support staff and restaurant managers. The summary of sales and cash out sheet were set aside and picked up by someone from the appellant's accounting team the next business day to facilitate payment of the due-backs to the servers.

[18] The Minister's assessment treats the due-backs as amounts paid by the appellant to the servers in respect of

[15] Bien que les motifs de la Cour de l'impôt ne reflètent pas ce détail, il est admis que, dans certaines circonstances, le remboursement fait à un serveur était inférieur au pourboire électronique net du serveur. Lorsqu'un serveur recevait de l'argent en espèces des clients en paiement de leurs factures de restaurant, il ne remettait pas cet argent à l'appelante. Au contraire, après l'avoir déclaré sur la feuille de caisse, le serveur conservait cette somme et le remboursement au serveur prenait en compte cet argent. Le remboursement représentait donc la défalcation de cet argent. En d'autres termes, dans cette circonstance, le pourboire électronique net du serveur provenait de deux sources différentes : les espèces reçues des clients payables à l'appelante pour leurs factures de restaurant et le remboursement reçu de l'appelante.

[16] À la fin de chaque quart de travail, chaque serveur préparait également deux enveloppes ou sacs à fermeture éclair dans lesquels il plaçait de l'argent pour « remettre à même les pourboires reçus » un montant au personnel de gestion du restaurant sur place (le responsable et le responsable adjoint) et au personnel de soutien (commis débarrasseurs, hôtes/hôtesse et barmans) qui travaillaient avec le serveur pendant son quart de travail. Ce montant était calculé sur les ventes nettes de nourriture et de boissons du serveur : 2 p. 100 pour le personnel de gestion du restaurant et 1 p. 100 par employé de soutien, jusqu'à un maximum de 3 p. 100. Dans la mesure où un serveur ne disposait pas de suffisamment de liquidités provenant de ses clients pour faire face à ces obligations, il était tenu d'utiliser ses propres liquidités.

[17] Chaque serveur remettait son sommaire des ventes, sa feuille de caisse et les deux enveloppes ou sacs à fermeture éclair au responsable sur place à la fin de son quart de travail. Le responsable sur place était chargé de distribuer ensuite les pourboires en espèces dus au personnel de soutien et au personnel de gestion du restaurant. Le sommaire des ventes et la feuille de caisse étaient mis de côté et récupérés par une personne de l'équipe comptable de l'appelante le jour ouvrable suivant afin de faciliter le paiement des remboursements dus aux serveurs.

[18] Dans sa cotisation, le ministre considère les remboursements comme des montants versés par l'appelante

their employment and so contributory salary and wages for purposes of the *Canada Pension Plan* and insurable earnings for purposes of the EIA.

[19] Accordingly, this appeal is not concerned with cash tips servers may have received and kept. Similarly, this appeal is not concerned with tip-outs received by kitchen staff, on-site restaurant management, or support staff. Finally, this appeal is not concerned with the servers' net electronic tips—an amount that might exceed the due-back because servers retained cash received for restaurant bills under the process described above.

[20] The only issue before this Court is whether the Tax Court erred when it concluded that the appellant paid the due-backs to the servers in respect of their employment and therefore that the due-backs were contributory salary and wages for purposes of the *Canada Pension Plan* and insurable earnings for purposes of the EIA.

III. The Appeal

[21] While the appellant asserts three grounds of appeal in its memorandum of fact and law, only two were addressed at the hearing of the appeal. I have addressed the third ground briefly, based on the written submissions.

A. Are the Due-Backs in Respect of the Server's Employment?

[22] The appellant points out that, in defining insurable earnings, the Regulations refer to amounts paid by an employer to employees "in respect of" their employment. The appellant submits that the due-backs are not paid in respect of a server's employment and so are not insurable earnings. This is so, says the appellant, because a server's due-back bears "little or no relation to the server's net tip—it is simply the difference between cash payments for meals and electronic tips owing. Put

aux serveurs à l'égard de leur emploi, et donc comme des traitements et salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE.

[19] Par conséquent, le présent appel ne concerne pas les pourboires en espèces que les serveurs ont pu recevoir et conserver. De même, le présent appel ne concerne pas les pourboires reçus par le personnel de cuisine, le personnel de gestion du restaurant sur place ou le personnel de soutien. Enfin, le présent appel ne concerne pas les pourboires électroniques nets des serveurs — une somme qui pourrait dépasser le remboursement — car les serveurs conservaient l'argent reçu pour les factures du restaurant selon le processus décrit ci-dessus.

[20] La seule question en litige dont la Cour est saisie est celle de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelante a versé les remboursements aux serveurs à l'égard de leur emploi et que, par conséquent, les sommes dues constituaient des traitements et des salaires cotisables aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une rémunération assurable aux fins de la LAE.

III. L'appel

[21] Alors que l'appelante fait valoir trois motifs d'appel dans son mémoire des faits et du droit, seuls deux ont été examinés lors de l'audition de l'appel. J'ai examiné brièvement le troisième motif, en me fondant sur les observations écrites.

A. Les remboursements ont-ils été versés à l'égard de l'emploi du serveur?

[22] L'appelante souligne que, pour l'application de la définition de « rémunération assurable », le Règlement renvoie à des montants payés par un employeur aux employés « à l'égard de » leur emploi. L'appelante fait valoir que les remboursements ne sont pas payés à l'égard de l'emploi d'un serveur et ne constituent donc pas une rémunération assurable. Il en est ainsi, selon l'appelante, parce que le remboursement d'un serveur [TRADUCTION] « n'a que peu ou pas rapport avec le pourboire net du

differently, it is not an amount paid in respect of the employee's employment. It is an amount paid in respect of the difference between cash received and tips" (appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 57).

[23] The due-back, says the appellant, is not determined by the number of hours worked, or the server's sales, or the electronic tips paid by the server's customers, but is dependent on whether the server's customers pay their restaurant bills with cash or by electronic means and so the due-back is not in respect of the server's employment.

[24] In addressing this same argument, the Tax Court noted that in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at page 39, the Supreme Court stated that the words "in respect of" have wide scope and import such meanings as "in relation to", "with reference to" and "in connection with". Relying on that case, the Tax Court concluded that "any tips paid to [appellant's] employed servers ... particularly including if paid by [the appellant] itself, readily [can] be said to have been so paid 'in respect of [their] employment'" (Reasons, at paragraph 14). While the Tax Court went farther than it had to for purposes of the appeal (addressing not only the due-backs, but all tips paid to the servers), I agree with its conclusion. Put another way, "but for" their employment as servers by the appellant, the servers would not receive any tips paid to them.

[25] The same is true of the due-backs notwithstanding that they constituted only a portion of the electronic tips received from the server's customers. The arrangements between the appellant and its servers that permitted servers to retain cash received in payment of restaurant bills, thereby reducing their due-backs, does not affect the conclusion that a server's due-back was in respect of the server's employment. But for their employment with the appellant, the servers would not have received the due-backs from the appellant.

serveur — il s'agit simplement de la différence entre les paiements en espèces pour les repas et les pourboires électroniques dus. Autrement dit, il ne s'agit pas d'une somme versée à l'égard de l'emploi du salarié. Il s'agit d'une somme versée à l'égard de la différence entre l'argent reçu et les pourboires » (mémoire des faits et du droit de l'appelante, au paragraphe 57).

[23] Selon l'appelante, le remboursement n'est pas déterminé par le nombre d'heures travaillées, ni par les ventes du serveur, ni par les pourboires électroniques payés par les clients du serveur, mais selon que les clients du serveur paient leurs factures de restaurant en espèces ou par voie électronique, de sorte que le remboursement n'est pas versé à l'égard de l'emploi du serveur.

[24] En traitant de ce même argument, la Cour de l'impôt a noté que, dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la page 39, la Cour suprême a déclaré que les mots « à l'égard de » ont la portée la plus large possible et signifient, entre autres, « concernant », « relativement à » ou « par rapport à ». S'appuyant sur cet arrêt, la Cour de l'impôt a conclu que « tous les pourboires versés aux serveurs employés par [l'appelante] [...] en particulier s'ils sont versés par [l'appelante] elle-même, [peuvent] être considérés comme ayant été versés "à l'égard de [leur] emploi" » (motifs, au paragraphe 14). Bien que la Cour de l'impôt soit allée plus loin qu'elle ne le devait aux fins de l'appel (en traitant non seulement les remboursements, mais aussi tous les pourboires versés aux serveurs), je suis d'accord avec sa conclusion. En d'autres termes, « n'eût été » leur emploi comme serveurs par l'appelante, les serveurs n'auraient pas reçu de pourboires.

[25] Il en va de même pour les remboursements, bien qu'ils ne constituent qu'une partie des pourboires électroniques reçus des clients du serveur. Les ententes conclues entre l'appelante et ses serveurs, qui permettaient à ces derniers de conserver l'argent reçu en paiement des factures du restaurant, réduisant ainsi leurs remboursements, ne modifient en rien la conclusion selon laquelle le remboursement à un serveur était versé à l'égard de son emploi. S'ils n'avaient pas travaillé pour l'appelante, les serveurs n'auraient pas reçu les remboursements de celle-ci.

[26] Moreover, nothing in the legislation suggests that, to qualify as an amount in respect of employment, the amount must be calculated in a particular way, or with reference to hours worked or sales or any other measurable factor. The only relevant question for determining whether an amount is in respect of employment is whether that amount was received in relation to, with reference to, or in connection with employment. I agree with the Tax Court that the due-backs were so received.

B. Are the Due-Backs Paid by the Appellant?

[27] The second issue addressed by the Tax Court was whether the due-backs were paid by the appellant. If they were not, then even if received in respect of employment, they would not give rise to employer liability for contributions under the *Canada Pension Plan* or premiums under the EIA.

[28] Before this Court, the appellant submits that two lines of cases deal with the treatment of tips in the context of the *Canada Pension Plan* and the EIA. The first, which the appellant calls the “distribution cases”, consists of cases where the employer received all of the tips and decided what portion would be distributed among the employees and how. The second category consists of what the appellant calls the “conversion cases”—those where the employer did not take the cash tips and merely converted the electronic tip into cash and paid the cash over to the employee. Distribution cases, says the appellant, give rise to employer liability for contributions and premiums, but conversion cases do not. This case, says the appellant, is a conversion case, not a distribution case, and so it has no liability for contributions or premiums based on the due-backs.

[29] I disagree.

[30] In its reasons, the Tax Court considered each of the cases the appellant submitted to this Court, describing

[26] En outre, rien dans les lois n’indique que, pour être considéré comme un montant versé à l’égard de l’emploi, le montant doit être calculé d’une manière particulière, ou en fonction des heures travaillées ou des ventes réalisées ou de tout autre facteur mesurable. La seule question en litige pertinente pour déterminer si un montant est versé à l’égard de l’emploi est de savoir si ce montant a été reçu concernant un emploi, ou relativement à ou par rapport à celui-ci. Je conviens avec la Cour de l’impôt pour dire que les remboursements ont été ainsi reçus.

B. Les remboursements sont-ils versés par l’appelante?

[27] La deuxième question en litige examinée par la Cour de l’impôt était de savoir si les remboursements avaient été versés par l’appelante. Si ce n’était pas le cas, même s’ils étaient reçus à l’égard d’un emploi, ils ne donneraient pas ouverture à l’obligation pour l’employeur de verser des cotisations au *Régime de pensions du Canada* ou dans le cadre de la LAE.

[28] Devant notre Cour, l’appelante fait valoir que deux courants jurisprudentiels traitent du traitement des pourboires dans le contexte du *Régime de pensions du Canada* et de la LAE. Le premier courant, que l’appelante appelle les « affaires liées à la distribution », consiste en des affaires où l’employeur a reçu tous les pourboires et a décidé quelle partie serait distribuée entre les employés et de quelle façon. La seconde catégorie comprend ce que l’appelante appelle les « affaires liées à la conversion », c’est-à-dire les affaires où l’employeur n’a pas pris les pourboires en espèces et s’est contenté de convertir le pourboire électronique en espèces et de verser ces espèces à l’employé. Selon l’appelante, les affaires liées à la distribution donnent ouverture à une responsabilité de la part de l’employeur de verser les cotisations, ce qui n’est pas le cas avec les affaires liées à la conversion. Selon l’appelante, la présente affaire porte sur la conversion, et non sur la distribution, et elle n’est donc pas tenue de verser des cotisations en fonction des remboursements.

[29] Je ne suis pas de cet avis.

[30] Dans ses motifs, la Cour de l’impôt a examiné chacune des affaires que l’appelante a soumises à notre Cour,

Canadian Pacific Ltd. v. Attorney General of Canada, [1986] 1 S.C.R. 678 (*Canadian Pacific*), as the leading decision.

[31] *Canadian Pacific* considered whether gratuities paid to hotel employees were insurable earnings under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, the predecessor to the EIA. Organizers of functions (such as banquets or conferences) hosted at the Château Frontenac, a hotel owned by Canadian Pacific Ltd. (CPL), paid CPL, without obligation, gratuities for distribution to its employees. Under the terms of the governing collective agreement, 80 percent of those gratuities were distributed to the hotel employees governed by the collective agreement who worked during the relevant function.

[32] In *Canadian Pacific*, the Supreme Court said [at page 683] the meaning of “insurable earnings” is what was important. At that time, the relevant regulation [*Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations*, C.R.C., c. 1575, subsection 3(1)] defined a person’s insurable earnings as “the amount of his remuneration, whether wholly or partly pecuniary, paid by his employer in respect of a pay period, and includes ... any amount paid to him by his employer as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of ... a ... gratuity”.

[33] While much of the Supreme Court’s decision focuses on the meaning of insurable earnings in the context of the legislation as it then existed, the Supreme Court identified the purpose of the legislation as paying “to persons who have lost their employment, benefits calculated in terms of a percentage of their insurable earnings.” (*Canadian Pacific*, at paragraph 25 [page 689]). In that context, the Supreme Court said that “remuneration” should be given a broad meaning and could include “a tip paid to the employer for distribution to his employees” [at paragraph 20, page 687]. The Supreme Court also said “the word ‘paid’ ... can equally well mean mere

décrivant l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Procureur général du Canada*, [1986] 1 R.C.S. 678 (*Canadien Pacifique*), comme l’arrêt faisant jurisprudence.

[31] Dans l’arrêt *Canadien Pacifique*, la Cour suprême du Canada s’est penchée sur la question de savoir si les pourboires versés aux employés d’un hôtel étaient une rémunération assurable en application de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, l’ancêtre de la LAE. Les organisateurs de réceptions (comme des banquets ou des conférences) tenues au Château Frontenac, un hôtel appartenant à Canadien Pacifique Ltée (CPL), ont versé à CPL, sans obligation, des pourboires à distribuer à ses employés. Aux termes de la convention collective applicable, 80 p. 100 de ces pourboires ont été distribués aux employés de l’hôtel régis par la convention collective qui ont travaillé pendant la réception en question.

[32] Dans l’arrêt *Canadien Pacifique*, la Cour suprême a déclaré [à la page 683] que c’est le sens de l’expression « rémunération assurable » qui importe. À l’époque, le règlement pertinent [*Règlement sur l’assurance-chômage (perception des cotisations)*, C.R.C., ch. 1575, paragraphe 3(1)] définissait la rémunération assurable d’une personne comme « [l]e montant qui sert à déterminer la rémunération assurable d’un assuré est le montant de la rétribution, qu’elle soit entièrement ou partiellement versée en espèces, qui lui est payée par son employeur pour une période de paie, et comprend [...] toute somme que lui paie son employeur au titre, au lieu ou en règlement [...] d’une gratification ».

[33] Bien qu’une grande partie de la décision de la Cour suprême soit axée sur l’interprétation à donner à l’expression « rémunération assurable » dans le contexte de la loi telle qu’elle existait à l’époque, la Cour suprême a déterminé que l’objectif de la loi était de verser « des prestations aux personnes qui ont perdu leur emploi en fonction d’un pourcentage de leur rémunération assurable » (*Canadien Pacifique*, au paragraphe 25 [page 689]). Dans ce contexte, la Cour suprême a déclaré qu’il faudrait donner au terme « rémunération » un sens large pouvant inclure « un pourboire qui a été versé à l’employeur pour distribution à ses employés » [au paragraphe 20, page 687]. La Cour

distribution by the employer or payment of a debt owing by him” and that “if one gives the word ‘remuneration’ a broad meaning, one must also give a broad meaning to the word ‘paid’.” (*Canadian Pacific*, at paragraph 20 [page 687]).

[34] The appellant considers *Canadian Pacific* to be a distribution case. In contrast, it says, its circumstances are closer to *Lake City Casinos Limited v. M.N.R.*, 2006 TCC 225, aff’d *Canada v. Lake City Casinos Limited*, 2007 FCA 100 (*Lake City*), a case the appellant characterizes as a conversion case.

[35] In *Lake City*, the issue was whether gratuities patrons of the casinos left with the employees in the form of cash or casino chips were paid to the employees by their employer. The Tax Court concluded they were not. However, *Lake City* was decided based on an agreed statement of facts that the Tax Court said precluded a finding that the casino had the tips to give back to the employees (*Lake City*, T.C.C., at paragraph 46). The Tax Court found the tips “never [became] the property of (or even commingled with the property of) the employer” (*Lake City*, T.C.C., at paragraph 63). In other words, in *Lake City*, it was agreed that the employer never had possession of the tips and did not transfer them to the employees.

[36] This Court dismissed the *Lake City* appeal from the bench. While brief, this Court’s reasons are clear that the word “paid” should be given a liberal interpretation, consistent with *Canadian Pacific* and, if the tips come into the possession of the employer who then transfers them to the employees, that is sufficient to conclude they are paid by the employer. Given the agreed facts, this Court agreed it was open to the Tax Court in *Lake City* to hold that the tips were not distributed by the employer.

suprême a également déclaré que « [le] mot «payer» [...] peut aussi bien signifier une simple distribution par l’employeur que le paiement d’une créance de l’employeur » et que « si on donne au mot «rétribution» une portée large, il faut aussi donner une signification large au mot «payer» » (*Canadien Pacifique*, au paragraphe 20 [page 687]).

[34] L’appelante considère que l’arrêt *Canadien Pacifique* est un jugement lié à la distribution. En revanche, elle affirme que les circonstances de l’affaire en l’espèce sont plus proches de celles de l’affaire *Lake City Casinos Limited c. M.R.N.*, 2006 CCI 225, conf. par *Canada c. Lake City Casinos Limited*, 2007 CAF 100 (*Lake City*), une décision que l’appelante qualifie de décision liée à la conversion.

[35] Dans le litige *Lake City*, la question était de savoir si les pourboires que les clients des casinos laissaient aux employés sous forme d’argent ou de jetons de casino étaient payés aux employés par leur employeur. La Cour de l’impôt a conclu qu’ils ne l’étaient pas. Toutefois, la décision *Lake City* reposait sur un exposé conjoint des faits qui, selon la Cour de l’impôt, l’empêchait de conclure que le casino avait été en possession des pourboires qui devaient être remis aux employés (*Lake City*, C.C.I., au paragraphe 46). La Cour de l’impôt a conclu que l’employeur n’a jamais été en possession des pourboires et que ceux-ci n’ont jamais même été amalgamés avec les avoirs de l’employeur (*Lake City*, C.C.I., au paragraphe 63). En d’autres termes, dans la décision *Lake City*, il a été convenu que l’employeur n’a jamais été en possession des pourboires et qu’il ne les a pas transférés aux employés.

[36] Notre Cour a rejeté l’appel de la décision *Lake City* à l’audience. Bien que brefs, les motifs de la Cour sont clairs : le mot « verser » doit être interprété de façon libérale, conformément à l’arrêt *Canadien Pacifique*, et si les pourboires entrent en possession de l’employeur qui les transfère ensuite aux employés, cela suffit pour conclure qu’ils sont versés par l’employeur. Compte tenu des faits convenus, notre Cour a reconnu que la Cour de l’impôt dans la décision *Lake City* avait la possibilité de considérer que l’employeur n’avait pas distribué les pourboires.

[37] In contrast, there is no dispute the electronic tips came into possession of the appellant or that the appellant transferred the due-back, representing a portion of those electronic tips, to the servers. The electronic tips were converted to cash and deposited in the appellant's bank account; the appellant used funds from its bank account to pay a portion of those electronic tips, the due-backs, to the servers.

[38] The appellant pointed out, that after *Canadian Pacific*, the definition of insurable earnings was amended. In my view, the amendments to the definition do not affect the principles articulated in *Canadian Pacific*, as reiterated by this Court in *Lake City*. In that regard, I agree with the Tax Court's comments in *Andrew Peller Limited v. M.N.R.*, 2015 TCC 329, 2016 D.T.C. 1009, at paragraphs 55–59.

[39] The appellant seeks to draw distinctions between its case and cases in which the employer was found to have paid tips to its employees. To do so, the appellant points to such factors as the tips having been pooled, tips having been shared with others by the employer, the employer coming into possession of both cash tips and electronic tips, and the employer exerting control over the distribution of the tips, suggesting none of these facts are present in its case.

[40] While I do not accept the appellant's contention that none of these factors are present in this appeal, more fundamentally I disagree with the suggestion the distribution cases identified by the appellant were decided on the basis of those factors. Similarly, in my view, nothing turns on the method of payment (cash, direct deposit, set off, direction, or otherwise). Method of payment should not be confused with who has paid.

[41] To be clear, in determining whether a tip is an amount paid by an employer, and whether that amount is in respect of employment, factors such as when the

[37] En revanche, il n'est pas contesté que les pourboires électroniques sont entrés en possession de l'appelante ou que celle-ci a transféré aux serveurs les remboursements, représentant une partie de ces pourboires électroniques. Les pourboires électroniques ont été convertis en espèces et déposés sur le compte bancaire de l'appelante; celle-ci a utilisé les fonds de son compte bancaire pour payer une partie de ces pourboires électroniques, les « remboursements », aux serveurs.

[38] L'appelante a souligné qu'après que l'arrêt *Canadien Pacifique* eut été rendu, la définition de l'expression « rémunération assurable » a été modifiée. À mon avis, les modifications apportées à la définition n'ont aucune incidence sur les principes énoncés dans l'arrêt *Canadien Pacifique*, tels qu'ils ont été réitérés par notre Cour dans l'arrêt *Lake City*. À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires de la Cour de l'impôt dans la décision *Andrew Peller Limited c. M.R.N.*, 2015 CCI 329, aux paragraphes 55 à 59.

[39] L'appelante cherche à établir des distinctions entre l'affaire qui la concerne et les dossiers où on a conclu que l'employeur avait versé des pourboires à ses employés. Pour ce faire, l'appelante invoque des facteurs tels que le fait que les pourboires aient été mis en commun, que l'employeur ait partagé les pourboires avec d'autres personnes, que l'employeur soit entré en possession de pourboires en espèces et de pourboires électroniques, et que l'employeur ait exercé un contrôle sur la distribution des pourboires, indiquant qu'aucun de ces faits n'est présent dans le litige la concernant.

[40] Bien que je n'accepte pas l'affirmation de l'appelante selon laquelle aucun de ces facteurs n'est présent dans le présent appel, plus fondamentalement, je ne suis pas d'accord avec la suggestion selon laquelle les affaires liées à la distribution recensées par l'appelante ont été tranchées en fonction de ces facteurs. De même, à mon avis, rien ne dépend du mode de paiement (espèces, dépôt direct, compensation, direction ou autre). Il ne faut pas confondre le mode de paiement et la personne qui a payé.

[41] En clair, pour déterminer si un pourboire est un montant payé par un employeur et si ce montant est versé à l'égard de l'emploi, des facteurs tels que le moment où

amount is paid (daily, weekly, at the end of a pay period or at some other time), whether the employee is paid all or some portion of their own tips or pooled tips, whether the employer keeps a portion of the tips, or whether the tips are distributed under a collective agreement, a written contract, an oral agreement or otherwise, may be of little or no relevance in a particular case and are not determinative.

[42] Rather, in each case, the question to be answered is whether the employer paid the amounts to the employees in respect of their employment. How it is answered in any particular case depends on the facts as found by the Tax Court based on the evidence in that case.

[43] Here, citing *Canadian Pacific* and *Lake City*, the Tax Court identified the applicable test as “simply, whether it was the employer who ‘paid’ (liberally construed) the tips to the servers” (Reasons, at paragraph 44). Applying that test, the Tax Court concluded [at paragraph 45] “the subject tips were ... ‘paid’ to the server employees by [the appellant].” In particular, the Tax Court noted that the “electronic tips had not previously been paid to or otherwise [been] in possession of the servers.” Rather, the appellant’s customers “had tendered to [the appellant] their electronic tips (as an added part of each patron’s single electronic payment made to [the appellant] in settling [the appellant’s] dining invoice)” (Reasons, at paragraph 45). There was ample evidence before the Tax Court to support these conclusions.

[44] Accordingly, the Tax Court concluded [at paragraph 46] the due-backs were “contributory salary and wages of the employee paid by the employer” for purposes of the *Canada Pension Plan* and “insurable earnings” for purposes of the EIA.

[45] I see no error in the Tax Court’s articulation of the test or in its application to the facts as found by it.

le montant est payé (quotidiennement, hebdomadairement, à la fin d’une période de paie ou à un autre moment), le fait que l’employé reçoive la totalité ou une partie de ses propres pourboires ou des pourboires communs, le fait que l’employeur garde une partie des pourboires, ou le fait que les pourboires soient distribués en vertu d’une convention collective, d’un contrat écrit, d’un accord verbal ou autre, peuvent être peu pertinents ou ne pas être pertinents dans un cas particulier et ne sont pas déterminants.

[42] Au contraire, dans chaque cas, la question à laquelle il faut répondre est de savoir si l’employeur a versé les montants aux employés à l’égard de leur emploi. La réponse à cette question dans une affaire en particulier dépend des faits constatés par la Cour de l’impôt selon les éléments de preuve dans cette affaire.

[43] En l’espèce, invoquant l’arrêt *Canadien Pacifique* et la décision *Lake City*, la Cour de l’impôt a déterminé que le critère applicable consistait « simplement à déterminer si c’est l’employeur qui a “payé” (selon une interprétation libérale) les pourboires aux serveurs » (motifs, au paragraphe 44). Appliquant ce critère, la Cour de l’impôt a conclu que « les pourboires en question ont été “versés” aux employés serveurs par [l’appelante] ». Plus précisément, la Cour de l’impôt a noté que « [l]es pourboires électroniques n’avaient pas été versés auparavant aux serveurs ou n’avaient pas été en leur possession ». Au contraire, les clients de l’appelante « avaient remis à [l’appelante] leurs pourboires électroniques (en tant que partie supplémentaire du paiement électronique unique de chaque client effectué à [l’appelante] pour régler l’addition du restaurant de [l’appelante]) » (motifs, au paragraphe 45). Le juge de la Cour de l’impôt disposait de nombreux éléments de preuve pour étayer ces conclusions.

[44] Par conséquent, la Cour de l’impôt a conclu [au paragraphe 46] que les remboursements étaient un « traitement et salaire cotisables de l’employé, versés par l’employeur » aux fins du *Régime de pensions du Canada* et une « rémunération assurable » aux fins de la LAE.

[45] Je ne vois aucune erreur dans la formulation du critère par la Cour de l’impôt ou dans son application aux faits qu’elle a constatés.

C. Did the Tax Court Make a Finding not Supported by the Evidence?

[46] In oral argument, the appellant addressed only what it submits are errors of law made by the Tax Court. However, in its memorandum of fact and law, the appellant states that to the extent that the Tax Court made a finding that the restaurant customers intended that the electronic tips be the property of the appellant, that finding is not supported by the evidence.

[47] I first observe that the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, limits the grounds of appeal under the *Canada Pension Plan* and EIA. Paragraph 27(1.3)(d) of the *Federal Courts Act* is relevant to the appellant's third ground. It provides:

27 ...

Grounds for appeal

(1.3) The only grounds for an appeal under subsection (1.2) are that the Tax Court of Canada

...

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it ...

There is no suggestion the Tax Court based its decision on an erroneous finding made in a perverse or capricious manner.

[48] In support of its position that the Tax Court may have made a finding not supported by the evidence, the appellant points to paragraph 15 of the Tax Court's reasons: "A patron would add the server's gratuity to the billed dining room invoiced amount and then pay the resultant total, by credit or debit card, solely to the favour of [the appellant]". As the appellant itself points out, elsewhere in its reasons, the Tax Court described the electronic tips as "tendered to [the appellant] ... (as an added part of each patron's single electronic payment made to [the

C. La Cour de l'impôt a-t-elle tiré une conclusion non étayée par la preuve?

[46] Dans sa plaidoirie, l'appelante n'a abordé que ce qu'elle soutient être des erreurs de droit commises par la Cour de l'impôt. Toutefois, dans son mémoire des faits et du droit, l'appelante déclare que, dans la mesure où la Cour de l'impôt a conclu que, dans l'esprit des clients du restaurant, les pourboires électroniques sont la propriété de l'appelante, cette conclusion n'est pas étayée par la preuve.

[47] J'observe d'abord que la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, limite les motifs d'appel aux termes du *Régime de pensions du Canada* et de la LAE. L'alinéa 27(1.3)d) de la *Loi sur les Cours fédérales* est pertinent à l'égard du troisième motif de l'appelante. Cette disposition est ainsi libellée :

27 [...]

Motifs d'appel

(1.3) L'appel ne peut être interjeté aux termes du paragraphe (1.2) que pour l'un des motifs suivants :

[...]

d) elle a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont elle dispose ...

Rien ne permet de penser que la Cour de l'impôt a fondé sa décision sur une conclusion erronée faite de manière abusive ou arbitraire.

[48] À l'appui de sa thèse selon laquelle la Cour de l'impôt a pu tirer une conclusion non étayée par la preuve, l'appelante fait référence au paragraphe 15 des motifs de la Cour de l'impôt : « Un client ajoutait le pourboire du serveur au montant indiqué sur l'addition et payait ensuite le total en résultant, par carte de crédit ou de débit, uniquement à la faveur de [l'appelante] ». Comme le souligne l'appelante elle-même, ailleurs dans ses motifs, la Cour de l'impôt décrit les pourboires électroniques comme étant « remis à [l'appelante] [...] » (en

appellant] in settling [the appellant's] dining invoice)) (Reasons, at paragraph 45).

[49] In my view, these statements do not constitute findings of fact concerning the intentions of the restaurant's customers or ownership of the electronic tips and are not findings on which the Tax Court's decision is based. Rather, they are descriptions of the effect of an electronic payment that included a tip: the electronic payment, including the electronic tip, was deposited to the appellant's bank account. The appellant does not dispute that.

IV. Additional Comments

[50] As described above, servers received the full amount of their net electronic tips, albeit from two different sources: (i) the cash received directly from customers, and retained rather than remitted to the appellant, on account of restaurant bills, and (ii) the due-backs received from the appellant. Moreover, the appellant withheld the kitchen tip-out for distribution among its kitchen staff; servers made tip-out payments to restaurant management and support staff. The Tax Court described this tip-out process as one the appellant was more than passively aware of, to the extent of warning of significant disciplinary actions if the established process were not followed (Reasons, at paragraph 21).

[51] Questions posed by the panel at the hearing of this appeal led to significant discussion about the Minister's decision to assess the appellant on the basis she did—that is, that the due-backs, rather than some other amount, were contributory salary and wages and insurable earnings paid by the appellant. Nonetheless, these reasons should not be viewed as expressing any opinion about the characterization, for purposes of the *Canada Pension Plan* or the EIA, of any amounts the appellant's employees received other than the due-backs.

tant que partie supplémentaire du paiement électronique unique de chaque client effectué à [l'appelante] pour régler l'addition du restaurant de [l'appelante]) » (motifs, au paragraphe 45).

[49] À mon avis, ces déclarations ne constituent pas des conclusions de fait concernant les intentions des clients du restaurant ou la propriété des pourboires électroniques et ne sont pas des constatations sur lesquelles se fonde la décision de la Cour de l'impôt. Il s'agit plutôt de descriptions de l'effet d'un paiement électronique incluant un pourboire : le paiement électronique, y compris le pourboire électronique, a été déposé sur le compte bancaire de l'appelante. L'appelante ne le conteste pas.

IV. Commentaires supplémentaires

[50] Comme il est décrit ci-dessus, les serveurs ont reçu le montant total de leurs pourboires électroniques nets, bien que provenant de deux sources différentes : (i) l'argent reçu directement des clients, et conservé plutôt que remis à l'appelante, au titre des factures du restaurant, et (ii) les remboursements reçus de l'appelante. De plus, l'appelante a retenu les pourboires de cuisine pour les distribuer à son personnel de cuisine; les serveurs ont versé des pourboires au personnel de gestion et au personnel de soutien du restaurant. La Cour de l'impôt a décrit ce processus de remise des pourboires comme un processus dont l'appelante était plus que passivement consciente, au point de prévoir des mesures disciplinaires importantes si le processus établi n'était pas suivi (motifs, au paragraphe 21).

[51] Les questions posées par la formation lors de l'audition du présent appel ont donné lieu à une discussion importante sur la décision du ministre d'établir une cotisation à l'égard de l'appelante comme il l'a fait, c'est-à-dire que les remboursements, plutôt qu'un autre montant, étaient des traitements et salaires cotisables et une rémunération assurable versés par l'appelante. Néanmoins, les présents motifs ne doivent pas être considérés comme l'expression d'une opinion sur la qualification, aux fins du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi*, des montants, autres que les remboursements, que les employés de l'appelante ont reçus.

[52] While both the appellant and the respondent invited this Court to address the proper treatment of tips more broadly to bring clarity to the issue, in my view that is neither desirable nor necessary. The test is clear. In each case, the question to be asked is whether, based on the relevant facts in the case, the amount in question is paid by the employer to the employee in respect of their employment.

V. Conclusion

[53] The only issue in this appeal is whether the Tax Court erred in dismissing the appellant's appeal of the Minister's assessments. In my view, it did not. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

RENNIE J.A.: I agree.

LASKIN J.A.: I agree.

[52] Bien que l'appelante et l'intimé aient tous deux invité la Cour à se pencher sur le traitement approprié des pourboires de manière plus générale afin de clarifier la question, je pense que cela n'est ni souhaitable ni nécessaire. Le critère est clair. Dans chaque cas, la question à se poser est de savoir si, compte tenu des faits pertinents de l'affaire, le montant en question est payé par l'employeur à l'employé à l'égard de son emploi.

V. Conclusion

[53] La seule question en litige dans le présent appel est de savoir si la Cour de l'impôt a commis une erreur en rejetant l'appel interjeté par l'appelante à l'encontre des cotisations établies par le ministre. Je suis d'avis que ce n'est pas le cas. Par conséquent, je rejetterais l'appel, le tout avec dépens.

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

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

A-158-20
A-165-20
2022 FCA 141

A-158-20
A-165-20
2022 CAF 141

GEMAK TRUST by its Trustees Gerald Thomas Hinton and Elizabeth Jane Hinton (*Appellant*)

GEMAK TRUST, représentée par ses fiduciaires Gerald Thomas Hinton et Elizabeth Jane Hinton (*appelante*)

v.

c.

Jempak Corporation, Jempak GK Inc. (*Respondents*)

Jempak Corporation, Jempak GK Inc. (*intimées*)

INDEXED AS: GEMAK TRUST v. JEMPAK CORPORATION

RÉPERTORIÉ: GEMAK TRUST c. JEMPAK CORPORATION

Federal Court of Appeal, Gleason, Mactavish and Roussel J.J.A.—Toronto, May 12; Ottawa, August 4, 2022.

Cour d'appel fédérale, juges Gleason, Mactavish et Roussel, J.C.A. —Toronto, 12 mai; Ottawa, 4 août 2022.

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

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

Patents — Practice — Appeal from Federal Court decision granting summary judgment dismissing appellant's action for patent infringement against respondents — Appellant, owner of two patents claiming dishwasher, laundry detergent compositions — On appeal, alleging that Federal Court committed several errors in finding that case not raising one or more genuine issues for trial — Respondents develop, manufacture, sell dishwashing detergent pod products — Appellant brought action against respondent for infringement of Canadian Letters Patent Nos. 2276428, 2337069 (collectively "patents") — Patents relating to dishwashing, laundry detergent compositions — Asserted claims relating generally to encapsulated percarbonate granule or dishwashing detergent composition with encapsulated percarbonate granules — Respondents brought motion for summary judgment seeking to have appellant's infringement action dismissed based on non-infringement — Respondents stating that, once terms "encapsulating", "encapsulates", "blend" properly construed, there is no infringement of appellant's patents — Provided expert evidence to support position while appellant responded with its own expert evidence — Federal Court concluding that respondents meeting their burden of establishing that their products do not infringe asserted claims of patents, that appellant not demonstrating that there was genuine issue for trial with respect to question of infringement — Whether Federal Court erred in making credibility findings on motion for summary judgment — Federal Court correctly identified principles relating to making of credibility findings in context of motions for summary judgment, noted its general reluctance to grant summary judgment in patent infringement actions because

Brevets — Pratique — Appel à l'encontre d'un jugement sommaire par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet contre les intimées — L'appelante est titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive — En appel, elle a allégué que la Cour fédérale avait commis plusieurs erreurs en tirant la conclusion que l'affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses — Les intimées mettent au point, fabriquent et vendent des dosettes de détergent pour les lave-vaisselle — L'appelante a introduit une action contre les intimées pour contrefaçon des brevets canadiens numéros 2276428 et 2337069 (collectivement appelés « les brevets ») — Les brevets concernent des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive — Les revendications invoquées concernent généralement un granulé de percarbonate encapsulé ou une préparation détergente pour le lave-vaisselle contenant des granules de percarbonate encapsulés — Les intimées ont déposé une requête en jugement sommaire, demandant que l'action en contrefaçon introduite par l'appelante soit rejetée pour absence de contrefaçon — Les intimées ont déclaré que, lorsque les termes [TRADUCTION] « encapsulant » ou [TRADUCTION] « capsule » et [TRADUCTION] « mélange » sont interprétés correctement, il n'y a pas de contrefaçon des brevets de l'appelante — Elles ont fourni une preuve d'expert pour appuyer leur thèse, alors que l'appelante a répondu en déposant sa propre preuve d'expert — La Cour fédérale a conclu que les intimées s'étaient acquittées du fardeau qui leur incombait d'établir que leurs produits ne contrefaisaient pas les revendications invoquées dans les brevets et que l'appelante n'avait donc pas démontré qu'il existait une véritable question litigieuse portant sur la contrefaçon — Il s'agissait de déterminer

such proceedings depend on assessment of expert evidence, credibility of expert witnesses — Federal Court nevertheless stated that there was no substantial conflict of opinion evidence in this case, that respondents' expert was only witness to provide informed, purposive claim construction of terms at issue from perspective of POSITA (person of skill in the art) — Federal Court found evidence of respondents' expert uncontested while finding evidence of appellant's witness wanting, problematic — Thus concluded that appellant's expert witness failed to provide fair, objective, non-partisan opinions, which ended up tainting her entire evidence, with result that Federal Court ascribed little or no weight to her testimony — Federal Court completely rejected appellant's evidence; was therefore left only with opinion evidence of respondents' expert witness — Its decision was accordingly based on that evidence — There were several problems with Federal Court's assessment of credibility of appellant's expert witness, its wholesale rejection of her evidence — Federal Court making palpable, overriding errors in making negative credibility findings it did respecting evidence of appellant's expert witness based on transcript of her testimony, then deciding case in reliance on those findings — Federal Court also erring in other ways, notably with respect to the common general knowledge and with respect to the testing evidence — Appeal allowed.

Patents — Infringement — Appellant brought action against respondents for infringement of Canadian Letters Patent Nos. 2276428, 2337069 (collectively "patents") — Federal Court granting summary judgment dismissing appellant's action for patent infringement against respondents — Appellant alleging that Federal Court committed several errors in finding that case not raising one or more genuine issues for trial — Whether Federal Court erred with respect to common general knowledge; whether Federal Court erred with respect to testing evidence — Federal Court correctly stated that common knowledge is knowledge generally known by skilled person at relevant time; includes what skilled person may reasonably be expected to know, be able to find out — However, Federal Court also stated that Court must assess what knowledge skilled person would have obtained through diligent search conducted using means available at relevant time — Common general knowledge does not include all information in public domain but means knowledge generally known by persons skilled in relevant art at relevant time — With respect to prior

si la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité dans le cadre d'une requête en jugement sommaire — La Cour fédérale a correctement indiqué les principes liés aux conclusions en matière de crédibilité dans le contexte de requêtes en jugement sommaire et a reconnu avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts — La Cour fédérale a néanmoins affirmé qu'il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion en l'espèce et que l'experte des intimées était le seul témoin ayant fourni une interprétation éclairée et téléologique des termes en question du point de vue d'une personne versée dans l'art — La Cour fédérale a indiqué que le témoignage de l'experte des intimées n'était pas contesté, mais que le témoignage de l'experte de l'appelante était insuffisant et problématique — Elle a donc conclu que l'experte de l'appelante n'avait pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l'ensemble de son témoignage, faisant en sorte que la Cour fédérale n'a accordé que peu, voire aucun, poids à son témoignage — La Cour fédérale a rejeté la preuve de l'appelante dans sa totalité; il ne lui restait donc que le témoignage d'opinion de l'experte des intimées — Par conséquent, sa décision a reposé sur ce témoignage — L'évaluation par la Cour fédérale de la crédibilité de l'experte de l'appelante et le rejet de l'ensemble de son témoignage ont soulevé plusieurs problèmes — La Cour fédérale a commis des erreurs manifestes et dominantes en tirant les conclusions négatives en matière de crédibilité en question quant au témoignage de l'experte de l'appelante à partir de la transcription de son témoignage, et ensuite en s'appuyant sur ces conclusions pour trancher l'affaire — La Cour fédérale a également commis des erreurs à d'autres égards, notamment en ce qui concerne la connaissance générale courante et les résultats d'essais — Appel accueilli.

Brevets — Contrefaçon — L'appelante a introduit une action contre les intimées pour contrefaçon des brevets canadiens numéros 2276428 et 2337069 (collectivement appelés « les brevets ») — La Cour fédérale a accordé un jugement sommaire rejetant l'action en contrefaçon de brevet introduite par l'appelante contre les intimées — L'appelante a allégué que la Cour fédérale a commis plusieurs erreurs en tirant la conclusion que l'affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses — Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur concernant la connaissance générale courante; et si la Cour fédérale a commis une erreur en ce qui concerne les résultats d'essais — La Cour fédérale a affirmé avec raison que les connaissances générales courantes sont celles que possède en général la personne versée dans l'art au moment pertinent; et que ces connaissances comprennent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir et être en mesure de découvrir — Toutefois, la Cour fédérale a également affirmé que la Cour doit évaluer les connaissances que la personne versée dans l'art aurait obtenues au

art, it is no longer required that prior art be available to person of skill in the art (POSITA) through reasonably diligent search for it to be potentially relevant for purpose of obviousness or anticipation analyses — That said, knowledge that is only discoverable through reasonably diligent search is not, has never been, considered to be part of common general knowledge — Federal Court thus erred in finding otherwise — Regarding testing evidence, Federal Court making palpable, overriding errors, in particular on findings concerning evidence provided by appellant's expert witness, which tainted Federal Court's analysis of such testing evidence.

This was an appeal from a Federal Court decision granting summary judgment dismissing the appellant's action for patent infringement against the respondents. The appellant is the owner of two patents claiming dishwasher and laundry detergent compositions. It appealed from that judgment, alleging that the Federal Court committed a number of errors in finding that the case did not raise one or more genuine issues for trial. The appellant stated that the Federal Court erred by construing a claim to a composition of matter as containing implicit process limitations and by arriving at its construction by relying on information contained in other patents. It also argued that the Federal Court erred in making findings of credibility that should not have been made on a motion for summary judgment and that the Federal Court erred in its understanding of what constitutes common general knowledge.

The respondents develop, manufacture and sell dishwashing detergent pod products. The appellant brought an action against the respondent in the Federal Court for infringement of Canadian Letters Patent Nos. 2276428 and 2337069 (collectively "the patents"). The patents relate to dishwashing and laundry detergent compositions capable of incorporation into a single compartment water-soluble film sachet, otherwise referred to as a monodose detergent pod. The asserted claims relate generally to an encapsulated percarbonate granule or a dishwashing detergent composition with encapsulated percarbonate granules. Percarbonate is a bleaching agent that oxidizes in water. Two independent asserted claims require that the percarbonate be "encapsulated" by a "blend" comprising carboxymethyl cellulose (CMC) and two other ingredients. The respondents brought a motion for summary judgment

terme d'une recherche diligente menée à l'aide des moyens disponibles au moment pertinent — Les connaissances générales courantes n'englobent pas la totalité de l'information relevant du domaine public, mais désignent les connaissances que possède généralement une personne versée dans l'art au moment pertinent — Quant aux antériorités, il n'est plus obligatoire que l'antériorité ait été accessible à la personne versée dans l'art au terme d'une recherche raisonnablement diligente pour qu'elle devienne pertinente pour les fins des analyses de l'évidence ou de l'antériorité — Cela dit, les connaissances qui ne peuvent être découvertes qu'au terme d'une recherche raisonnablement diligente ne sont pas, et n'ont jamais été, considérées comme faisant partie des connaissances générales courantes — La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant le contraire — En ce qui a trait aux résultats d'essais, la Cour fédérale a commis des erreurs manifestes et dominantes surtout dans ses conclusions sur la preuve fournie dans le témoignage de l'experte de l'appelante, ce qui a entaché l'analyse par la Cour fédérale de ces résultats d'essais.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre d'un jugement sommaire par lequel la Cour fédérale a rejeté l'action en contrefaçon de brevet intentée par l'appelante contre les intimées. L'appelante est titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive. L'appelante a interjeté appel de ce jugement, alléguant que la Cour fédérale avait commis des erreurs en tirant la conclusion que l'affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses. L'appelante a affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant une revendication relative à une préparation de matières comme limitant implicitement le procédé, et en parvenant à cette interprétation en se fondant sur des informations contenues dans d'autres brevets. L'appelante a également affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité qui n'avaient pas leur place dans une requête en jugement sommaire et que la Cour fédérale a commis une erreur dans sa compréhension de ce qui constitue une connaissance générale courante.

Les intimées mettent au point, fabriquent et vendent des dosettes de détergent pour les lave-vaisselle. L'appelante a introduit une action contre les intimées devant la Cour fédérale pour contrefaçon des brevets canadiens numéros 2276428 et 2337069 (collectivement appelés « les brevets »). Les brevets concernent des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive pouvant être incorporées dans un sachet fait d'un film hydrosoluble à compartiment unique, autrement dit une dosette de détergent monodose. Les revendications invoquées concernent généralement un granulé de percarbonate encapsulé ou une préparation détergente pour le lave-vaisselle contenant des granules de percarbonate encapsulés. Le percarbonate est un agent de blanchiment qui s'oxyde dans l'eau. Deux revendications indépendantes exigent que le percarbonate soit [TRADUCTION] « encapsulé » par un [TRADUCTION] « mélange »

seeking to have the appellant's infringement action dismissed based on non-infringement. In the alternative, they sought an order directing a summary trial on the infringement issue. According to the respondents, once the terms "encapsulating" or "encapsulates" and "blend" are properly construed, there is no infringement of the appellant's patents as the respondents' products do not contain CMC in the blend that encapsulates the percarbonate granules. In support of their position, the respondents provided expert evidence. The appellant responded to the respondents' motion with its own expert evidence.

The Federal Court identified the issues for determination on the motion for summary judgment as being, first, what meaning is to be ascribed to the terms "a blend which encapsulates the percarbonate" and "a blend encapsulating the percarbonate", and second, whether there was a genuine issue for trial as to whether a blend containing CMC encapsulates the percarbonate granules employed in the respondents' detergent products. It acknowledged that it has generally been reluctant to grant summary judgment in patent infringement actions, largely because such proceedings depend on the assessment of expert evidence and the credibility of the expert witnesses. It found, however, that there was no substantial conflict in the opinion evidence in this case. The Federal Court found that the "person of skill in the art" (POSITA) would understand from the claims that the presence of CMC in the encapsulating blend is an essential element of the asserted independent claims. The Federal Court concluded that the respondents had met their burden of establishing, on a balance of probabilities, that their products do not infringe the asserted claims of the patents, and that the appellant had not demonstrated that there was a genuine issue for trial with respect to the question of infringement. Consequently, the respondents' motion for summary judgment was granted and the appellant's action was dismissed, with costs.

The issues were whether the Federal Court erred in making credibility findings on a motion for summary judgment; whether the Federal Court erred with respect to the common general knowledge; and whether the Federal Court erred with respect to the testing evidence.

Held, the appeal should be allowed.

A review of the principles governing motions for summary judgment was made, including issues of credibility of expert witnesses on such motions. Case law has established that issues

comprenant de la carboxyméthylcellulose (CMC) et deux autres ingrédients. Les intimées ont déposé une requête en jugement sommaire, demandant que l'action en contrefaçon introduite par l'appelante soit rejetée pour absence de contrefaçon. À titre subsidiaire, elles demandaient un procès sommaire sur la question de la contrefaçon. Selon les intimées, lorsque les termes [TRADUCTION] « encapsulant » ou [TRADUCTION] « encapsule » et [TRADUCTION] « mélange » sont interprétés correctement, il est incontesté qu'il n'y a pas de contrefaçon des brevets de l'appelante, puisque les produits des intimées ne contiennent pas de CMC dans le mélange qui encapsule les granules de percarbonate. À l'appui de leur thèse, les intimées ont déposé un témoignage d'expert. L'appelante a répondu à la requête des intimées en déposant sa propre preuve d'expert.

La Cour fédérale a déterminé que les questions soulevées dans le cadre de la requête en jugement sommaire étaient les suivantes : premièrement, quel sens doit-on donner aux expressions « mélange qui encapsule le percarbonate » et « mélange encapsulant le percarbonate » ; deuxièmement, la question de savoir si un mélange contenant de la CMC encapsule les granules de percarbonate utilisés dans les produits détergents des intimées est-elle une véritable question litigieuse? Elle a reconnu avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet, en grande partie parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts. Toutefois, elle a conclu qu'en l'espèce, il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion. La Cour fédérale a conclu que la personne versée dans l'art comprendrait, à partir des revendications, que la présence de CMC dans le mélange encapsulant est un élément essentiel des revendications indépendantes invoquées. La Cour fédérale a conclu que les intimées s'étaient acquittées du fardeau qui leur incombait d'établir que, selon la prépondérance des probabilités, leurs produits ne contrefaisaient pas les revendications invoquées dans les brevets et que l'appelante n'avait donc pas démontré qu'il existait une véritable question litigieuse portant sur la contrefaçon. Par conséquent, la requête en jugement sommaire des intimées a été accueillie, et l'action intentée par l'appelante a été rejetée, avec dépens.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité dans le cadre d'une requête en jugement sommaire; si elle a commis une erreur en ce qui concerne les connaissances générales courantes; et si elle a commis une erreur en ce qui concerne les résultats d'essais.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Un examen des principes régissant les requêtes en jugement sommaire a été fait, notamment en ce qui concerne les questions relatives à la crédibilité des témoins experts dans le

regarding the credibility of witnesses should not be decided on motions for summary judgment.

The Federal Court was aware of, and correctly identified the principles relating to the making of credibility findings in the context of motions for summary judgment. Indeed, it noted that it has generally been reluctant to grant summary judgment in patent infringement actions, largely because such proceedings depend on the assessment of expert evidence and the credibility of the expert witnesses. The Federal Court nevertheless went on to state that there was no substantial conflict of opinion evidence in this case, and that the respondents' expert was the only witness to provide an informed and purposive claim construction of the terms at issue from the perspective of the POSITA. The Federal Court further stated that the evidence of the respondents' expert with respect to the common general knowledge was uncontested. It held that the same could not be said about the evidence of the appellant's expert witness. Despite the witness' strong background and expertise, the Federal Court found her evidence to "be wanting and problematic in many respects". The Federal Court thus concluded that the appellant's expert witness failed to provide fair, objective and non-partisan opinions, which ended up tainting her entire evidence, with the result that the Federal Court ascribed little or no weight to her testimony. Given its wholesale rejection of the appellant's evidence, it stated that it was therefore left only with the opinion evidence of the respondents' expert witness and its decision was accordingly based on that evidence. There were a number of problems with the Federal Court's assessment of the credibility of the appellant's expert witness and its wholesale rejection of her evidence. It made observations about the witness having to attend twice for cross-examination and that the appellant's counsel objected repeatedly when the respondents' counsel tried to cross-examine the witness. While the Federal Court accurately summarized what took place at that time, it did not establish how the conduct of the appellant's counsel should reflect negatively on the expert witness' credibility. Moreover, the Federal Court's finding that the appellant's expert witness misapprehended her role as an independent witness and conducted herself like an advocate instead of a neutral objective expert appeared to have been based, to some extent, on the combative stance taken by the appellant's counsel on the first day of the expert witness' cross-examination. A review of the transcript of her cross-examination suggested other possible interpretations of her evidence. Indeed, it is very difficult to infer a hostile attitude on the part of a witness from a bare review of a transcript, in the absence of an ability to evaluate his or her *viva voce* testimony. It was thus a palpable and overriding error on the part of the Federal Court to make the negative credibility findings that it did with respect to the evidence of the appellant's expert witness based on a transcript of her testimony and to decide the case in reliance on those findings. While patent infringement issues are not by definition excluded

contexte de telles requêtes. Il est établi dans la jurisprudence qu'il ne convient pas de trancher les questions de crédibilité dans le contexte d'une requête en jugement sommaire.

La Cour fédérale connaissait les principes liés aux conclusions en matière de crédibilité dans le contexte de requêtes en jugement sommaire, et les a correctement indiqués. En effet, elle a reconnu avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet, en grande partie parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts. La Cour fédérale a néanmoins poursuivi en affirmant qu'il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion en l'espèce et que l'experte des intimées était le seul témoin ayant fourni une interprétation éclairée et téléologique des termes en question du point de vue d'une personne versée dans l'art. La Cour fédérale a de plus indiqué que le témoignage de l'experte des intimées sur les connaissances générales courantes n'était pas contesté. Elle a conclu qu'on ne pouvait pas en dire de même des éléments de preuve présentés par l'experte de l'appelante. Malgré sa compétence et son expertise solides, la Cour fédérale a estimé que son témoignage était « insuffisant et problématique à bien des égards ». La Cour fédérale a donc conclu que l'experte de l'appelante n'avait pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l'ensemble de son témoignage, faisant en sorte que la Cour fédérale n'a accordé que peu, voire aucun, poids à son témoignage. Étant donné le rejet, dans son ensemble, du témoignage de l'experte de l'appelante, elle a indiqué qu'il ne lui restait par conséquent que le témoignage d'opinion de l'experte des intimées et sa décision a donc reposé sur ce témoignage. L'évaluation par la Cour fédérale de la crédibilité de l'experte de l'appelante et le rejet de l'ensemble de son témoignage soulevaient certains problèmes. Elle a souligné que l'experte avait dû se présenter deux fois pour un contre-interrogatoire, et que l'avocat de l'appelante avait soulevé de nombreuses objections répétées alors que l'avocat des intimées tentait de contre-interroger l'experte. Bien que la Cour fédérale ait résumé avec exactitude ce qui s'est passé à ce moment-là, elle n'a pas établi comment la conduite de l'avocat aurait pu avoir un effet négatif sur la crédibilité de l'experte. De plus, la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle l'experte de l'appelante a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant et s'est conduite comme une défendeuse plutôt que comme une experte neutre et objective semblait reposer, du moins dans une certaine mesure, sur l'attitude combative de l'avocat de l'appelante lors de la première journée du contre-interrogatoire de l'experte. Un examen de la transcription de son contre-interrogatoire laissait croire à d'autres interprétations possibles de son témoignage. En fait, il est très difficile de conclure à une attitude hostile de la part d'un témoin à partir de la simple relecture d'une transcription, en l'absence de toute possibilité d'évaluer son témoignage de vive voix. La Cour fédérale a donc commis une erreur manifeste et dominante en tirant les conclusions négatives en matière

from the ambit of the summary judgment process, they tend to raise complex issues of fact and law that are usually better left for trial. This was determinative of the appeal but other errors were also made.

With respect to the common general knowledge, the Federal Court stated that it is the knowledge generally known by the skilled person at the relevant time and includes what the skilled person may reasonably be expected to know and be able to find out. This was a correct statement of the law, at least to the extent that the common general knowledge includes what the skilled person may reasonably be expected to know. However, the Federal Court then went on to state that the Court must assess *what knowledge the skilled person would have obtained through a diligent search conducted using the means available at the relevant time*. Common general knowledge does not include all of the information in the public domain but means knowledge generally known by persons skilled in the relevant art at the relevant time. Insofar as the state of the prior art is concerned, the Court previously stated that prior art is the collection of learning in the field of the patent at issue. It comprises any publically available teaching, however obscure or not generally accepted. Prior art is used for specific purposes in patent law whereas common general knowledge informs the way in which the claims and specifications are read by the POSITA. The requirement of the reasonably diligent search has been applied—not with respect to the identification of the common general knowledge of the POSITA—but rather with respect to the discoverability of prior art relevant for the purpose of the obviousness or anticipation analyses, an approach that has been called into question. Thus, it is no longer required that prior art be available to the POSITA through a reasonably diligent search for it to be potentially relevant for the purpose of the obviousness or anticipation analyses. That said, knowledge that is only discoverable through a reasonably diligent search is not, and has never been, considered to be part of the common general knowledge. The Federal Court thus erred in finding otherwise.

Regarding the testing evidence, there was a palpable and overriding error in the Federal Court's analysis of it. The expert witness of the respondents provided evidence concerning the anthrone testing she had caused to be carried out in order

de crédibilité en question quant au témoignage de l'experte de l'appelante à partir de la transcription de son témoignage, et en s'appuyant sur ces conclusions pour trancher l'affaire. Même si le sujet de la contrefaçon de brevets ne déborde pas, par définition, le cadre des jugements sommaires, il a tendance à soulever des questions de fait et de droit complexes qu'il est habituellement préférable de n'examiner qu'au procès. Cette question était déterminante quant à l'issue de l'appel, mais d'autres erreurs ont été commises.

En ce qui concerne les connaissances générales courantes la Cour fédérale a affirmé que les connaissances générales courantes sont les connaissances que possède en général la personne versée dans l'art au moment pertinent et comprennent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir et être en mesure de découvrir. Cet exposé du droit était exact, du moins dans la mesure où les connaissances générales courantes incluent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir. Toutefois, la Cour fédérale a poursuivi en affirmant que la Cour doit évaluer les connaissances que la personne versée dans l'art aurait obtenues au terme d'une recherche raisonnablement diligente menée à l'aide des moyens disponibles au moment pertinent. Les connaissances générales courantes n'englobent pas la totalité de l'information relevant du domaine public, mais désignent les connaissances que possède généralement une personne versée dans l'art au moment considéré. En ce qui concerne les antériorités, la Cour a déjà affirmé qu'elles s'entendent de l'ensemble du savoir dans le domaine du brevet en cause. Elles comprennent tout enseignement accessible au public, aussi obscur ou peu accepté soit-il. Les antériorités sont utilisées à des fins précises dans le droit des brevets, tandis que les connaissances générales courantes déterminent la manière avec laquelle la personne versée dans l'art va interpréter les revendications et les mémoires descriptifs. L'exigence concernant la recherche raisonnablement diligente a été appliquée — non en ce qui concerne la définition des connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art —, mais plutôt en ce qui concerne la possibilité de découvrir l'antériorité pertinente pour les fins des analyses de l'évidence ou de l'antériorité, une approche qui a été remise en question. Ainsi, il n'est plus obligatoire que l'antériorité ait été accessible à la personne versée dans l'art au terme d'une recherche raisonnablement diligente pour qu'elle devienne pertinente pour les fins des analyses de l'évidence ou de l'antériorité. Cela dit, les connaissances qui ne peuvent être découvertes qu'au terme d'une recherche raisonnablement diligente ne sont pas, et n'ont jamais été, considérées comme faisant partie des connaissances générales courantes. La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant le contraire.

Sur la question des résultats d'essais, l'analyse de la Cour fédérale à cet égard contenait une erreur manifeste et dominante. L'experte des intimées a offert un témoignage concernant les analyses à l'anthrone qu'elle a dû effectuer pour déterminer si

to determine whether there was CMC in the percarbonate raw material supplied to the respondents by third parties and in the blend that encapsulates the percarbonate in the respondents' detergent compositions. The respondents' expert witness stated that these tests demonstrated that the percarbonate raw material supplied to the respondents by third parties does not have any CMC in its encapsulating coating. This evidence was challenged by one of the appellant's expert witnesses who was highly critical of the use by the respondents' expert witness of the anthrone testing method and her conclusion that there was no detectable CMC in the coated percarbonate raw materials sourced by the respondents. According to the appellant's expert witness, the anthrone method used by the respondents' expert witness was out-of-date and had largely been replaced by more specific and sensitive techniques that could detect lower levels of CMC in a mixture, a point that was conceded by that expert witness. The Federal Court rejected the evidence of the appellant's other expert witness on the basis that his experience was as an analytical chemist for clients in the pharmaceutical industry, that he had no experience with detergent formulations, and that he thus did not provide an opinion from the perspective of the POSITA respecting the patents. There were several problems with this finding. First, that particular expert witness was not construing the claims of the patent—a task that is undertaken from the perspective of the POSITA. He was providing expert evidence with respect to the question of infringement, which is a question of fact. A second problem with this finding related to the appellant's expert witness' lack of experience in the detergent industry. Although testing in the pharmaceutical industry may be held to a more exacting standard than testing in other industries, there was no evidence before the Federal Court that the analytical chemistry testing processes and methods used in the pharmaceutical industry actually differed from the analytical chemistry testing processes and methods used in the detergent industry. Therefore, there were palpable and overriding errors tainting the Federal Court's analysis of the testing evidence.

In conclusion, the Federal Court's judgment granting summary judgment to the respondents was set aside. Given that there was one or more genuine issues for trial, and making the order that the Federal Court should have made, the respondents' motion for summary judgment was dismissed and the matter was directed to proceed to trial.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7.
Federal Courts Rules, SOR/98-106.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 28.3.
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

de la CMC était présente dans les matières premières de percarbonate fournies aux intimées par des tiers et dans le mélange qui encapsule le percarbonate dans les préparations détergentes des intimées. L'experte des intimées a affirmé que ces essais démontraient que les matières premières de percarbonate fournies aux intimées par des tiers ne contenaient pas de CMC dans leur enrobage d'encapsulation. Le témoignage de l'experte des intimées sur ce point a été contesté par l'un des experts de l'appelante, qui a fortement critiqué son utilisation de la méthode d'essai à l'anthrone, et sa conclusion selon laquelle il n'y avait pas de CMC détectable dans les matières premières de percarbonate enrobé achetées par les intimées. Selon l'expert de l'appelante, la méthode à l'anthrone utilisée par l'experte des intimées était désuète, et a été largement remplacée par des techniques plus précises et plus sensibles capables de détecter de plus faibles niveaux de CMC dans un mélange; point qu'a concédé l'experte des intimées. La Cour fédérale a rejeté le témoignage de l'expert de l'appelante au motif que son expérience se résumait à celle d'un chimiste analytique pour des clients de l'industrie pharmaceutique, qu'il n'avait aucune expérience de la formulation de détergents et n'avait par conséquent pas donné un avis du point de vue de la personne versée dans l'art des brevets. Cette conclusion posait plusieurs problèmes. Premièrement, cet expert ne proposait pas une interprétation des revendications des brevets, tâche entreprise du point de vue de la personne versée dans l'art. Il fournissait un témoignage d'expert sur la question de la contrefaçon, une question de fait. Un second problème avec cette conclusion avait trait au manque d'expérience de l'expert dans l'industrie des détergents. Bien que les essais dans l'industrie pharmaceutique puissent être menés suivant une norme plus rigoureuse que ceux d'autres industries, il n'y avait d'aucun élément de preuve selon lequel les procédés et méthodes d'essai de chimie analytique utilisés dans l'industrie pharmaceutique différaient en réalité des procédés et méthodes d'essai de chimie analytique utilisés dans l'industrie des détergents. Enfin, l'analyse de la Cour fédérale concernant les résultats d'essais contenait des erreurs manifestes et dominantes.

En conclusion, la décision de la Cour fédérale par laquelle elle a accordé un jugement sommaire aux intimées a été annulée. Comme il existait une ou plusieurs véritables questions litigieuses, et rendant l'ordonnance qu'aurait dû rendre la Cour fédérale, la requête en jugement sommaire des intimées a été annulée et il a été ordonné que la présente affaire soit instruite.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28.3.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106.

CASES CITED

APPLIED:

Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc., 2018 FC 1112; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265; *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 FCA 119, [2017] 2 F.C.R. 280.

CONSIDERED:

Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd. (1998), 81 C.P.R. (3d) 188, [1998] F.C.J. No. 537 (QL) (T.D.); *Eli Lilly and Company v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA 30.

REFERRED TO:

Apotex Inc. v. AstraZeneca Canada Inc., 2017 FCA 9; *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 FCA 122, [2021] 4 F.C.R. 289; *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57; *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. v. S.F. Concrete Technology, Inc.* (1999), 165 F.T.R. 74, 1 C.P.R. (4th) 88 (F.C. T.D.); *Kirkbi Ag v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 150 F.T.R. 205, 81 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.); *TPG Technology Consulting Ltd v. Canada*, 2013 FCA 183, [2014] 1 F.C.R. D-8; *Sanofi-Aventis Canada v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676; *Lundbeck Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 146; *Teva Canada Innovation v. Apotex Inc.*, 2014 FC 1070; *Apotex Inc. v. Shire LLC*, 2017 FC 139; *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FC 1261; *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2013 FC 142; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2002 FCT 931, 223 F.T.R. 43; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2001 FCT 530, 204 F.T.R. 248; *Pfizer Canada Inc. v. Amgen Inc.*, 2019 FCA 249, [2019] 3 F.C.R. D-13; *Newman v. Canada*, 2016 FCA 213, [2017] 2 F.C.R. D-3; *Suntec Environmental Inc. v. Trojan Technologies Inc.*, 2004 FCA 140, [2005] 1 F.C.R. D-46; *MacNeil v. Canada*, 2004 FCA 50, [2004] 3 F.C.R. 3; *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853, 111 F.T.R. 189 (T.D.); *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2004 FC 314, [2005] 1 F.C.R. D-13, affd 2004 FCA 298, [2005] 4 F.C.R. D-6; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Uponor AB v. Heatlink Group Inc.*, 2016 FC 320; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219; *Leo Pharma Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FC 1237, affd 2017 FCA 50; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1972] R.P.C. 457 (Eng. C.A.); *British Acoustic Films Ltd. v. Nettlefold Productions Ltd.* (1936), 53 R.P.C. 221 (Eng. C.A.); *E. Mishan & Sons, Inc. v. Supertek Canada Inc.*, 2015 FCA 163; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, 122 D.L.R. (3d) 203.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc., 2018 FC 1112; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265; *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 CAF 119, [2017] 2 R.C.F. 280.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd., [1998] A.C.F. n° 537 (QL) (1^{re} inst.); *Eli Lilly and Company c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Apotex Inc. c. AstraZeneca Canada Inc., 2017 CAF 9; *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 CAF 122, [2021] 4 R.C.F. 289; *CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57; *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. c. S.F. Concrete Technology, Inc.*, 1999 CanLII 7912 (C.F. 1^{re} inst.); *Kirkbi Ag c. Ritvik Holdings Inc.*, 1998 CanLII 8100 (C.F. 1^{re} inst.); *TPG Technology Consulting Ltd c. Canada*, 2013 CAF 183, [2014] 1 R.C.F. F-11; *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676; *Lundbeck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 146; *Teva Canada Innovation c. Apotex Inc.*, 2014 CF 1070; *Apotex Inc. c. Shire LLC*, 2017 CF 139; *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CF 1261; *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2013 CF 142; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2002 CFPI 931; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2001 CFPI 530; *Pfizer Canada Inc. c. Amgen Inc.*, 2019 CAF 249, [2019] 3 R.C.F. F-13; *Newman c. Canada*, 2016 CAF 213, [2017] 2 R.C.F. F-2; *Suntec Environmental Inc. c. Trojan Technologies Inc.*, 2004 CAF 140, [2005] 1 R.C.F. F-46; *MacNeil c. Canada*, 2004 CAF 50, [2004] 3 R.C.F. 3; *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.); *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2004 CF 314, [2005] 1 R.C.F. F-13, conf. par 2004 CAF 298, [2005] 4 R.C.F. F-6; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Uponor AB c. Heatlink Group Inc.*, 2016 CF 320; *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219; *Leo Pharma Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CF 1237, conf. par 2017 CAF 50; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A. Angl.); *British Acoustic Films Ltd. v. Nettlefold Productions Ltd.* (1936), 53 R.P.C. 221 (C.A. Angl.); *E. Mishan & Sons, Inc. c. Supertek Canada Inc.*, 2015 CAF 163; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

AUTHORS CITED

Regulatory Impact Analysis Statement. *Regulations Amending the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, 2017*, C. Gaz., 2017.I.3316.

APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 644) granting summary judgment dismissing the appellant's action for patent infringement against the respondents. Appeal allowed.

APPEARANCES

Andrew R. Brodtkin and Jordan Scopa for appellant.
Ronald E. Dimock, Laurent Massam and Harvey Lim for respondents.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for appellant.
Gowling WLG (Canada) LLP, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] MACTAVISH J.A.: GEMAK TRUST (GEMAK) is the owner of two patents claiming dishwasher and laundry detergent compositions. In a decision reported as 2020 FC 644, the Federal Court granted summary judgment dismissing GEMAK's action for patent infringement against Jempak Corporation and Jempak GK Inc. (collectively "Jempak"). GEMAK appeals from that judgment, alleging that the Federal Court committed a number of errors in finding that the case did not raise one or more genuine issues for trial.

[2] Amongst other things, GEMAK states that the Federal Court erred by construing a claim to a composition of matter as containing implicit process limitations, and by arriving at its construction by relying on information contained in other patents.

DOCTRINE CITÉE

Résumé de l'étude d'impact de la réglementation. *Règlement de 2017 modifiant le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, 2017, Gaz. Can., 2017.I.3316.

APPEL à l'encontre d'une décision par laquelle la Cour fédérale (2020 CF 644) a rendu un jugement sommaire rejetant l'action en contrefaçon de brevet intentée contre les intimées. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Andrew R. Brodtkin et Jordan Scopa pour l'appelante.
Ronald E. Dimock, Laurent Massam et Harvey Lim pour les intimées.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante.
Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les intimées.

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

[1] LA JUGE MACTAVISH, J.C.A. : GEMAK TRUST (GEMAK) est la titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive. Dans une décision portant le numéro de référence 2020 CF 644, la Cour fédérale a rendu un jugement sommaire par lequel elle a rejeté l'action en contrefaçon de brevet intentée par GEMAK contre Jempak Corporation et Jempak GK Inc. (collectivement, Jempak). GEMAK interjette appel de ce jugement, alléguant que la Cour fédérale a commis des erreurs en tirant la conclusion que l'affaire ne soulevait pas de véritables questions litigieuses.

[2] Entre autres choses, GEMAK affirme que la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant une revendication relative à une préparation de matières comme limitant implicitement le procédé, et en parvenant à cette interprétation en se fondant sur des informations contenues dans d'autres brevets.

[3] GEMAK also says that the Federal Court erred in making findings of credibility that should not have been made on a motion for summary judgment.

[4] GEMAK further submits that the Federal Court erred in its understanding of what constitutes common general knowledge, and by rejecting the evidence that GEMAK had tendered to rebut testing evidence adduced by Jempak to demonstrate non-infringement. The Court rejected GEMAK's evidence on the basis that it was not proffered by a witness who matched the description of the skilled person to whom the patents-in-suit were addressed.

[5] GEMAK also appeals from the Federal Court's award of costs in favour of Jempak.

[6] It is not necessary to address all of GEMAK's arguments, although the Court's silence on these issues should not be taken as either acceptance or rejection of them. For the reasons that follow, I have concluded that the Federal Court did in fact err in making credibility findings that were not open to it on a motion for summary judgment. These findings affected the Court's appreciation of the evidence before it, in particular, evidence with respect to the construction of the term "blend encapsulating" on which the Federal Court's non-infringement finding rests. This Court's finding on this issue is thus determinative of the appeal.

[7] However, the Federal Court also erred in its understanding of what constitutes "common general knowledge", and in assessing the evidence relating to the testing of Jempak's detergent products. Consequently, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court, and direct that the matter proceed to trial.

[3] GEMAK affirme également que la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité qui n'avaient pas leur place dans une requête en jugement sommaire.

[4] GEMAK soutient en outre que la Cour fédérale a commis une erreur dans sa compréhension de ce qui constitue une connaissance générale courante, et en rejetant les éléments de preuve présentés par GEMAK pour réfuter les résultats d'essais déposés en preuve par Jempak pour démontrer l'absence de contrefaçon. La Cour a rejeté les éléments de preuve présentés par GEMAK au motif qu'il ne s'agissait pas de témoignages offerts par un témoin correspondant à la description de la personne versée dans l'art à qui s'adressaient les brevets en cause.

[5] GEMAK interjette également appel de l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale en faveur de Jempak.

[6] Il n'est pas nécessaire de traiter de tous les arguments de GEMAK, même si le silence de la Cour sur ces questions ne doit pas être interprété comme une acceptation ou un rejet de ces arguments. Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu que la Cour fédérale a bien commis une erreur en tirant à tort des conclusions en matière de crédibilité dans le cadre d'une requête en jugement sommaire. Ces conclusions ont influé sur l'appréciation faite par la Cour des éléments de preuve qui lui avaient été présentés, et plus précisément, des témoignages concernant l'interprétation de l'expression [TRADUCTION] « mélange encapsulant » sur laquelle repose la conclusion d'absence de contrefaçon qu'a tirée la Cour fédérale. La conclusion de notre Cour sur cette question est donc déterminante quant à l'issue de l'appel.

[7] Toutefois, la Cour fédérale a également commis une erreur dans sa compréhension de ce qui constitue des « connaissances générales courantes », et dans son évaluation des éléments de preuve portant sur les essais réalisés sur les produits détergents de Jempak. En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement rendu par la Cour fédérale, et j'ordonnerais que la présente affaire soit instruite.

[8] Given the proposed result with respect to the main appeal, I would further allow the appeal from the Federal Court's costs award, and award GEMAK its costs in this Court and in the Federal Court, together with interest on the monies paid by GEMAK to Jempak in satisfaction of the Federal Court's costs award.

I. Background

[9] Jempak develops, manufactures and sells dishwashing detergent pod products. GEMAK is the owner of two patents claiming dishwasher and laundry detergent compositions.

[10] In July of 2018, GEMAK brought an action against Jempak in the Federal Court for infringement of Canadian Letters Patent Nos. 2276428 and 2337069 (collectively "the patents"). The patents relate to dishwashing and laundry detergent compositions capable of incorporation into a single compartment water-soluble film sachet, otherwise referred to as a monodose detergent pod. The asserted claims relate generally to an encapsulated percarbonate granule or a dishwashing detergent composition with encapsulated percarbonate granules. Percarbonate is a bleaching agent that oxidizes in water.

[11] Two independent asserted claims require that the percarbonate be "encapsulated" by a "blend" comprising carboxymethyl cellulose (CMC) and two other ingredients. Specifically, claim 1 of the '069 Patent claims [at paragraph 13]:

A detergent composition comprising a granulated percarbonate and a blend which encapsulates the percarbonate, the blend comprising a sulphate, carboxymethyl cellulose and a nonionic surfactant, wherein the composition comprises between 1% and 15% percarbonate, and wherein the detergent composition further comprises sodium metasilicate and does not include a zeolite, a perborate or a phosphate, said composition formulated for storage in a water soluble PVA film packaging for at least nine months. [My emphasis.]

[8] Compte tenu de l'issue proposée quant à l'appel principal, j'accueillerais également l'appel à l'encontre de l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale, et j'accorderais à GEMAK ses dépens devant notre Cour et devant la Cour fédérale, en plus des intérêts sur les sommes versées par GEMAK à Jempak en réponse à l'adjudication des dépens faite par la Cour fédérale.

I. Contexte

[9] Jempak met au point, fabrique et vend des dosettes de détergent pour les lave-vaisselle. GEMAK est la titulaire de deux brevets revendiquant des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive.

[10] En juillet 2018, GEMAK a introduit une action contre Jempak devant la Cour fédérale pour contrefaçon des brevets canadiens n^{os} 2276428 et 2337069 (collectivement appelés « les brevets »). Les brevets concernent des préparations détergentes pour le lave-vaisselle et la lessive pouvant être incorporées dans un sachet fait d'un film hydrosoluble à compartiment unique, autrement dit une dosette de détergent monodose. Les revendications invoquées concernent généralement un granulé de percarbonate encapsulé ou une préparation détergente pour le lave-vaisselle contenant des granules de percarbonate encapsulés. Le percarbonate est un agent de blanchiment qui s'oxyde dans l'eau.

[11] Deux revendications indépendantes exigent que le percarbonate soit [TRADUCTION] « encapsulé » par un [TRADUCTION] « mélange » comprenant de la carboxyméthylcellulose (CMC) et deux autres ingrédients. Plus précisément, la revendication 1 du brevet '069 est libellée de la façon suivante [au paragraphe 13]:

[TRADUCTION] Préparation détergente comprenant du percarbonate granulé et un mélange qui encapsule le percarbonate, le mélange étant constitué de sulfate, de carboxyméthylcellulose et d'un tensioactif non ionique, ladite préparation comprenant entre 1 % et 15 % de percarbonate, et ladite préparation détergente comprenant en outre du métasilicate de sodium et ne comprenant pas de zéolite, de perborate ou de phosphate, ladite préparation étant formulée pour être conservée pendant au moins neuf mois dans un emballage en film PVA hydrosoluble. [Non souligné dans l'original.]

[12] Claim 10 of the '428 Patent claims [at paragraph 14]:

An encapsulated percarbonate granule for use in detergent products storeable in PVA film packaging, the granule comprising a percarbonate and a blend encapsulating the percarbonate, wherein the blend comprises a sulphate, carboxymethyl cellulose and a non-ionic surfactant.
[My emphasis.]

II. Jempak's Motion for Summary Judgment

[13] Jempak brought a motion for summary judgment seeking to have GEMAK's infringement action dismissed based on non-infringement. In the alternative, it sought an order directing a summary trial on the infringement issue.

[14] According to Jempak, once the terms "encapsulating" or "encapsulates" and "blend" are properly construed, there is no infringement of GEMAK's patents as Jempak's products do not contain CMC in the blend that encapsulates the percarbonate granules.

[15] In support of its position, Jempak provided expert evidence from Dr. Heliana Kola, a consultant in the area of detergent formulation and chemistry. Dr. Kola has a Ph.D. in Chemistry, and 20 years of experience in the field of detergents.

[16] GEMAK responded to Jempak's motion with expert evidence from Drs. Patrick Tishmack, Gayle Frankenbach and Colin Nuckolls. Dr. Tishmack has a Ph.D. in Chemistry and Biochemistry, and he oversees all operations at AMRI, an analytical chemistry testing facility. Dr. Frankenbach has a Ph.D. in physical-organic chemistry and worked as a scientist on the research and development of detergents at Procter & Gamble for more than 27 years. Dr. Nuckolls has a Ph.D. in Chemistry and is a Professor at Columbia University, where he has served as Chair of the Department of Chemistry.

[12] La revendication 10 du brevet '428 est libellée de la façon suivante [au paragraphe 14]:

[TRADUCTION] Granulé de percarbonate encapsulé destiné à être utilisé dans les produits détergents pouvant être conservés dans un emballage en film PVA, le granule comprenant du percarbonate et un mélange encapsulant le percarbonate, dans lequel le mélange comprend un sulfate, de la carboxyméthylcellulose et un tensioactif non ionique. [Non souligné dans l'original.]

II. Requête en jugement sommaire déposée par Jempak

[13] Jempak a déposé une requête en jugement sommaire, demandant que l'action en contrefaçon introduite par GEMAK soit rejetée pour absence de contrefaçon. À titre subsidiaire, elle demandait un procès sommaire sur la question de la contrefaçon.

[14] Selon Jempak, lorsque les termes [TRADUCTION] « encapsulant » ou [TRADUCTION] « capsule » et [TRADUCTION] « mélange » sont interprétés correctement, il est incontesté qu'il n'y a pas de contrefaçon des brevets de GEMAK, puisque les produits de Jempak ne contiennent pas de CMC dans le mélange qui encapsule les granulés de percarbonate.

[15] Pour appuyer sa thèse, Jempak a déposé le témoignage d'expert de M^{me} Heliana Kola, une consultante dans le domaine de la formulation de détergents et de la chimie. M^{me} Kola est titulaire d'un doctorat en chimie, et travaille dans le domaine des détergents depuis 20 ans.

[16] GEMAK a répondu à la requête de Jempak en déposant les témoignages d'experts de M. Patrick Tishmack, de M^{me} Gayle Frankenbach et de M. Colin Nuckolls. M. Tishmack est titulaire d'un doctorat en chimie-biochimie, et il supervise toutes les activités d'AMRI, un laboratoire d'essais de chimie analytique. M^{me} Frankenbach est titulaire d'un doctorat en chimie organique physique et travaille à titre de scientifique dans le domaine de la recherche et du développement de détergents chez Procter & Gamble depuis plus de 27 ans. M. Nuckolls est titulaire d'un doctorat en chimie et est professeur à l'Université Columbia, où il a agi à titre de chef du département de chimie.

[17] Dr. Kola and Dr. Frankenbach each provided evidence with respect to the construction of the patent claims at issue in this proceeding, the characteristics of the person of skill in the art (the “POSITA”), and the common general knowledge of the POSITA.

[18] There was no meaningful dispute between the experts as to characteristics of the POSITA. While Dr. Frankenbach did not entirely agree with Dr. Kola’s description of the POSITA, she stated that her opinion would not change if Dr. Kola’s description were adopted. As found by the Federal Court, the POSITA “is a person with at least a B.Sc. in Chemistry and two to three years of practical experience in detergent formulations, or a person with at least eight years of experience with detergent formulations” [at paragraph 96].

[19] The two experts were also in substantial agreement with respect to the common general knowledge of the POSITA. In this regard, Dr. Kola stated that the common general knowledge of the POSITA included background knowledge of surfactants, builders, bleaching agents, enzymes, and fillers—all ingredients used in automatic dishwashing detergents.

[20] Dr. Kola further acknowledged that percarbonate is a common bleaching agent used in dishwashing detergents, and that it was known to be susceptible to decomposition by moisture. She also acknowledged that tetraacetyl ethylene diamine (or “TAED”) is a common activator used in dishwashing detergents, and that it is very sensitive and degrades rapidly when mixed with the solid ingredients of a detergent. Dr. Kola further noted that Jempak’s [***] is sourced with a coating that contains CMC.

[21] Finally, Dr. Kola stated that enzymes are a common component of dishwashing detergents that speed up and enhance the cleaning process, but that they degrade

[17] M^{me} Kola et M^{me} Frankenbach ont chacune fourni un témoignage concernant l’interprétation des revendications des brevets en litige dans la présente instance, les caractéristiques de la personne versée dans l’art, et les connaissances générales courantes de la personne versée dans l’art.

[18] Il n’y avait pas de différend notable entre les experts concernant les caractéristiques de la personne versée dans l’art. Même si M^{me} Frankenbach n’était pas entièrement d’accord avec la description qu’a faite M^{me} Kola de la personne versée dans l’art, elle a affirmé que son opinion ne changerait pas même si l’on devait adopter la description donnée par M^{me} Kola. Comme l’a conclu la Cour fédérale, la personne versée dans l’art « est une personne détenant au moins un B.Sc. en chimie et deux à trois ans d’expérience pratique en formulations de détergents, ou une personne ayant au moins huit ans d’expérience en formulations de détergents » [au paragraphe 96].

[19] Les deux experts étaient également passablement d’accord quant aux connaissances générales courantes de la personne versée dans l’art. À cet égard, M^{me} Kola a affirmé que les connaissances générales courantes de la personne versée dans l’art comprenaient des connaissances préalables sur les tensioactifs, les adjuvants, les agents de blanchiment, les enzymes et les charges — tous des ingrédients utilisés dans les détergents pour lave-vaisselle automatiques.

[20] M^{me} Kola a en outre affirmé que le percarbonate est un agent de blanchiment courant qui est utilisé dans les détergents pour lave-vaisselle, et qui est susceptible de se décomposer lorsqu’il est exposé à l’humidité. Elle a également affirmé que l’acide éthylènediaminetétraacétique (ou EDTA) est un activateur courant utilisé dans les détergents pour lave-vaisselle, et qu’il est très sensible et se dégrade rapidement lorsqu’il est mélangé aux ingrédients solides d’un détergent. M^{me} Kola a en outre souligné que [***] de Jempak est acheté avec un enrobage contenant de la CMC.

[21] Enfin, M^{me} Kola a affirmé que les enzymes constituent un élément courant des détergents pour lave-vaisselle qui accélèrent et améliorent le procédé de nettoyage, mais

over time, especially when they are in contact with detergent ingredients.

[22] In Dr. Kola's opinion, the POSITA would also understand that encapsulating the percarbonate in the manner described by the patents requires an encapsulating process, and could not be achieved by merely dry-mixing the percarbonate and encapsulating ingredients. Encapsulation of an ingredient requires a physical reaction enabled by binders or wetting agents, performed in the presence of the encapsulating blend and the ingredient to be encapsulated only.

[23] Dr. Frankenbach agreed "in general" with Dr. Kola's summary of the common general knowledge of the POSITA. However, she disagreed with Dr. Kola's claim that encapsulating percarbonate in the manner contemplated by the patents required an encapsulating process, and could not be achieved through the dry-mixing of raw ingredients.

[24] Dr. Frankenbach noted that it was generally known that both TAED particles and encapsulated percarbonate granules have a rough, uneven texture that includes pores, which renders them susceptible to moisture (*i.e.*, humidity from the air or added water). This moisture causes the particles to become adhesive, sticking to or leaving residue on material that comes into contact with the particles, and that the agitation of the mixture occurring during the manufacturing process can increase the likelihood of this adhesive behaviour.

[25] Dr. Frankenbach further stated that TAED particles are friable, meaning that they are susceptible to falling apart during processing, exposing CMC to be picked up by other particles such as percarbonate granules.

[26] Insofar as the construction of claim 1 of the '069 patent and claim 10 of the '428 patent was concerned, the only terms appearing in the asserted claims that required construction were "a blend encapsulating

qu'ils se dégradent avec le temps, surtout lorsqu'ils sont en contact avec les ingrédients des détergents.

[22] Selon M^{me} Kola, la personne versée dans l'art comprendrait également que l'encapsulation du percarbonate, de la manière décrite dans les brevets, nécessite un processus d'encapsulation, qu'on ne pourrait réaliser en se contentant de mélanger à sec le percarbonate et l'ingrédient d'encapsulation. L'encapsulation d'un ingrédient nécessite une réaction physique rendue possible par des liants ou des agents mouillants, et se produit en présence du mélange d'encapsulation et de l'ingrédient à encapsuler uniquement.

[23] M^{me} Frankenbach s'est dite d'accord « en général » avec le résumé fait par M^{me} Kola des connaissances générales courantes de la personne versée dans l'art. Toutefois, elle s'est dite en désaccord avec l'affirmation de M^{me} Kola, selon laquelle l'encapsulation du percarbonate, de la manière décrite dans les brevets, nécessite un processus d'encapsulation, qu'on ne pourrait réaliser en se contentant de mélanger à sec des ingrédients bruts.

[24] M^{me} Frankenbach a souligné qu'il était généralement connu que les particules d'EDTA et les granulés de percarbonate encapsulés ont une texture rugueuse, inégale, poreuse, ce qui les rend sensibles à l'humidité (*c.-à-d.* à l'humidité contenue dans l'air ou l'eau ajoutée). Cette humidité fait que les particules deviennent collantes et adhèrent aux matériaux entrant en contact avec ces dernières, ou y laissent des résidus, et l'agitation du mélange se produisant durant le procédé de fabrication peut accroître la probabilité de ce comportement d'adhérence.

[25] M^{me} Frankenbach a en outre affirmé que les particules d'EDTA sont friables, ce qui signifie qu'elles peuvent se désagréger durant le traitement, et que la CMC peut ainsi être transférée sur d'autres particules, comme les granulés de percarbonate.

[26] En ce qui concerne l'interprétation de la revendication 1 du brevet '069 et de la revendication 10 du brevet '428, les seules expressions figurant dans les revendications invoquées qui devaient être interprétées

a percarbonate” and “a blend which encapsulates the percarbonate”.

[27] Drs. Kola and Frankenbach agreed that the POSITA would understand the terms “a blend encapsulating a percarbonate” and “a blend which encapsulates the percarbonate” (terms that have the same meaning and are used interchangeably), to refer to a blend that protects the percarbonate and prevents it from breaking down before it is activated in the dishwasher. The parties further agreed that the relevant claims of the patents related to compositions rather than processes.

[28] Where Drs. Kola and Frankenbach disagreed was with respect to whether the “blend encapsulating a percarbonate” and the “blend which encapsulates the percarbonate” requires that the coating on the percarbonate beads be a “uniform, full coverage barrier around the sodium percarbonate” [at paragraph 117]. To the extent that Dr. Frankenbach understood Dr. Kola to be saying this, Dr. Frankenbach disagreed with that opinion.

[29] Dr. Kola stated that the CMC in the blend encapsulating the percarbonate was essential to the working of the inventions in the patents, and was an essential element of the asserted claims. While Dr. Frankenbach did not expressly agree with this proposition, she was prepared to accept it for the purposes of the motion.

[30] In addition, Dr. Kola opined that “encapsulation ... ensures the stability of the percarbonate and that it does not decompose prematurely before use”, and that “encapsulation compounds are usually highly water-soluble, so that the active ingredient can be rapidly activated when it comes into contact with water during automatic dishwashing”. Dr. Kola further stated “the CMC that is present in the blend encapsulating the percarbonate acts as a selective barrier to detergent moisture and prevents water from making contact with the percarbonate”.

étaient [TRADUCTION] « un mélange encapsulant un percarbonate » et [TRADUCTION] « un mélange qui encapsule le percarbonate ».

[27] M^{me} Kola et M^{me} Frankenbach ont convenu que la personne versée dans l’art comprendrait que les expressions « un mélange encapsulant un percarbonate » et « un mélange qui encapsule le percarbonate » (expressions qui ont la même signification et sont utilisées de manière interchangeable) font référence à un mélange qui protège le percarbonate et l’empêche de se décomposer avant qu’il ne soit activé dans le lave-vaisselle. Les parties ont en outre convenu que les revendications pertinentes des brevets concernaient les préparations plutôt que les procédés.

[28] Toutefois, M^{me} Kola et M^{me} Frankenbach n’étaient pas d’accord sur la question de savoir si le « mélange encapsulant un percarbonate » et le « mélange qui encapsule le percarbonate » exigeaient que l’enrobage des perles de percarbonate constitue « une barrière uniforme et complète autour du percarbonate de sodium » [au paragraphe 117]. M^{me} Frankenbach n’était pas d’accord avec cette idée, dans la mesure où c’était bien là ce qu’affirmait M^{me} Kola.

[29] M^{me} Kola a affirmé que la CMC dans le mélange encapsulant le percarbonate était essentielle au bon fonctionnement des inventions des brevets, et constituait un élément essentiel des revendications invoquées. Même si M^{me} Frankenbach n’était pas explicitement d’accord avec cette proposition, elle s’est dite prête à l’accepter pour les fins de la requête.

[30] De plus, M^{me} Kola a affirmé que [TRADUCTION] « l’encapsulation [...] assure la stabilité du percarbonate et l’empêche de se décomposer prématurément avant son utilisation », et que [TRADUCTION] « les mélanges d’encapsulation sont habituellement très solubles dans l’eau, de telle sorte que l’ingrédient actif puisse être rapidement activé au contact de l’eau durant le lavage automatique de la vaisselle ». M^{me} Kola a de plus indiqué que [TRADUCTION] « la CMC qui est présente dans le mélange encapsulant le percarbonate agit comme une barrière sélective le protégeant de l’humidité du détergent et empêchant l’eau d’entrer en contact avec le percarbonate ».

[31] According to Dr. Frankenbach, the word “blend” refers to a “mixture”, and, as noted earlier, she stated that the encapsulating mixture need not be a “uniform, full-coverage barrier around the sodium percarbonate”.

[32] Dr. Frankenbach also stated that the language of the claims “does not require any particular amounts or functions of the required blend components”, including the CMC. In Dr. Frankenbach’s opinion, an “encapsulated” granule is “one where non-percarbonate surrounds and protects the percarbonate”. Dr. Frankenbach further stated that, in her view, “a blend encapsulating the percarbonate” could include material transferred to the encapsulating blend after the percarbonate is added to the detergent composition.

[33] In cross-examination, Dr. Frankenbach rejected counsel for the respondents’ suggestion that the POSITA would understand that the components of the blend encapsulating the percarbonate granules had to be incorporated into the blend by a particular process at a particular time. Dr. Frankenbach asserted that the patents do not require that the components of the encapsulating blend be incorporated before the percarbonate granules are added to the detergent composition.

[34] The two experts also disagreed with respect to the question of infringement, specifically as to whether the sodium percarbonate granules in Jempak’s detergent products are encapsulated in an encapsulating blend that includes CMC.

[35] Dr. Kola stated that even if the coating on the [***] was to become degraded during the manufacturing process or after the detergent product was packaged, any CMC that was present in these coatings would not be incorporated into the pre-existing coating on the percarbonate granules. Instead, the ingredients from the degraded coating would remain in the bulk detergent in powder form.

[31] Selon M^{me} Frankenbach, le mélange encapsulant n’a pas besoin de constituer « une barrière uniforme et complète autour du percarbonate de sodium », comme on l’a souligné un peu plus tôt.

[32] M^{me} Frankenbach a également affirmé que le libellé des revendications [TRADUCTION] « n’exige pas de quantités ou de fonctions particulières des composants requis dans le mélange », y compris la CMC. De l’avis de M^{me} Frankenbach, un granulé « encapsulé » est [TRADUCTION] « un granulé où les ingrédients autres que le percarbonate entourent et protègent le percarbonate ». M^{me} Frankenbach a en outre affirmé qu’à son avis, [TRADUCTION] « un mélange encapsulant le percarbonate » pourrait inclure du matériel transféré au mélange encapsulant après l’ajout du percarbonate à la préparation détergente.

[33] En contre-interrogatoire, M^{me} Frankenbach a rejeté l’idée avancée par l’avocat des intimées, selon laquelle la personne versée dans l’art comprendrait que les composants du mélange encapsulant les granulés de percarbonate devaient être incorporés au mélange grâce à un procédé particulier à un moment donné. M^{me} Frankenbach a affirmé que les brevets n’exigent pas que les composants du mélange encapsulant soient incorporés au mélange avant que les granulés de percarbonate ne soient ajoutés à la préparation détergente.

[34] Les deux expertes étaient également en désaccord quant à la question de la contrefaçon, plus précisément quant à la question de savoir si les granulés de percarbonate de sodium dans les produits détergents de Jempak sont encapsulés dans un mélange encapsulant contenant de la CMC.

[35] M^{me} Kola a affirmé que, même si l’enrobage sur le [***] devait se dégrader durant le procédé de fabrication ou une fois le produit détergent emballé, la CMC présente dans ces enrobages ne serait pas incorporée à l’enrobage préexistant entourant les granulés de percarbonate. Les ingrédients provenant de la dégradation de l’enrobage demeureraient plutôt dans le détergent en vrac sous la forme d’une poudre.

[36] Dr. Frankenbach disagreed with Dr. Kola's conclusion, asserting that Dr. Kola failed to account for several steps in the manufacturing process that would introduce [***] into Jempak's products and cause the coatings on the percarbonate and the [***] to become adhesive. Dr. Frankenbach also stated that Dr. Kola additionally failed to consider the friability of the [***].

[37] According to Dr. Frankenbach, the CMC from the [***] contained in Jempak's products or from some other source transfers to the percarbonate beads during the manufacturing process, becoming part of the blend that encapsulates the percarbonate. As a consequence, it was Dr. Frankenbach's opinion that Jempak's detergent products contain an encapsulating blend that contains CMC.

[38] Dr. Kola was asked to develop a test methodology, and to direct tests based on that methodology, to determine whether Jempak's percarbonate sourced materials and its detergent formulations include a "blend which encapsulates the percarbonate" that comprises CMC as claimed in the '428 and '069 patents.

[39] Dr. Kola provided evidence with respect to the anthrone testing she had carried out to determine whether there was CMC in the blend that encapsulates the percarbonate beads in Jempak's detergent compositions or in its sourced materials. Dr. Kola stated that these tests demonstrated that the percarbonate raw material supplied to Jempak by third parties does not have any detectable CMC in its coating. An officer of Jempak's percarbonate supplier confirmed that the encapsulated percarbonate sold to Jempak does not have CMC in its formula, including in its protective coating.

[40] While acknowledging that Jempak's marketed detergent compositions do in fact contain CMC, Dr. Kola stated that the CMC in Jempak's detergent compositions comes from the coating on the [***] and from [***], rather than from the coating on the percarbonate. As noted earlier, TAED is a bleaching agent that is activated by moisture.

[36] M^{me} Frankenbach n'était pas d'accord avec la conclusion de M^{me} Kola, affirmant que M^{me} Kola avait omis de tenir compte de plusieurs étapes dans le procédé de fabrication qui introduiraient le [***] dans les produits de Jempak et rendraient l'enrobage autour du percarbonate et du [***] plus adhérents. M^{me} Frankenbach a également affirmé que M^{me} Kola avait en outre omis de tenir compte du caractère friable de [***].

[37] Selon M^{me} Frankenbach, la CMC provenant de [***] contenu dans les produits de Jempak ou provenant d'autres sources est transférée aux perles de percarbonate durant le procédé de fabrication, et devient partie intégrante du mélange qui encapsule le percarbonate. En conséquence, M^{me} Frankenbach était d'avis que les produits détergents de Jempak contiennent un mélange encapsulant contenant de la CMC.

[38] M^{me} Kola a été chargée de mettre au point une méthode d'analyse et de diriger des analyses basées sur cette méthode afin de déterminer si le percarbonate acheté par Jempak et ses formulations de détergent comprennent un [TRADUCTION] « mélange qui encapsule le percarbonate » contenant de la CMC, comme revendiqué dans les brevets '428 et '069.

[39] M^{me} Kola a fourni des éléments de preuve concernant les analyses à l'anthrone qu'elle a menées pour déterminer s'il y avait de la CMC dans le mélange qui encapsule les perles de percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak ou dans les matières premières qu'elle achète. M^{me} Kola a affirmé que ces analyses démontraient que les matières premières de percarbonate fournies à Jempak par des tiers ne contenaient pas de CMC détectable dans leur enrobage. Un agent du fournisseur de percarbonate de Jempak a confirmé que le percarbonate encapsulé vendu à Jempak ne contenait pas de CMC dans sa formule, ni dans son enrobage protecteur.

[40] Tout en reconnaissant que les préparations détergentes commercialisées par Jempak contenaient bien de la CMC, M^{me} Kola a affirmé que la CMC dans les préparations détergentes de Jempak provient de l'enrobage de [***] et de [***], et non de l'enrobage entourant le percarbonate. Comme je l'ai souligné plus tôt, l'EDTA est un agent de blanchiment qui est activé par l'humidité.

[41] Dr. Frankenbach reviewed the information provided by Jempak regarding the composition of its percarbonate granules (and detergent compositions) and noted that Jempak's percarbonate consists of [***]. Dr. Frankenbach further noted that Jempak's [***] contains [***] CMC, with the [***] being an agglomeration wherein the CMC acts as a binding agent, and that Jempak's detergent compositions contain [***], which often contain CMC.

[42] Based on her review of the manner in which Jempak manufactures and stores its detergent compositions, and because of the significant exposure of the compositions to [***], Dr. Frankenbach concluded that the CMC in the [***] and/or the [***] transfers and adheres to the encapsulated sodium percarbonate granules in Jempak's detergent compositions.

[43] Dr. Frankenbach directed that a transfer experiment be conducted, which showed that exposing [***] and sodium percarbonate to humidity and mixing the particles together caused a visible transfer of [***] to the sodium percarbonate. Consequently, Dr. Frankenbach had no difficulty in concluding that CMC is transferred from the [***] (or other CMC-containing compounds) to the sodium percarbonate in Jempak's detergent products, thus becoming part of the blend that encapsulates the sodium percarbonate granules, thereby infringing GEMAK's patents.

[44] Dr. Tishmack provided evidence that the testing methods used by Dr. Kola were out-of-date, and that they had largely been replaced by more specific and sensitive techniques that could detect lower levels of CMC in a mixture. Indeed, Dr. Kola acknowledged in cross-examination that there are tests now available that are more sensitive than the tests that she used to detect whether there was CMC in the blend that encapsulates the percarbonate in Jempak's detergent compositions.

[45] Dr. Tishmack also noted that some compounds (such as [***]) that were known to be present in significant

[41] M^{me} Frankenbach a examiné les renseignements fournis par Jempak concernant la composition de ses granulés de percarbonate (et de ses préparations détergentes) et a souligné que le percarbonate utilisé par Jempak est constitué de [***]. M^{me} Frankenbach a en outre souligné que le [***] de Jempak contient de la [***] CMC, le [***] étant un aggloméré dans lequel la CMC agit comme un agent agglutinant, et que les préparations détergentes de Jempak contiennent du [***], qui contient souvent de la CMC.

[42] D'après son examen de la manière avec laquelle Jempak fabrique et emmagasine ses préparations détergentes, et en raison de l'exposition importante des préparations à [***], M^{me} Frankenbach a conclu que la CMC dans le [***] ou le [***] est transférée aux granulés de percarbonate de sodium encapsulés présents dans les préparations détergentes de Jempak et y adhère.

[43] M^{me} Frankenbach a demandé qu'une expérience de transfert soit menée, laquelle a montré que l'exposition du [***] et du percarbonate de sodium à l'humidité et le mélange des particules entraînaient un transfert visible de [***] au percarbonate de sodium. Ainsi, il n'était pas difficile à M^{me} Frankenbach de conclure que la CMC est transférée du [***] (ou des autres composants contenant de la CMC) au percarbonate de sodium dans les produits détergents de Jempak, et devient ainsi partie intégrante du mélange qui encapsule les granulés de percarbonate de sodium, contrefaisant ainsi les brevets de GEMAK.

[44] M. Tishmack a fourni des éléments de preuve indiquant que les méthodes d'essai utilisées par M^{me} Kola étaient désuètes, et qu'elles ont été largement remplacées par des techniques plus précises et plus sensibles capables de détecter de plus faibles niveaux de CMC dans un mélange. En fait, M^{me} Kola a reconnu en contre-interrogatoire qu'il existe maintenant des méthodes d'essai qui sont plus sensibles que les méthodes auxquelles elle a eu recours pour détecter la présence de CMC dans le mélange qui encapsule le percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak.

[45] M. Tishmack a aussi souligné que certains composés (comme le [***]) connus pour être présents en

quantities in Jempak's detergent products should have displayed a reaction in Dr. Kola's anthrone testing, but had failed to do so. According to Dr. Tishmack, this demonstrated the lack of sensitivity of the tests employed by Dr. Kola, and rendered baseless her conclusions regarding the absence of CMC in Jempak's detergent compositions.

[46] GEMAK asked Dr. Nuckolls to develop a method to identify the percarbonate beads contained in Jempak's dishwasher detergent products, and to analyze them to determine whether CMC surrounded the percarbonate core. Dr. Nuckolls used modern analytical chemistry techniques such as Raman spectroscopy and liquid chromatography-mass spectroscopy to test Jempak's detergent compositions. Based on this testing, Dr. Nuckolls concluded that Jempak's monodose dishwasher detergent products "contain sodium percarbonate beads which have [CMC] surrounding the percarbonate core" [at paragraph 130].

III. The Federal Court's Decision

[47] The Federal Court identified the issues for determination on the motion for summary judgment as being first, what meaning is to be ascribed to the terms "a blend which encapsulates the percarbonate" and "a blend encapsulating the percarbonate", and second, whether there was a genuine issue for trial as to whether a blend containing CMC encapsulates the percarbonate granules employed in Jempak's detergent products.

[48] The Federal Court acknowledged that it has generally been reluctant to grant summary judgment in patent infringement actions, largely because such proceedings depend on the assessment of expert evidence and the credibility of the expert witnesses. It found, however, that there was no substantial conflict in the opinion evidence in this case. According to the Federal Court, Dr. Kola was the only witness to provide an informed and purposive construction of the claim at issue from the perspective of a skilled person, and her evidence with respect to the common general knowledge was uncontested.

quantités importantes dans les produits détergents de Jempak auraient dû entrer en réaction dans les analyses à l'anthrone de M^{me} Kola, mais ne l'ont pas fait. Selon M. Tishmack, cela démontrait le manque de sensibilité des méthodes d'essai employées par M^{me} Kola, et que ses conclusions concernant l'absence de CMC dans les préparations détergentes de Jempak étaient sans fondement.

[46] GEMAK a demandé à M. Nuckolls de mettre au point une méthode pour identifier les perles de percarbonate présentes dans les produits détergents pour lave-vaisselle de Jempak, et de les analyser afin de déterminer si la CMC entourait le noyau de percarbonate. M. Nuckolls a utilisé des techniques de chimie analytique modernes, comme la spectroscopie Raman et la chromatographie en phase liquide couplée à la spectrométrie de masse, pour tester les préparations détergentes de Jempak. D'après cet essai, M. Nuckolls a conclu que les produits détergents monodose pour lave-vaisselle de Jempak [TRADUCTION] « contiennent des perles de percarbonate de sodium dont le noyau de percarbonate est entouré de [CMC] » [au paragraphe 130].

III. La décision de la Cour fédérale

[47] La Cour fédérale a déterminé que les questions soulevées dans le cadre de la requête en jugement sommaire étaient les suivantes : premièrement, quel sens doit-on donner aux expressions « mélange qui encapsule le percarbonate » et « mélange encapsulant le percarbonate »?; deuxièmement, la question de savoir si un mélange contenant de la CMC encapsule les granules de percarbonate utilisés dans les produits détergents de Jempak est-elle une véritable question litigieuse?

[48] La Cour fédérale a reconnu avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet, en grande partie parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts. Toutefois, elle a conclu qu'en l'espèce, il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion. Selon la Cour fédérale, M^{me} Kola a été le seul témoin à fournir une interprétation éclairée et téléologique de la revendication en question, du point de vue d'une personne versée dans l'art, et son témoignage sur les connaissances générales courantes n'a pas été contesté.

[49] The Federal Court found that the POSITA would understand from the claims that the presence of CMC in the encapsulating blend is an essential element of the asserted independent claims. It further found that the patents teach the POSITA to encapsulate the percarbonate *before* adding it to the detergent composition. Although concluding that the timing of the encapsulation of the percarbonate by a blend of ingredients was key, the Federal Court found that none of GEMAK's experts construed the term "encapsulate" or considered the patents in preparing their responding affidavits. According to the Federal Court, GEMAK "chose instead to hide behind arguments about Jempak not meeting its burden" [at paragraph 5].

[50] The Federal Court chose not to address GEMAK's argument that Jempak's proposed construction of the relevant claims required the inclusion of process and time limitations into what are product claims, something GEMAK says it was required to consider: *Apotex Inc. v. AstraZeneca Canada Inc.*, 2017 FCA 9, at paragraph 44.

[51] GEMAK had proposed that the terms at issue be construed as "a mixture of substances that coats and protects the percarbonate and prevents it from breaking down before it is activated in the washer" [at paragraph 120], a construction that would cover the incorporation of CMC into a pre-existing percarbonate coating. In other words, GEMAK submitted that the claims cover a percarbonate granule without any CMC in the protective coating that is subsequently mixed into a detergent formulation with CMC present as a component of other ingredients, where the CMC then combines with, adheres to or surrounds the percarbonate granule.

[52] The Federal Court rejected GEMAK's proposed construction, finding that the language of the claims and the disclosure of the '428 patent suggest that encapsulation of the percarbonate occurs *prior to* the addition of the encapsulated percarbonate to the bulk detergent mixture. The encapsulating blend, is, therefore, a single mixture, rather than ingredients added to protect

[49] La Cour fédérale a conclu que la personne versée dans l'art comprendrait, à partir des revendications, que la présence de CMC dans le mélange encapsulant est un élément essentiel des revendications indépendantes invoquées. Elle a de plus conclu que les brevets apprennent à la personne versée dans l'art à encapsuler le percarbonate avant son ajout à la préparation détergente. Bien qu'elle ait conclu que le moment de l'encapsulation du percarbonate par un mélange d'ingrédients soit une question clé, la Cour fédérale a affirmé qu'aucun des experts de GEMAK n'avait interprété le terme « encapsuler » ou même pris en compte les brevets dans la préparation de leurs affidavits en réponse. Selon la Cour fédérale, GEMAK « a plutôt choisi de se réfugier derrière des arguments selon lesquels Jempak ne s'est pas acquittée de son fardeau » [au paragraphe 5].

[50] La Cour fédérale a choisi de ne pas étudier l'argument de GEMAK selon lequel l'interprétation proposée par Jempak des revendications pertinentes exigeait l'inclusion de limites quant au procédé et au temps dans les revendications relatives au produit, argument dont elle avait l'obligation de tenir compte selon GEMAK : *Apotex Inc. c. AstraZeneca Canada Inc.*, 2017 CAF 9, au paragraphe 44.

[51] GEMAK avait proposé l'interprétation suivante concernant les termes en question : [TRADUCTION] « [u]n mélange de substances qui enrobe et protège le percarbonate et l'empêche de se décomposer avant qu'il ne soit activé dans le lave-vaisselle » [au paragraphe 120]; cette interprétation couvrirait l'incorporation de la CMC dans un enrobage de percarbonate préexistant. Autrement dit, GEMAK soutenait que les revendications portent sur un granulé de percarbonate sans CMC dans l'enrobage protecteur qui est ensuite mélangé dans une formulation détergente avec la CMC présente comme composant d'autres ingrédients, où la CMC se combine alors avec le granulé de percarbonate, y adhère ou l'entoure.

[52] La Cour fédérale a rejeté l'interprétation proposée par GEMAK, tirant la conclusion que le libellé des revendications et la divulgation du brevet '428 portent à croire que l'encapsulation du percarbonate se produit avant l'ajout du percarbonate encapsulé au mélange de détergent en vrac. Le mélange encapsulant est donc un mélange unique, plutôt que des ingrédients ajoutés pour

or coat the percarbonate at various stages in the detergent formulation process.

[53] According to the Federal Court, the POSITA would understand that encapsulating the percarbonate in the manner contemplated by the patents requires thorough blending or mixing of the encapsulating ingredients in an encapsulating process. The POSITA would also understand that encapsulation cannot be achieved through dry-mixing raw ingredients, and requires a physical reaction enabled by binders or wetting agents that is performed only in the presence of the encapsulating blend and the granule to be encapsulated. In other words, encapsulation refers to a protective coating (a blend) that is applied to the percarbonate during its manufacture to maintain the stability of the percarbonate and to prevent it from decomposing prematurely before use.

[54] In coming to this conclusion, the Federal Court rejected the evidence of Dr. Frankenbach in its entirety.

[55] The Federal Court stated that Dr. Frankenbach had acknowledged in cross-examination that she did not take into account the common general knowledge when considering the claim language and only looked at the patents, raising a question as how she would have acquired the knowledge to opine on how the POSITA would understand the claims. It also undermined her opinion that the sodium percarbonate granules in Jempak's detergent products contain an encapsulating blend that includes CMC.

[56] More fundamentally, the Federal Court found that "Dr. Frankenbach misapprehended her role as an independent witness [and that] [s]he conducted herself like an advocate instead of a neutral objective expert attempting to assist the Court" [at paragraph 110]. The Federal Court thus concluded "Dr. Frankenbach failed to provide fair, objective and non-partisan opinions, which ended up tainting her entire evidence" [at paragraph 110]. As a result, the Federal Court ascribed little or no weight to

protéger ou enrober le percarbonate à différents stades de la formulation du détergent.

[53] Selon la Cour fédérale, la personne versée dans l'art comprendrait que l'encapsulation du percarbonate, de la manière envisagée par les brevets, nécessite une combinaison ou un mélange minutieux des ingrédients d'encapsulation dans un procédé d'encapsulation. La personne versée dans l'art comprendrait également que l'encapsulation ne peut pas être réalisée par un mélange à sec des ingrédients bruts et nécessite une réaction physique rendue possible par des liants ou des agents mouillants et qui n'est réalisée qu'en présence du mélange d'encapsulation et du granulé à encapsuler. En d'autres mots, l'encapsulation fait référence à un enrobage protecteur (un mélange) qui est appliqué sur le percarbonate pendant sa fabrication pour maintenir la stabilité du percarbonate et l'empêcher de se décomposer prématurément avant son utilisation.

[54] Pour en arriver à cette conclusion, la Cour fédérale a rejeté le témoignage de M^{me} Frankenbach dans sa totalité.

[55] La Cour fédérale a affirmé que M^{me} Frankenbach avait admis en contre-interrogatoire qu'elle n'avait pas tenu compte des connaissances générales courantes quand elle a examiné le libellé des revendications et qu'elle s'était seulement penchée sur les brevets, ce qui soulevait la question de savoir comment elle aurait acquis les connaissances nécessaires pour se prononcer sur la manière dont la personne versée dans l'art comprendrait les revendications. Cela a également miné son opinion selon laquelle les granulés de percarbonate de sodium dans les produits détergents de Jempak contiennent un mélange encapsulant qui comprend de la CMC.

[56] Plus précisément, la Cour fédérale a conclu que « M^{me} Frankenbach a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant [et qu'] [e]lle s'est conduite comme une défenseure plutôt que comme une experte neutre et objective tentant d'aider la Cour » [au paragraphe 110]. La Cour fédérale a donc conclu que « M^{me} Frankenbach n'a pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l'ensemble de son témoignage » [au paragraphe 110]. En conséquence, la Cour fédérale

her testimony, leaving the Court with only the evidence of Dr. Kola.

[57] Insofar as the issue of infringement was concerned, the Federal Court found that Dr. Tishmack's critiques of Dr. Kola's methodologies were unfounded, and were based on his "exacting experience" as an analytical chemist working for clients in the pharmaceutical industry. The Federal Court further found that he had no experience with detergent formulations, and that he did not "provide an opinion from the perspective of the skilled person of the Patents" [at paragraph 129].

[58] With respect to Dr. Nuckolls' evidence that Jempak's monodose dishwasher detergent products "contain sodium percarbonate beads which have [CMC] surrounding the percarbonate core" [at paragraph 130], the Federal Court noted that he had conceded in cross-examination that his testing analysis involved dissolving Jempak's percarbonate beads. Once this was done, it could not be determined where any CMC detected in the solution had been positioned on the sample. His evidence thus established only that CMC was present on or around Jempak's percarbonate granules, and did not establish the presence of CMC in the encapsulating blend.

[59] The Federal Court concluded that Jempak had met its burden of establishing, on a balance of probabilities, that its products do not infringe the asserted claims of the patents, and that GEMAK had not demonstrated that there was a genuine issue for trial with respect to the question of infringement. Consequently, Jempak's motion for summary judgment was granted, and GEMAK's action was dismissed, with costs.

[60] Before considering the submissions of the parties as to whether the Federal Court erred in granting summary judgment in this matter, I will first address the principles governing motions for summary judgment in the Federal Courts.

n'a accordé que peu de poids, voire aucun poids, à son témoignage, ne laissant à la Cour que le témoignage de M^{me} Kola.

[57] En ce qui concerne la question de la contrefaçon, la Cour fédérale a conclu que les critiques exprimées par M. Tishmack à propos de la méthode de M^{me} Kola étaient sans fondement, et étaient basées sur son « expérience rigoureuse » en tant que chimiste analytique pour des clients de l'industrie pharmaceutique. La Cour fédérale a de plus conclu qu'il n'avait aucune expérience en formulations de détergents et n'avait pas « donné d'avis du point de vue de la personne versée dans l'art des brevets » [au paragraphe 129].

[58] En ce qui concerne le témoignage de M. Nuckolls, selon lequel les produits détergents monodose pour lave-vaisselle de Jempak [TRADUCTION] « contiennent des perles de percarbonate de sodium dont le noyau de percarbonate est entouré de [CMC] » [au paragraphe 130], la Cour fédérale a souligné qu'il avait concédé, lors du contre-interrogatoire, que son analyse d'essai consistait à dissoudre les perles de percarbonate de Jempak. Une fois les échantillons dissous, il n'y avait aucune façon de conclure à quel endroit la CMC détectée se trouvait sur l'échantillon. Son témoignage établissait simplement que la CMC était présente sur ou autour des granules de percarbonate de Jempak, et n'établissait pas la présence de CMC dans le mélange d'encapsulation.

[59] La Cour fédérale a conclu que Jempak s'était acquittée du fardeau qui lui incombait d'établir que, selon la prépondérance des probabilités, ses produits ne contrefaisaient pas les revendications invoquées dans les brevets et que GEMAK n'avait donc pas démontré qu'il existait une véritable question litigieuse portant sur la contrefaçon. Par conséquent, la Cour a accueilli la requête en jugement sommaire de Jempak, et a rejeté l'action intentée par GEMAK, avec dépens.

[60] Avant d'examiner les observations des parties sur la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en accordant un jugement sommaire dans cette affaire, je traiterai d'abord des principes régissant les requêtes en jugement sommaire devant la Cour fédérale.

IV. Principles Governing Motions for Summary Judgment

[61] I understand both parties to agree with the summary of the principles governing motions for summary judgment in the Federal Courts that I provided in *Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.*, 2018 FC 1112, at paragraphs 24–40, (cited with approval by this Court in *ViiV Healthcare Company v. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 FCA 122, [2021] 4 F.C.R. 289 (*ViiV Healthcare*), at paragraph 39).

[62] As I noted in *Milano*, the purpose of summary judgment is to allow the Court to summarily dispense with actions that ought not to proceed to trial because they do not raise a genuine issue to be tried. This allows for the conservation of scarce judicial resources and improves access to justice: see also *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799, at paragraph 23.

[63] While summary judgment rules must be interpreted broadly, the process followed must permit the Court to find the facts necessary to resolve the dispute and to apply the relevant legal principles to the facts as found: *Milano*, above, at paragraph 29, citing *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at paragraphs 5 and 28.

[64] The Supreme Court has stated that there will be no genuine issue for trial if there is no legal basis to the claim, or if the judge has the evidence required to fairly and justly adjudicate the dispute: *Milano*, above, at paragraph 31; *Hryniak*, above, at paragraph 66; *Manitoba v. Canada*, 2015 FCA 57 [*Manitoba*], at paragraph 15.

[65] The *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, contemplate that where there is a genuine issue of fact or law for trial, judges may conduct a summary trial in accordance with the provisions of rule 216. In such cases, judges

IV. Principes régissant les requêtes en jugement sommaire

[61] Je comprends que les deux parties sont d'accord avec le résumé des principes régissant les requêtes en jugement sommaire devant la Cour fédérale que j'ai donné dans la décision *Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.*, 2018 CF 1112, aux paragraphes 24 à 40 (citée avec approbation par notre Cour dans l'arrêt *ViiV Healthcare Company c. Gilead Sciences Canada, Inc.*, 2021 CAF 122, [2021] 4 R.C.F. 289 (arrêt *ViiV Healthcare*), au paragraphe 39).

[62] Comme je l'ai souligné dans la décision *Milano*, le jugement sommaire a pour objet de permettre à la Cour de statuer sommairement sur des actions qui ne devraient pas se rendre à procès, parce qu'elles ne soulèvent pas de véritable question litigieuse qui devrait donner lieu à un procès. Cela permet d'épargner ainsi les ressources judiciaires limitées et d'améliorer l'accès à la justice : voir également l'arrêt *CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799, au paragraphe 23.

[63] Même si les règles régissant les jugements sommaires doivent recevoir une interprétation large, la procédure employée doit permettre à la Cour de dégager les faits nécessaires au règlement du litige et d'appliquer les principes juridiques pertinents aux faits établis : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 29, renvoyant à l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, aux paragraphes 5 et 28.

[64] La Cour suprême a affirmé qu'il n'existe aucune véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès lorsque la demande n'a pas de fondement juridique ou lorsque le juge dispose de la preuve nécessaire pour trancher justement et équitablement le litige : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 31; arrêt *Hryniak*, précité, au paragraphe 66; *Manitoba c. Canada*, 2015 CAF 57 [*Manitoba*], au paragraphe 15.

[65] Les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoient que, lorsqu'il existe une véritable question de fait ou de droit litigieuse nécessitant un procès, les juges peuvent tenir un procès sommaire conformément

have greater powers to decide disputed questions of fact: *Milano*, above, at paragraph 32; *ViiV Healthcare*, above, at paragraph 34; *Manitoba*, above, at paragraph 16. However, although Jempak's Notice of Motion indicates that a summary trial was proposed by Jempak in the alternative to its motion for summary judgment, it appears that this request was not pursued and the motion was argued based on a paper record.

[66] The test on a motion for summary judgment is not whether a party cannot possibly succeed at trial; the question is, rather, whether the case is so doubtful that it does not deserve consideration by the Court at a future trial. As a result, the availability of summary judgment is not restricted to the clearest of cases: *Milano*, above, at paragraph 33.

[67] While the onus is on the party seeking summary judgment to establish that there is no genuine issue for trial, parties responding to such motions are also required to "put their best foot forward" in their response: *Milano*, above, at paragraph 34; *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. v. S.F. Concrete Technology, Inc.* (1999), 165 F.T.R. 74, 1 C.P.R. (4th) 88 (F.C.T.D.), at paragraphs 12 and 27. This has been described as necessitating that a responding party "lead trump or risk losing": *Milano*, above, at paragraph 35, citing *Kirkbi Ag v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 150 F.T.R. 205, 81 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.), at paragraph 18.

[68] The jurisprudence is clear that issues of credibility ought not to be decided on motions for summary judgment. Generally, a judge who hears and observes witnesses giving evidence orally in chief and under cross-examination will be better positioned to assess witnesses' credibility and to draw the necessary inferences than a judge who must depend solely on affidavits and documentary evidence: *Milano*, above, at paragraph 37; *TPG Technology Consulting Ltd v. Canada*, 2013 FCA 183, [2014] 1 F.C.R. D-8, at paragraph 3.

aux dispositions de la règle 216. Dans ces cas, les juges disposent de pouvoirs accrus pour trancher des questions de fait litigieuses : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 32; arrêt *ViiV Healthcare*, précité, au paragraphe 34; arrêt *Manitoba*, précité, au paragraphe 16. Toutefois, même si l'avis de requête de Jempak indique que cette dernière a proposé la tenue d'un procès sommaire en lieu et place de sa requête en jugement sommaire, il semble que cette proposition n'a pas été retenue et que la requête a été débattue en fonction du dossier écrit.

[66] La question à se poser lors d'une requête en jugement sommaire n'est pas de savoir si une partie n'a aucune chance d'obtenir gain de cause au procès, mais plutôt si le succès de la demande est tellement douteux que celle-ci ne mérite pas d'être examinée par la Cour dans le cadre d'un éventuel procès. Ainsi, les jugements sommaires ne sont pas réservés aux affaires particulièrement claires : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 33.

[67] Même s'il incombe à la partie requérante de démontrer qu'il n'existe pas de véritable question litigieuse, les parties qui répondent à des requêtes en jugement sommaire sont également tenues de « présenter leurs meilleurs arguments » dans leur réponse : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 34; *F. Von Langsdorff Licensing Ltd. c. S.F. Concrete Technology, Inc.*, 1999 CanLII 7912 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 12 et 27. Selon certains, il en découle qu'une partie intimée est contrainte de « jouer atout ou risquer de perdre » : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 35, renvoyant à la décision *Kirkbi Ag c. Ritvik Holdings Inc.*, 1998 CanLII 8100 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 18.

[68] Il est de jurisprudence constante que le tribunal saisi d'une requête en jugement sommaire ne doit pas se prononcer sur les questions de crédibilité. En règle générale, le juge qui entend et observe le témoignage principal et le contre-interrogatoire des témoins est mieux à même d'apprécier leur crédibilité et de tirer des inférences que le juge qui doit uniquement se fonder sur des affidavits et des éléments de preuve documentaires : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 37; *TPG Technology Consulting Ltd c. Canada*, 2013 CAF 183, [2014] 1 R.C.F. F-11, au paragraphe 3.

[69] As GEMAK points out, the difficulty in assessing the credibility of expert witnesses in complex patent cases on the basis of voluminous paper records was long recognized as a shortcoming of the procedure under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended (the NOC Regulations), and as a regular source of judicial frustration: *Sanofi-Aventis Canada v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, at paragraph 66; *Lundbeck Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 146, at paragraph 11; *Teva Canada Innovation v. Apotex Inc.*, 2014 FC 1070, at paragraph 109; *Apotex Inc. v. Shire LLC*, 2017 FC 139, at paragraph 39; *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2015 FC 1261 (*Amgen*), at paragraph 15; *Novartis Pharmaceuticals Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2013 FC 142, at paragraph 33; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2002 FCT 931, 223 F.T.R. 43 (*AB Hassle*), at paragraphs 34 and 51(5); *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2001 FCT 530, at paragraphs 68–69, 204 F.T.R. 248 (T.D.).

[70] Indeed, the lack of *viva voce* testimony provided for in the NOC Regulations was one of the inadequacies in the old regime that led to the 2017 changes to the Regulations: *Pfizer Canada Inc. v. Amgen Inc.*, 2019 FCA 249, [2019] 3 F.C.R. D-13, at paragraph 23; Regulatory Impact Analysis Statement, *Canada Gazette*, Part I, Vol. 151, No. 28 on July 15, 2017 [at page 3316]. The revised NOC Regulations replaced summary prohibition applications conducted on paper records with full actions allowing for *viva voce* testimony to determine, with finality, substantive issues of patent infringement and invalidity.

[71] Cases should therefore go to trial where there are serious issues with respect to the credibility of witnesses: *Milano*, above at paragraph 38; *Newman v. Canada*, 2016 FCA 213, [2017] 2 F.C.R. D-3, at paragraph 57; *Suntec Environmental Inc. v. Trojan Technologies Inc.*, 2004 FCA 140, [2005] 1 F.C.R. D-46, at paragraphs 20 and 28–29; *MacNeil v. Canada*, 2004 FCA 50, [2004] 3 F.C.R. 3, at paragraphs 32 and 38.

[69] Comme l’a souligné GEMAK, la difficulté à évaluer la crédibilité de témoins experts lors d’affaires complexes touchant les brevets en se fondant sur une preuve écrite volumineuse a été longtemps reconnue comme une lacune de la procédure prévue aux termes du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, dans sa version modifiée (le Règlement AC), et comme une source régulière de frustration judiciaire : *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676, au paragraphe 66; *Lundbeck Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 146, au paragraphe 11; *Teva Canada Innovation c. Apotex Inc.*, 2014 CF 1070, au paragraphe 109; *Apotex Inc. c. Shire LLC*, 2017 CF 139, au paragraphe 39; *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2015 CF 1261 (décision *Amgen*), au paragraphe 15; *Novartis Pharmaceuticals Canada inc c. Apotex inc.*, 2013 CF 142, au paragraphe 33; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2002 CFPI 931 (décision *AB Hassle*), aux paragraphes 34 et 51(5); *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2001 CFPI 530, aux paragraphes 68 et 69 (1^{re} inst.).

[70] Le fait que le Règlement AC n’autorisait pas les témoignages de vive voix était une des lacunes de l’ancien régime qui ont mené aux modifications apportées au règlement en 2017 : *Pfizer Canada Inc. c. Amgen Inc.*, 2019 CAF 249, [2019] 3 R.C.F. F-13, au paragraphe 23; Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, *Gazette du Canada*, partie I, vol. 151, n° 28, 15 juillet 2017 [à la page 3316]. Le Règlement AC modifié a remplacé les demandes sommaires d’interdiction entendues en fonction du dossier papier par des actions à part entière autorisant les témoignages de vive voix dans le but de trancher de manière définitive les questions de fond liées à la contrefaçon et à l’invalidité des brevets.

[71] Les litiges devraient donc faire l’objet d’un procès lorsqu’il existe des questions sérieuses quant à la crédibilité des témoins : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 38; *Newman c. Canada*, 2016 CAF 213, [2017] 2 R.C.F. F-2, au paragraphe 57; *Suntec Environmental Inc. c. Trojan Technologies Inc.*, 2004 CAF 140, [2005] 1 R.C.F. F-46, aux paragraphes 20, 28 et 29; *MacNeil c. Canada*, 2004 CAF 50, [2004] 3 R.C.F. 3, aux paragraphes 32 et 38.

[72] That said, the mere existence of apparent conflict in the evidence does not preclude the granting of summary judgment. The Court has to take a “hard look” at the merits of the case to decide if there are issues of credibility that need to be resolved: *Milano*, above, at paragraph 39; *Granville Shipping Co. v. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 F.C. 853, 111 F.T.R. 189, at paragraph 7.

[73] The Court must also proceed with care in dealing with motions for summary judgment, as the effect of the granting of summary judgment will be to preclude a party from presenting any evidence at trial with respect to the issue in dispute. In other words, the unsuccessful party will lose its “day in court”: *Milano*, above, at paragraph 40; *Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.*, 2004 FC 314, [2005] 1 F.C.R. D-13, at paragraph 12, affd 2004 FCA 298, [2005] 4 F.C.R. D-6.

[74] With this understanding of the principles governing motions for summary judgment, I turn now to consider the grounds of appeal raised by GEMAK. As a primary focus of GEMAK’s submissions was its allegation that the Federal Court erred in making credibility findings that should not have been made on a motion for summary judgment, I will deal with that issue first.

V. Did the Federal Court Err in Making Credibility Findings on a Motion for Summary Judgment?

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

[76] As a matter of principle, the question of whether credibility assessments are permitted on a motion for summary judgment where contested issues of credibility

[72] Cela dit, l’existence d’une apparente contradiction de preuves n’empêche pas en soi le tribunal de prononcer un jugement sommaire. Les juges doivent « se pencher de près » sur le fond de l’affaire et décider s’il y a des questions de crédibilité à trancher : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 39; *Granville Shipping Co. c. Pegasus Lines Ltd.*, [1996] 2 C.F. 853 (1^{re} inst.), au paragraphe 7.

[73] La Cour doit également faire preuve de prudence quand elle statue sur des requêtes en jugement sommaire, puisque le prononcé d’un jugement sommaire fera en sorte que la partie ne pourra pas présenter de preuve à l’instruction au sujet de la question litigieuse. Autrement dit, la partie qui n’a pas gain de cause perdra « la possibilité de se faire entendre en cour » : décision *Milano*, précitée, au paragraphe 40; *Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.*, 2004 CF 314, [2005] 1 R.C.F. F-13, au paragraphe 12, conf. par 2004 CAF 298, [2005] 4 R.C.F. F-6.

[74] C’est avec cette compréhension des principes régissant les requêtes en jugement sommaire que je vais maintenant examiner les motifs d’appel soulevés par GEMAK. Comme l’essentiel des observations de GEMAK concernait son allégation selon laquelle la Cour fédérale a commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité qui n’avaient pas leur place dans une requête en jugement sommaire, je traiterai d’abord de cette question.

V. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en tirant des conclusions en matière de crédibilité dans une requête en jugement sommaire?

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

[76] En principe, la question de savoir si les évaluations de la crédibilité sont autorisées lors d’une requête en jugement sommaire où des questions de crédibilité

are at stake is a question of law subject to the correctness standard of review: *Housen*, above, at paragraph 36. To the extent that such assessments are permitted, the question of whether the Federal Court appropriately exercised its discretion in finding certain witnesses credible or not credible is subject to the more exacting standard of palpable and overriding error.

[77] The Federal Court was aware of, and correctly identified the principles relating to the making of credibility findings in the context of motions for summary judgment. Indeed, the Court noted at paragraph 4 of its decision that it has generally been reluctant to grant summary judgment in patent infringement actions, largely because such proceedings depend on the assessment of expert evidence and the credibility of the expert witnesses.

[78] That said, the Federal Court nevertheless went on in the same paragraph to state that there was no substantial conflict of opinion evidence in this case, and that Jempak's expert was the only witness to provide an informed and purposive claim construction of the terms at issue from the perspective of the POSITA. The Court further stated that the evidence of Jempak's expert with respect to the common general knowledge was uncontested.

[79] Insofar as the evidence of Drs. Kola and Frankenbach was concerned, the Federal Court held that while both witnesses had the necessary background and experience to provide expert opinions to assist the Court, only Dr. Kola did so from the perspective of the POSITA. The Court found that she "provided rational, science-based and helpful evidence as to how a skilled person would understand the asserted claims, as well as what the common general knowledge was available to the skilled person at the date of publication" [at paragraph 102]. The Court noted that "these matters were addressed extensively in Dr. Kola's affidavit and her expert opinion on claim construction was left unchallenged by GEMAK on cross-examination" [at paragraph 102].

sont en jeu est une question de droit assujettie à la norme de la décision correcte : arrêt *Housen*, précité, au paragraphe 36. Dans la mesure où de telles évaluations sont autorisées, la question de savoir si la Cour fédérale a exercé à juste titre son pouvoir discrétionnaire en jugeant certains témoins crédibles ou non crédibles est assujettie à la norme de contrôle plus rigoureuse de l'erreur manifeste et dominante.

[77] La Cour fédérale connaissait les principes liés aux conclusions en matière de crédibilité dans le contexte de requêtes en jugement sommaire, et les a correctement indiqués. En effet, la Cour fédérale a reconnu au paragraphe 4 de sa décision avoir généralement été réticente à rendre un jugement sommaire dans les actions en contrefaçon de brevet, en grande partie parce que ces instances reposent sur l'évaluation de la preuve d'expert et la crédibilité des témoins experts.

[78] Cela dit, la Cour fédérale a néanmoins affirmé au même paragraphe qu'il n'y avait pas de conflit important dans les témoignages d'opinion en l'espèce, et que l'experte de Jempak était le seul témoin ayant fourni une interprétation éclairée et téléologique des termes en question, du point de vue d'une personne versée dans l'art. La Cour a de plus indiqué que le témoignage de l'experte de Jempak sur les connaissances générales courantes n'était pas contesté.

[79] En ce qui concerne les témoignages de M^{me} Kola et de M^{me} Frankenbach, la Cour fédérale a conclu que, même si elles avaient toutes deux la formation et l'expérience nécessaires pour fournir un avis d'expert afin d'aider la Cour, seule M^{me} Kola l'a fait du point de vue de la personne versée dans l'art. La Cour a conclu qu'elle avait « fourni des éléments de preuve rationnels, fondés sur la science et utiles sur la façon dont la personne versée dans l'art comprendrait les revendications invoquées, ainsi que sur les connaissances générales courantes qui étaient accessibles à la personne versée dans l'art à la date de publication » [au paragraphe 102]. La Cour a souligné que « [c]es questions ont été traitées en détail dans l'affidavit de M^{me} Kola, et son avis d'expert sur l'interprétation de la revendication n'a pas été contesté par GEMAK lors du contre-interrogatoire » [au paragraphe 102].

[80] The Federal Court held that the same could not be said about Dr. Frankenhach's evidence. Despite her strong background and expertise, the Federal Court found her evidence to "be wanting and problematic in many respects" [at paragraph 103]. In support of this finding, the Court noted that Dr. Frankenhach had to attend for cross-examination on two occasions, and that "[d]uring her first attendance, the ability of Jempak's counsel to conduct an effective cross-examination of Dr. Frankenhach was seriously impaired by numerous and repeated objections from GEMAK's counsel", and by what could "best be described as evasive and defiant responses from Dr. Frankenhach" [at paragraph 104].

[81] The Federal Court observed that Dr. Frankenhach "challenged Jempak's counsel throughout the cross-examination, debating about the form or propriety of questions posed notwithstanding that they were plainly worded and clearly relevant" [at paragraph 105]. As noted earlier, the Court found that "Dr. Frankenhach misapprehended her role as an independent witness [and that] [s]he conducted herself like an advocate instead of a neutral objective expert attempting to assist the Court" [at paragraph 110]. The Federal Court thus concluded "Dr. Frankenhach failed to provide fair, objective and non-partisan opinions, which ended up tainting her entire evidence", with the result that the Court ascribed "little or no weight to her testimony" [at paragraph 110].

[82] Given the Federal Court's wholesale rejection of Dr. Frankenhach's evidence, it stated that it was "therefore left [only] with the opinion evidence of Dr. Kola" [at paragraph 111], and its decision was accordingly based on that evidence.

[83] There are a number of problems with the Federal Court's assessment of the credibility of Dr. Frankenhach and its wholesale rejection of her evidence.

[84] As noted earlier, in finding that Dr. Frankenhach was not a credible witness, the Federal Court observed that she had to attend twice for cross-examination, and that "[d]uring her first attendance, the ability of Jempak's

[80] La Cour fédérale a conclu qu'on ne pouvait pas dire la même chose des éléments de preuve présentés par M^{me} Frankenhach. Malgré sa compétence et son expertise solides, la Cour a estimé que son témoignage était « insuffisant [...] et problématique à bien des égards » [au paragraphe 103]. À l'appui de cette conclusion, la Cour a souligné que M^{me} Frankenhach avait dû se présenter deux fois pour un contre-interrogatoire, et qu'« [à] sa première comparution, la capacité de l'avocat de Jempak de contre-interroger efficacement M^{me} Frankenhach a été sérieusement compromise par les objections nombreuses et répétées de l'avocat de Gemak et par ce qui peut être décrit comme les réponses évasives et provocatrices de M^{me} Frankenhach » [au paragraphe 104].

[81] La Cour fédérale a souligné que M^{me} Frankenhach « a mis des bâtons dans les roues à l'avocat de Jempak tout au long du contre-interrogatoire, en débattant sur la forme ou sur le bien-fondé des questions posées, même si celles-ci étaient formulées en termes simples et qu'elles étaient clairement pertinentes » [au paragraphe 105]. Comme je l'ai souligné plus tôt, la Cour a conclu que « M^{me} Frankenhach a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant [et qu'] [e]lle s'est conduite comme une défenseure plutôt que comme une experte neutre et objective tentant d'aider la Cour » [au paragraphe 110]. La Cour fédérale a donc conclu que « M^{me} Frankenhach n'a pas fourni des avis justes, objectifs et non partisans, ce qui a fini par entacher l'ensemble de son témoignage », ce qui fait que la Cour n'a « accordé que peu, voire aucun, poids à son témoignage » [au paragraphe 110].

[82] Étant donné le rejet, dans son ensemble, du témoignage de M^{me} Frankenhach, la Cour a indiqué qu'« [i]l ne [lui] rest[ait] par conséquent que le témoignage d'opinion de M^{me} Kola » [au paragraphe 111], et sa décision a donc reposé sur ce témoignage.

[83] L'évaluation par la Cour fédérale de la crédibilité de M^{me} Frankenhach et le rejet de l'ensemble de son témoignage soulèvent certains problèmes.

[84] Comme je l'ai souligné plus tôt, en tirant la conclusion que M^{me} Frankenhach n'était pas un témoin crédible, la Cour fédérale a souligné qu'elle avait dû se présenter deux fois pour un contre-interrogatoire, et qu'« [à] sa

counsel to conduct an effective cross-examination of Dr. Frankенbach was seriously impaired by numerous and repeated objections from GEMAK’s counsel” [at paragraph 104]. While this is an accurate summary of what occurred on the first day of Dr. Frankенbach’s cross-examination, I fail to see how the conduct of GEMAK’s counsel should reflect negatively on Dr. Frankенbach’s credibility.

[85] Moreover, the Federal Court’s finding that Dr. Frankенbach “misapprehended her role as an independent witness” and “conducted herself like an advocate instead of a neutral objective expert attempting to assist the Court” [at paragraph 110] appears to have been based, at least to some extent, on the combative stance taken by counsel for GEMAK on the first day of Dr. Frankенbach’s cross-examination.

[86] It is true that the Federal Court went on to state that the ability of Jempak’s counsel to conduct an effective cross-examination of Dr. Frankенbach was also impaired by what it called “evasive and defiant responses from Dr. Frankенbach” [at paragraph 104]. While the Federal Court found the evidence of Dr. Frankенbach to be “wanting and problematic in many respects” [at paragraph 103], a review of the transcript of her cross-examination suggests other possible interpretations of her evidence. Rather than being “evasive and defiant” [at paragraph 104], the transcript could be read to suggest that Dr. Frankенbach was a careful witness, one who wanted to be sure that she understood questions before answering them, and one who would not allow herself to be pushed around by counsel.

[87] Indeed, it is very difficult to infer a hostile attitude on the part of a witness from a bare review of a transcript, in the absence of an ability to evaluate his or her *viva voce* testimony: *Teva Canada Innovation v. Apotex Inc.*, 2014 FC 1070, at paragraph 109.

[88] The difficulty in assessing the neutrality and objectivity of expert witnesses based on a paper record was also addressed by the Federal Court [Trial Division] in

première comparution, la capacité de l’avocat de Jempak de contre-interroger efficacement M^{me} Frankенbach a été sérieusement compromise par les objections nombreuses et répétées de l’avocat de Gemak » [au paragraphe 104]. Même s’il s’agit là d’un résumé exact de ce qui s’est passé la première journée du contre-interrogatoire de M^{me} Frankенbach, je ne vois pas comment la conduite de l’avocat de GEMAK aurait pu avoir un effet négatif sur la crédibilité de M^{me} Frankенbach.

[85] De plus, la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle M^{me} Frankенbach « a mal compris son rôle en tant que témoin indépendant » et « s’est conduite comme une défenseuse plutôt que comme une experte neutre et objective tentant d’aider la Cour » [au paragraphe 110] semble reposer, du moins dans une certaine mesure, sur l’attitude combative de l’avocat de GEMAK lors de la première journée du contre-interrogatoire de M^{me} Frankенbach.

[86] Il est vrai que la Cour fédérale a poursuivi en affirmant que la capacité de l’avocat de Jempak de contre-interroger efficacement M^{me} Frankенbach avait été compromise par ce qu’elle a décrit comme « les réponses évasives et provocatrices de M^{me} Frankенbach » [au paragraphe 104]. Alors que la Cour fédérale a estimé que le témoignage de M^{me} Frankенbach était « insuffisant [...] et problématique à bien des égards » [au paragraphe 103], un examen de la transcription de son contre-interrogatoire laisse croire à d’autres interprétations possibles de son témoignage. La transcription pourrait être interprétée comme indiquant que M^{me} Frankенbach n’a pas été « évasive [...] et provocatrice » [au paragraphe 104], mais a plutôt été un témoin attentif, qui voulait s’assurer de bien comprendre les questions avant d’y répondre, et qui ne voulait pas se laisser bousculer par l’avocat.

[87] En fait, il est très difficile de conclure à une attitude hostile de la part d’un témoin à partir de la simple relecture d’une transcription, en l’absence de toute possibilité d’évaluer son témoignage de vive voix : *Teva Canada Innovation c. Apotex Inc.*, 2014 CF 1070, au paragraphe 109.

[88] La Cour fédérale [Section de première instance] a également fait mention de la difficulté à évaluer la neutralité et l’objectivité de témoins experts à partir d’un

Apotex Inc. v. Syntex Pharmaceuticals International Ltd. (1998), 81 C.P.R. (3d) 188, [1998] F.C.J. No. 537 (QL) (*Syntex*). There, the Court observed that, in some cases, the desire or capacity of expert witnesses to objectively inform the Court may be put into question. The Court stated at paragraph 7 of its reasons that when issues of credibility arise in such cases “it is difficult to conceive how the Court could render justice without the benefit of *viva voce* evidence”. The same may be said here. See also *Amgen*, above at paragraph 15.

[89] Indeed, there is a fine line between being an objective, firm expert witness and being an advocate for one’s client, and it is difficult to determine whether a witness has crossed that line in the absence of *viva voce* evidence tendered in open Court: *AB Hassle*, above, at paragraph 34.

[90] It was thus a palpable and overriding error on the part of the Federal Court to make the negative credibility findings that it did with respect to the evidence of Dr. Frankenbach based on a transcript of her testimony, and to decide the case in reliance on those findings.

[91] Before leaving this issue, I would like to observe that while patent infringement issues are not by definition excluded from the ambit of the summary judgment process, they tend to raise complex issues of fact and law that are usually better left for trial: *Syntex*, above, at paragraph 6. This case is no exception. That said, this is not a hard and fast rule, and there will be cases where use of the summary judgment process is appropriate: see, for example, *ViiV Healthcare*, above.

VI. Did the Federal Court Err with Respect to the Common General Knowledge?

[92] While the above finding is sufficient to dispose of this appeal, there is a second error in the Federal Court’s reasons that bears comment in order to ensure that the

dossier papier dans la décision *Apotex Inc. c. Syntex Pharmaceuticals International Ltd.*, [1998] A.C.F. n° 537 (QL) (décision *Syntex*). Dans cette décision, la Cour a souligné que, dans certains cas, le désir ou la capacité des experts d’éclairer objectivement la Cour peut être remis en question. La Cour a affirmé au paragraphe 7 de ses motifs que, lorsque des questions de crédibilité sont soulevées, « il est difficile de concevoir comment la Cour pourrait rendre justice aux parties sans avoir eu l’avantage d’entendre des témoins de vive voix ». Je pourrais dire la même chose en l’espèce. Voir aussi la décision *Amgen*, précitée, au paragraphe 15.

[89] En effet, la ligne de démarcation est ténue entre le fait de témoigner de façon ferme et objective et le fait de défendre la thèse de son client, et il reste difficile de déterminer si un témoin a franchi cette ligne sans avoir eu la chance de l’entendre témoigner de vive voix en séance publique : décision *AB Hassle*, précitée, au paragraphe 34.

[90] La Cour fédérale a donc commis une erreur manifeste et dominante en tirant les conclusions négatives en matière de crédibilité en question quant au témoignage de M^{me} Frankenbach à partir de la transcription de son témoignage, et en s’appuyant sur ces conclusions pour trancher l’affaire.

[91] Avant de passer à une autre question, j’aimerais souligner que, même si le sujet de la contrefaçon de brevets ne déborde pas, par définition, le cadre des jugements sommaires, il a tendance à soulever des questions de fait et de droit complexes qu’il est habituellement préférable de n’examiner qu’au procès : décision *Syntex*, précitée, au paragraphe 6. La présente affaire ne fait pas exception. Cela dit, il ne s’agit pas là d’une règle absolue et, dans certains cas, le recours à la procédure de jugement sommaire est approprié : voir, par exemple, l’arrêt *ViiV Healthcare*, précité.

VI. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en ce qui concerne les connaissances générales courantes?

[92] Même si la conclusion qui précède suffit pour trancher le présent appel, les motifs de la Cour fédérale contiennent une seconde erreur qui mérite d’être

error not be perpetuated in any further proceedings in this matter. This error relates to the Federal Court's description of what constitutes "common general knowledge" [at paragraph 36]. The question of whether information that can be found through a reasonably diligent search forms part of the common general knowledge is a question of law, subject to review on the correctness standard.

[93] At paragraph 97 of its reasons, the Federal Court stated that common general knowledge "is the knowledge generally known by the skilled person at the relevant time, and includes what the skilled person may reasonably be expected to know and be able to find out". This is a correct statement of the law, at least to the extent that the common general knowledge includes what the skilled person may reasonably be expected to know.

[94] However, the Court then went on to state [at paragraph 97] that "[t]he Court must assess what knowledge the skilled person would have obtained through a diligent search conducted using the means available at the relevant time" (my emphasis). The Court cites *Uponor AB v. Heatlink Group Inc.*, 2016 FC 320, at paragraph 46 as authority for this proposition.

[95] Common general knowledge does not include all of the information in the public domain: *Bell Helicopter Textron Canada Limitée v. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 FCA 219, at paragraph 64. Rather, as the Supreme Court observed at paragraph 37 of *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, "[c]ommon general knowledge means knowledge generally known by persons skilled in the relevant art at the relevant time".

[96] Indeed, as Justice Locke noted in *Leo Pharma Inc. v. Teva Canada Limited*, 2015 FC 1237, at paragraph 107, aff'd 2017 FCA 50, not all information available to the skilled person is necessarily common general knowledge.

commentée, dans le but de s'assurer que l'erreur ne se reproduise dans toute autre instance future portant sur la même question. Cette erreur a trait à la description qu'a faite la Cour fédérale de ce qui constitue des « connaissances générales courantes » [au paragraphe 36]. La question de savoir si les renseignements qu'il est possible de recueillir au terme d'une recherche raisonnablement diligente font partie des connaissances générales courantes est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte.

[93] Au paragraphe 97 de ses motifs, la Cour fédérale a affirmé que les connaissances générales courantes « sont les connaissances que possède en général la personne versée dans l'art au moment pertinent. Elles comprennent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir et être en mesure de découvrir ». Cet exposé du droit est exact, du moins dans la mesure où les connaissances générales courantes incluent ce que la personne versée dans l'art peut raisonnablement savoir.

[94] Toutefois, la Cour [au paragraphe 97] a poursuivi en affirmant que « [l]a Cour doit évaluer les connaissances que la personne versée dans l'art aurait obtenues au terme d'une recherche raisonnablement diligente menée à l'aide des moyens disponibles au moment pertinent » (non souligné dans l'original). La Cour renvoie à la décision *Uponor AB c. Heatlink Group Inc.*, 2016 CF 320, au paragraphe 46, à l'appui de cette proposition.

[95] Les connaissances générales courantes n'englobent pas la totalité de l'information relevant du domaine public : *Bell Helicopter Textron Canada Limitée c. Eurocopter, société par actions simplifiée*, 2013 CAF 219, au paragraphe 64. Comme la Cour suprême du Canada l'a souligné au paragraphe 37 de l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 2 R.C.S. 265, « [l]es connaissances générales courantes s'entendent des connaissances que possède généralement une personne versée dans l'art en cause au moment considéré ».

[96] En effet, comme l'a indiqué le juge Locke dans la décision *Leo Pharma Inc. c. Teva Canada Limited*, 2015 CF 1237, au paragraphe 107, conf. par 2017 CAF 50, l'information à laquelle la personne versée dans l'art a accès

As stated in *Eli Lilly and Company v. Apotex Inc.*, 2009 FC 991, at paragraph 97, quoting from *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1972] R.P.C. 457 (Eng. C.A.), at pages 482–483, itself quoting from *British Acoustic Films Ltd. v. Nettlefold Productions Ltd* (1936), 53 R.P.C. 221 (Eng. C.A.), at page 250: “[a] piece of particular knowledge as disclosed in a scientific paper does not become common general knowledge merely because it is widely read, and still less because it is widely circulated. Such a piece of knowledge only becomes general knowledge when it is generally known and accepted without question by the bulk of those who are engaged in the particular art; in other words, when it becomes part of their common stock of knowledge relating to the art”.

[97] Insofar as the state of the prior art is concerned, this Court stated in *Mylan Pharmaceuticals ULC v. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 FCA 119, [2017] 2 F.C.R. 280 that “[p]rior art is the collection of learning in the field of the patent at issue. It comprises any publically available teaching, however obscure or not generally accepted”: at paragraph 23.

[98] Prior art is used for specific purposes in patent law, for example, to show that an invention was anticipated or was obvious. Common general knowledge informs the way in which the claims and specifications are read by the POSITA: *Mylan*, above, at paragraph 25.

[99] The requirement of the reasonably diligent search has been applied—not with respect to the identification of the common general knowledge of the POSITA—but rather with respect to the discoverability of prior art relevant for the purpose of the obviousness or anticipation analyses: see, for example, *E. Mishan & Sons, Inc. v. Supertek Canada Inc.*, 2015 FCA 163, at paragraph 22. This approach has, however, been called into question by this Court’s decision in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA

ne relève pas nécessairement des connaissances générales courantes. Comme la Cour fédérale l’a affirmé dans la décision *Eli Lilly and Company c. Apotex Inc.*, 2009 CF 991, au paragraphe 97, citant l’arrêt *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A. Angl.), aux pages 482 et 483, qui citait lui-même l’arrêt *British Acoustic Films Ltd. v. Nettlefold Productions Ltd.* (1936), 53 R.P.C. 221 (C.A. Angl.), page 250 : [TRADUCTION] « [u]ne connaissance précise divulguée dans un document scientifique ne devient pas une connaissance générale courante simplement parce que le document est lu par de nombreuses personnes et encore moins parce qu’il a un fort tirage. Une telle connaissance fait partie des connaissances générales courantes uniquement lorsqu’elle est connue de manière générale et acceptée sans hésitation par ceux versés dans l’art particulier; en d’autres mots, lorsqu’elle fait partie du lot courant des connaissances se rapportant à l’art ».

[97] En ce qui concerne les antériorités, notre Cour a affirmé, dans l’arrêt *Mylan Pharmaceuticals ULC c. Eli Lilly Canada Inc.*, 2016 CAF 119, [2017] 2 R.C.F. 280, que « [l]es antériorités s’entendent de l’ensemble du savoir dans le domaine du brevet en cause. Elles comprennent tout enseignement accessible au public, aussi obscur ou peu accepté soit-il », au paragraphe 23.

[98] Les antériorités sont utilisées à des fins précises dans le droit des brevets, notamment pour étayer une allégation selon laquelle les antériorités ont prédit l’invention ou l’ont rendue évidente. Les connaissances générales courantes déterminent la manière avec laquelle la personne versée dans l’art va interpréter les revendications et les mémoires descriptifs : arrêt *Mylan*, précité, au paragraphe 25.

[99] L’exigence concernant la recherche raisonnablement diligente a été appliquée — non en ce qui concerne la définition des connaissances générales courantes de la personne versée dans l’art —, mais plutôt en ce qui concerne la possibilité de découvrir l’antériorité pertinente pour les fins des analyses de l’évidence ou de l’antériorité : *E. Mishan & Sons, Inc. c. Supertek Canada Inc.*, 2015 CAF 163, au paragraphe 22. Cette approche a toutefois été remise en question par notre Cour dans l’arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy*

30, at paragraphs 83–86. There, this Court stated that in light of the wording of section 28.3 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, it is an error to exclude from consideration prior art that was available to the public at the relevant date simply because it would not have been located through a reasonably diligent search.

[100] Thus, it is no longer required that prior art be available to the POSITA through a reasonably diligent search for it to be potentially relevant for the purpose of the obviousness or anticipation analyses. That said, knowledge that is only discoverable through a reasonably diligent search is not, and has never been, considered to be part of the common general knowledge. The Federal Court thus erred in finding otherwise.

VII. Did the Federal Court Err with Respect to the Testing Evidence?

[101] Finally, there is a palpable and overriding error in the Federal Court’s analysis of the testing evidence.

[102] It will be recalled that Dr. Kola provided evidence with respect to the anthrone testing she had caused to be carried out in order to determine whether there was CMC in the percarbonate raw material supplied to Jempak by third parties and in the blend that encapsulates the percarbonate in Jempak’s detergent compositions.

[103] Dr. Kola stated that these tests demonstrated that the percarbonate raw material supplied to Jempak by third parties does not have any CMC in its encapsulating coating. While acknowledging that Jempak’s detergent compositions do in fact contain CMC, Dr. Kola stated that the CMC in Jempak’s detergent compositions comes from the coating on the [***] and from [***], and not from the coating on the percarbonate. As a result, Jempak says that its detergent compositions do not infringe GEMAK’s patent.

Trust for Rheumatology Research, 2020 CAF 30, aux paragraphes 83 à 86. Dans cet arrêt, notre Cour a affirmé qu’à la lumière du libellé de l’article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, il est erroné de ne pas tenir compte des antériorités qui étaient accessibles au public à la date pertinente simplement parce qu’une recherche raisonnablement diligente ne les aurait pas révélées.

[100] Ainsi, il n’est plus obligatoire que l’antériorité ait été accessible à la personne versée dans l’art au terme d’une recherche raisonnablement diligente pour qu’elle devienne pertinente pour les fins des analyses de l’évidence ou de l’antériorité. Cela dit, les connaissances qui ne peuvent être découvertes qu’au terme d’une recherche raisonnablement diligente ne sont pas, et n’ont jamais été, considérées comme faisant partie des connaissances générales courantes. La Cour fédérale a donc commis une erreur en concluant le contraire.

VII. La Cour fédérale a-t-elle commis une erreur en ce qui concerne les résultats d’essais?

[101] Enfin, l’analyse de la Cour fédérale concernant les résultats d’essais contient une erreur manifeste et dominante.

[102] Je rappellerai que M^{me} Kola a offert un témoignage concernant les analyses à l’anthrone qu’elle a dû effectuer pour déterminer si de la CMC était présente dans les matières premières de percarbonate fournies à Jempak par des tiers et dans le mélange qui encapsule le percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak.

[103] M^{me} Kola a affirmé que ces analyses démontraient que les matières premières de percarbonate fournies à Jempak par des tiers ne contenaient pas de CMC dans leur enrobage d’encapsulation. Tout en reconnaissant que les préparations détergentes de Jempak contenaient bien de la CMC, M^{me} Kola a affirmé que la CMC dans les préparations détergentes de Jempak provient de l’enrobage de [***] et de [***], et non de l’enrobage entourant le percarbonate. Par conséquent, Jempak affirme que ses préparations détergentes ne contrefont pas le brevet de GEMAK.

[104] Dr. Kola's evidence on this point was challenged by Dr. Tishmack, who was highly critical of her use of the anthrone testing method, and her conclusion that there was no "detectable CMC in the coated percarbonate raw materials sourced by Jempak" [at paragraph 128]. According to Dr. Tishmack, the anthrone method used by Dr. Kola was out-of-date, and had largely been replaced by more specific and sensitive techniques that could detect lower levels of CMC in a mixture—a point that was conceded by Dr. Kola.

[105] Dr. Tishmack attempted to replicate Dr. Kola's anthrone methodology and performed his own testing, from which he concluded that Dr. Kola's anthrone method was insufficiently sensitive to detect CMC in quantities less than 1 µg/mL. He also concluded that the photometric accuracy limit of the machine used by Dr. Kola was so low to render her testing "meaningless", and the detection limit of Dr. Kola's calibration curves was so low to also render "meaningless" this aspect of her testing.

[106] Dr. Tishmack further noted that some compounds that were known to be present in significant quantities in Jempak's detergent products should have displayed a reaction in Dr. Kola's anthrone testing, but had failed to do so. According to Dr. Tishmack, this demonstrated the lack of sensitivity of the tests employed by Dr. Kola, which further rendered her conclusions "baseless". As a result, Dr. Tishmack says, one cannot conclude that there is no CMC present in the Jempak sodium percarbonate beads tested by Dr. Kola.

[107] The Federal Court rejected the evidence of Dr. Tishmack on the basis that his experience was as an analytical chemist for clients in the pharmaceutical industry, that he had no experience with detergent formulations, and that he thus did not provide an opinion from the perspective of the POSITA with respect to the patents.

[104] Le témoignage de M^{me} Kola sur ce point a été contesté par M. Tishmack, qui a fortement critiqué son utilisation de la méthode d'essai à l'anthrone, et sa conclusion selon laquelle il n'y avait pas de [TRADUCTION] « CMC détectable dans les matières premières de percarbonate enrobé achetées par Jempak » [au paragraphe 128]. Selon M. Tishmack, la méthode à l'anthrone utilisée par M^{me} Kola était désuète, et a été largement remplacée par des techniques plus précises et plus sensibles capables de détecter de plus faibles niveaux de CMC dans un mélange; point qu'a concédé M^{me} Kola.

[105] M. Tishmack a tenté de reproduire la méthode à l'anthrone utilisée par M^{me} Kola et a effectué sa propre analyse, laquelle lui a permis de conclure que la méthode à l'anthrone utilisée par M^{me} Kola n'était pas suffisamment sensible pour détecter la présence de CMC en quantités inférieures à 1 µg/mL. Il a également conclu que la faible limite de précision photométrique de l'appareil employé par M^{me} Kola rendait ses tests [TRADUCTION] « privés de sens », et que la faible limite de détection des courbes de calibration de M^{me} Kola rendait cet aspect de ses tests [TRADUCTION] « privé de sens ».

[106] M. Tishmack a aussi souligné que certains composés connus pour être présents en quantités importantes dans les produits détergents de Jempak auraient dû entrer en réaction dans les analyses à l'anthrone de M^{me} Kola, mais ne l'ont pas fait. Selon M. Tishmack, cela démontrait l'absence de sensibilité des tests utilisés par M^{me} Kola, rendant ses conclusions [TRADUCTION] « sans fondement ». M. Tishmack affirme qu'il est ainsi impossible de conclure qu'il n'y a pas de CMC dans les perles de percarbonate de sodium de Jempak analysées par M^{me} Kola.

[107] La Cour fédérale a rejeté le témoignage de M. Tishmack au motif que son expérience se résumait à celle d'un chimiste analytique pour des clients de l'industrie pharmaceutique, qu'il n'avait aucune expérience de la formulation de détergents et n'avait par conséquent pas donné un avis du point de vue de la personne versée dans l'art des brevets.

[108] There are several problems with this finding. First, Dr. Tishmack was not construing the claims of the patent—a task that is undertaken from the perspective of the POSITA. He was providing expert evidence with respect to the question of infringement. Infringement is a question of fact: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, 122 D.L.R. (3d) 203. Reviewing courts have, moreover, endorsed the use of analytical chemistry techniques that would not have been available to a POSITA at the relevant time or that would have been beyond the abilities of a POSITA.

[109] A second problem with this finding relates to Dr. Tishmack's lack of experience in the detergent industry. I accept that testing in the pharmaceutical industry may be held to a more exacting standard than testing in other industries, given that pharmaceutical products are intended for human consumption. There was, however, no evidence before the Federal Court that the analytical chemistry testing processes and methods used in the pharmaceutical industry actually differed from the analytical chemistry testing processes and methods used in the detergent industry. Nor was there any evidence that ascertaining the presence or absence of CMC in a dishwasher composition is any more or less exacting than detecting the presence or absence of CMC in a pharmaceutical composition.

[110] The Federal Court's finding also failed to take into account Dr. Kola's acknowledgment that there were more sensitive tests available that could have been used to determine whether there was CMC in the coating on the percarbonate in Jempak's detergent compositions.

[111] Consequently, I am satisfied that there were palpable and overriding errors tainting the Federal Court's analysis of the testing evidence.

VIII. Conclusion on the Main Appeal

[112] For these reasons, I would allow the main appeal and would set aside the decision of the Federal Court

[108] Cette conclusion pose plusieurs problèmes. Premièrement, M. Tishmack ne proposait pas une interprétation des revendications des brevets, tâche entreprise du point de vue de la personne versée dans l'art. Il fournissait un témoignage d'expert sur la question de la contrefaçon. La contrefaçon est une question de fait : *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504. De plus, les cours de révision ont adopté l'utilisation des techniques de chimie analytique qui n'auraient pas été accessibles à une personne versée dans l'art au moment pertinent ou qui auraient dépassé les capacités d'une personne versée dans l'art.

[109] Un second problème avec cette conclusion a trait au manque d'expérience de M. Tishmack dans l'industrie des détergents. Je reconnais que les essais dans l'industrie pharmaceutique peuvent être menés suivant une norme plus rigoureuse que ceux d'autres industries, étant donné que les produits pharmaceutiques sont destinés à une consommation humaine. Toutefois, la Cour fédérale ne disposait d'aucun élément de preuve selon lequel les procédés et méthodes d'essai de chimie analytique utilisés dans l'industrie pharmaceutique différaient en réalité des procédés et méthodes d'essai de chimie analytique utilisés dans l'industrie des détergents. Elle ne disposait non plus d'aucun élément de preuve indiquant que détecter la présence ou l'absence de CMC dans une préparation détergente était plus ou moins exigeant que détecter la présence ou l'absence de CMC dans une préparation pharmaceutique.

[110] La conclusion de la Cour fédérale ne tenait également pas compte du fait que M^{me} Kola a reconnu qu'il existait des tests plus sensibles qui auraient pu être utilisés pour déterminer s'il y avait de la CMC dans l'enrobage entourant le percarbonate dans les préparations détergentes de Jempak.

[111] Par conséquent, je conclus que l'analyse de la Cour fédérale concernant les résultats d'essais contenait des erreurs manifestes et dominantes.

VIII. Conclusion relative à l'appel principal

[112] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel principal et j'annulerais la décision de la Cour fédérale, par

granting summary judgment to Jempak. Given that I am satisfied that there is one or more genuine issues for trial, and making the order that the Federal Court should have made, I would dismiss Jempak's motion for summary judgment and direct that this matter proceed to trial.

IX. Costs

[113] GEMAK also appeals the Federal Court's cost judgment.

[114] The Federal Court awarded Jempak its costs of the motion for summary judgment. Pursuant to an agreement between the parties, the Federal Court fixed these costs at \$463,496.96, inclusive of disbursements, to be paid by July 3, 2020. GEMAK subsequently paid this amount to Jempak in satisfaction of the Federal Court's costs judgment.

[115] Given the result in the main appeal, I would set aside the Federal Court's costs order, and award GEMAK its costs in this Court and in the Federal Court. The amount paid to Jempak by GEMAK in satisfaction of the Federal Court's costs order shall be returned to GEMAK, together with interest thereon calculated in accordance with the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7.

GLEASON J.A.: I agree.

ROUSSEL J.A.: I agree.

laquelle elle a accordé un jugement sommaire à Jempak. Comme je suis convaincue qu'il existe une ou plusieurs véritables questions litigieuses, et rendant l'ordonnance qu'aurait dû rendre la Cour fédérale, je rejetterais la requête en jugement sommaire de Jempak et j'ordonnerais que la présente affaire soit instruite.

IX. Dépens

[113] GEMAK interjette également appel de l'adjudication des dépens prononcée par la Cour fédérale.

[114] La Cour fédérale a accordé à Jempak ses dépens concernant la requête en jugement sommaire. Conformément à une entente entre les parties, la Cour fédérale a fixé ces dépens à 463 496,96 \$, débours compris, à payer avant le 3 juillet 2020. GEMAK a par la suite versé cette somme à Jempak en réponse à l'adjudication des dépens prononcée par la Cour fédérale.

[115] Étant donné l'issue de l'appel principal, j'annulerais l'ordonnance des dépens de la Cour fédérale, et j'accorderais à GEMAK ses dépens devant notre Cour et la Cour fédérale. La somme versée par GEMAK à Jempak en exécution de l'ordonnance de la Cour fédérale relative aux dépens devra être retournée à GEMAK, de même que les intérêts courus afférents qui ont été calculés en application de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7.

LA JUGE GLEASON, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LA JUGE ROUSSEL, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

2022 FC 843

2022 CF 843

Admiralty Action *In Rem* and *In Personam***Action réelle et personnelle en matière d’amirauté**

T-2184-18

T-2184-18

Arc-en-Ciel Produce Inc., a body politic and corporate located at 122 The West Mall, Toronto, Ontario, Canada M9C 1B9 (*Plaintiff*)

Arc-en-Ciel Produce Inc., une personne morale dont le siège est situé au 122, The West Mall, Toronto (Ontario), Canada M9C 1B9 (*demanderesse*)

v.

c.

The Ship “BF Leticia” and the owners and all others interested in The Ship “BF Leticia” and BF Leticia Foroohari Schiffs, a body politic and corporate care of Peter Doehle Schiffahrts-KG, Elbchaussee 370, 22609, Hamburg, Germany, c/o Montship Inc., 360 St. Jacques Street, Suite 100, Montréal, Quebec H2Y 1R2 and Great White Fleet, a body politic and corporate of the United States, c/o Montship Inc., 360 St. Jacques Street, Suite 100, Montréal, Quebec H2Y 1R2 (*Defendants*)

Le navire « BF LETICIA » et les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire « BF LETICIA », et BF Leticia Foroohari Schiffs, une personne morale, a/s Peter Doehle Schiffahrts-KG, Elbchaussee 370, 22609, Hambourg, Allemagne, a/s Montship Inc., 360, rue St-Jacques, bureau 100, Montréal (Québec) H2Y 1R2, et Great White Fleet, une personne morale des États-Unis, a/s Montship Inc., 360, rue St-Jacques, bureau 100, Montréal (Québec) H2Y 1R2 (*défendeurs*)

T-2185-18

T-2185-18

Arc-en-Ciel Produce Inc., a body politic and corporate located at 122 The West Mall, Toronto, Ontario, Canada M9C 1B9 (*Plaintiff*)

Arc-en-Ciel Produce Inc., une personne morale dont le siège est situé au 122, The West Mall, Toronto (Ontario), Canada M9C 1B9 (*demanderesse*)

v.

c.

The Ship “MSC Belle” and the owners and all others interested in The Ship “MSC Belle” and Belle Inc., a body politic and corporate care of MSC Mediterranean Shipping Co. SA, Chemin Rieu, 12-14, 1208 Geneva, Switzerland, c/o Montship Inc., 360 St. Jacques Street, Suite 100, Montréal, Quebec H2Y 1R2 and Great White Fleet, a body politic and corporate of the United States, c/o Montship Inc. 360 St. Jacques Street, Suite 100, Montréal, Quebec H2Y 1R2 (*Defendants*)

Le navire « MSC Belle » et les propriétaires et toute autre personne ayant un droit sur le navire « MSC Belle », et Belle Inc., une personne morale, a/s MSC Mediterranean Shipping Co. SA, Chemin Rieu, 12-14, 1208 Genève, Suisse, a/s Montship Inc., 360, rue St-Jacques, bureau 100, Montréal (Québec) H2Y 1R2, et Great White Fleet, une personne morale des États-Unis, a/s Montship Inc. 360, rue St-Jacques, bureau 100, Montréal (Québec) H2Y 1R2 (*défendeurs*)

INDEXED AS: ARC-EN-CIEL PRODUCE INC. v. BF LETICIA (SHIP)

RÉPERTORIÉ : ARC-EN-CIEL PRODUCE INC. c. BF LETICIA (NAVIRE)

Federal Court, Rochester J.—By videoconference, November 29, 2021; Ottawa, June 7, 2022.

Cour fédérale, juge Rochester—Par vidéoconférence, 29 novembre 2021; Ottawa, 7 juin 2022.

*Maritime Law — Carriage of Goods — Motions by defendants for stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada — Plaintiff (Cargo Claimant) alleged that cargo arrived at destination in damaged, deteriorated state — Cargo Claimant commenced two actions in Federal Court, naming as defendants vessels that carried cargo, respective owners thereof — Defendant, Great White Fleet (Carrier) is defendant in both actions — Carrier, Cargo Claimant having business relationship spanning several years — Motions brought pursuant to Federal Courts Act, s. 50(1) on basis of forum selection clause in favour of United States District Court, Southern District of New York — Cargo Claimant asked that forum selection clause not be enforced because contracts at issue falling within scope of Marine Liability Act (Act), s. 46 and strong cause existing to set aside such clause — Cargo Claimant is Canadian company that specializes in importation, distribution of fresh produce to local merchants — Carrier specializes in dry, refrigerated containerized cargo services between Central, North America — Carrier, Cargo Claimant had entered into series of service contracts — Service contract at issue (Service Contract) containing clause incorporating Carrier's bill of lading, providing that bill of lading determining terms, conditions of shipment — In addition to forum selection clause, also included "clause paramount" providing that carriage to be governed by U.S. Carriage of Goods by Sea Act as well as United States federal law or laws of New York — To obtain delivery of cargo, Cargo Claimant not required to tender copy of shipping document (Shipping Document) — Nature, characterization of Shipping Document, consequences flowing from that characterization central herein — Issues: (i) nature of contractual arrangements between Carrier, Cargo Claimant, as evidenced by Service Contract, Shipping Documents; (ii) whether contractual arrangements attracted application of Act, s. 46 with result that Cargo Claimant could continue its proceedings in Canada despite forum selection clause; (iii) if Act, s. 46 not applying, whether forum selection clause should nevertheless be set aside on basis of strong cause test (set out in *The Eleftheria*, adopted in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*) — Act not providing definition of bill of lading — Common law, international convention governing carriage of goods by sea (*Hague-Visby Rules*) examined — Bill of lading is document used in carriage of goods by sea — Must fulfill three key functions: (a) act as receipt for goods received by carrier; (b) evidence terms of contract of carriage; (c) act as "document of title" — Bill of lading is document entitling possession of goods described; considered "order" or "negotiable" — Act, s. 46 applying to "a contract for the carriage of goods by water" — This expression not defined in Act — Having to determine whether Shipping Document, Service Contract constituted contract of carriage as defined by *Hague-Visby Rules*, Article 1(b) — Shipping Document evidencing terms of carriage between Cargo Claimant, Carrier — Fact Shipping Document not required to be surrendered to Carrier to obtain delivery of cargo weighed*

*Droit maritime — Transport de marchandises — Requêtes en suspension d'instance présentées par les défendeurs dans deux actions en matière d'amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada — La demanderesse (la réclamante) a allégué que la cargaison était arrivée à destination endommagée et détériorée — La réclamante a intenté deux actions devant la Cour fédérale, désignant comme défendeurs les navires qui transportaient la cargaison et leurs propriétaires respectifs — La défenderesse, la Great White Fleet (le transporteur), agit à ce titre dans les deux actions — Le transporteur et la réclamante entretiennent une relation d'affaires depuis plusieurs années — Les requêtes ont été présentées en vertu du paragraphe 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales et étaient fondées sur la clause d'élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York — La réclamante a demandé que la clause d'élection de for ne soit pas appliquée parce que les contrats en litige entrent dans le champ d'application de l'article 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime (la Loi) et qu'il existe un « motif sérieux » d'annuler cette clause — La réclamante est une entreprise canadienne qui se spécialise dans l'importation de fruits et légumes frais et leur distribution à des commerçants locaux — Le transporteur est spécialisé dans les services de fret conteneurisé sec et réfrigéré entre l'Amérique centrale et l'Amérique du Nord — Le transporteur et la réclamante avaient conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d'affaires — Le contrat de service en litige (le contrat de service) contenait une clause incorporant le connaissance du transporteur et prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités et conditions de l'expédition — En plus de la clause d'élection de for, une « clause paramount » stipulait que le transport serait régi par la Carriage of Goods by Sea Act des États-Unis ainsi que par le droit fédéral américain ou des lois de l'État de New York — Pour pouvoir prendre livraison des marchandises, la réclamante n'était pas tenue de remettre une copie du document d'expédition (le document d'expédition) — La nature et la qualification du document d'expédition ainsi que les conséquences qui découlaient de cette qualification étaient au cœur des présentes requêtes — Il s'agissait de déterminer : (i) la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante, telle qu'elle ressortait du contrat de services et des documents d'expédition; (ii) si les ententes contractuelles commandaient l'application de l'article 46 de la Loi, de sorte que la réclamante pouvait poursuivre les procédures au Canada malgré la clause d'élection de for; (iii) si, dans le cas où l'article 46 de la Loi ne s'appliquait pas, la clause d'élection de for devait néanmoins être annulée sur la base du critère des motifs sérieux (énoncé dans l'arrêt *The Eleftheria* et adopté dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*) — La Loi ne donne toutefois pas de définition du connaissance — La common law et la convention internationale régissant le transport de marchandises par mer (*Règles de La Haye-Visby*) ont été examinées — Un connaissance s'entend d'un document utilisé dans le transport de marchandises par mer*

against Shipping Document being considered straight bill of lading, other document of title under Hague-Visby Rules — Modus operandi evidencing clear intention, practice between parties that Shipping Documents remain unsigned, stamped non-negotiable, not tendered to obtain delivery — Therefore, Shipping Document not bill of lading or other document of title under Hague-Visby Rules — Shipping Document more akin to waybill — Used, treated as such — Given that waybills not considered to be bills of lading or similar documents of title, Hague-Visby Rules not applying to them by force of law — Consequently, contract of carriage at issue not evidenced by bill of lading or similar document of title as per Hague Visby Rules, Article 1(b) — Service Contract, in addition to Shipping Document, evidencing contractual relationship between parties — Service Contract at issue was not type of contract that attracted application of Hague-Visby Rules by force of law — While it governed commercial relationship between parties, it could not be considered bill of lading or similar document of title for any particular shipment — In present case, best evidence of contracts of carriage were Shipping Documents — Given that Shipping Document not contract of carriage under Hague-Visby Rules, was not contract for carriage of goods by water under Act, s. 43 — Act, ss. 43, 46 found under Part 5 entitled Liability for Carriage of Goods by Water — Given alignment between aims of ss. 43, 46, could not be said that purposes of those sections differed such that different interpretation of term “contract for the carriage of goods by water” warranted — Act, s. 43 not including waybills — Same term as used in s. 46 to be given same meaning, thus also not include waybills — Although use of non-negotiable carriage documents may result in claimants, such as Cargo Claimant, not being able to avail themselves of rights of action in Canada pursuant to Act, s. 46, it was not for Federal Court to broaden scope of Canada’s carriage of goods regime, contained in Act, Part 5 so as to include waybills, other similar non-negotiable documents — Question of whether Canada’s carriage of goods regime, particularly s. 46, should be extended to apply to waybills was one for Parliament — As to appropriate test on motion for stay pursuant to Federal Courts Act, s. 50(1), “strong cause” test applying — Test required that Court consider all circumstances of case in exercising its discretion — Here, factors examined weighed in favour of granting Carrier’s stay — Under strong cause test, in all but exceptional circumstances, Court must give effect to parties’ agreement — Taking into account all circumstances of present case, Cargo Claimant not meeting its burden of showing sufficiently strong reasons to conclude that it would not be reasonable or just to enforce forum selection clause — Motions granted.

— Il doit remplir les trois fonctions essentielles suivantes : a) servir de reçu pour les marchandises reçues par le transporteur; b) prouver les modalités du contrat de transport; c) servir de « document formant titre » — Le connaissement est un document donnant droit à la possession des marchandises qui y sont décrites; il peut s’agir d’un connaissement « à ordre » ou d’un connaissement « négociable » — L’article 46 de la Loi s’applique au « contrat de transport de marchandises par eau » — Cette expression n’est pas définie dans la Loi — Il s’agissait de déterminer si le document d’expédition et le contrat de services étaient des contrats de transport au sens de l’alinéa 1b) des Règles de La Haye-Visby — Le document d’expédition attestait des conditions de transport convenues entre la réclamante et le transporteur — Le fait qu’il n’était pas nécessaire de remettre le document d’expédition au transporteur pour avoir droit à la délivrance de la cargaison militait contre la conclusion que le document d’expédition était un connaissement nominatif ou un autre document formant titre au sens des Règles de La Haye-Visby — Le modus operandi témoignait d’une intention et d’une pratique claires entre les parties, à savoir que les documents d’expédition ne soient pas signés, qu’ils portent l’estampille « non négociable » et qu’ils ne soient pas présentés pour avoir droit à la délivrance — Par conséquent, le document d’expédition n’était pas un connaissement ni un autre document formant titre au sens des Règles de La Haye-Visby — Le document d’expédition s’apparentait plutôt à une lettre de transport — Il était utilisé et traité comme tel — Comme les lettres de transport ne sont pas considérées comme des connaissements ou des documents similaires formant titre, elles ne sont pas assujetties aux Règles de La Haye-Visby, qui ont force de loi — Par conséquent, le contrat de transport en litige n’était pas constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre au sens de l’alinéa 1b) des Règles de La Haye-Visby — Le contrat de service et le document d’expédition attestaient du rapport contractuel qui unissait les parties — Le contrat de service en litige n’était pas un contrat du type qui commandait l’application des Règles de La Haye-Visby, qui avaient force de loi — Même s’il régissait les relations commerciales entre les parties, il ne pouvait pas être considéré comme un connaissement ou un document similaire formant titre préparé en vue du transport d’une cargaison donnée — En l’espèce, les documents d’expédition étaient la meilleure preuve des contrats de transport — Comme le document d’expédition n’était pas un contrat de transport au sens des Règles de La Haye-Visby, il ne s’agissait pas d’un contrat de transport de marchandises par eau au sens de l’article 43 de la Loi — Les articles 43 et 46 se trouvent à la partie 5 de la Loi, intitulée « Responsabilité en matière de transport de marchandises par eau » — Comme l’objectif de l’article 43 concorde avec celui de l’article 46, on ne pouvait pas dire que les objets de ces articles différaient à ce point qu’il fallait interpréter différemment l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » — L’article 43 ne vise par les lettres de transport — Il convenait de donner le même sens à la même expression utilisée à l’article 46 et, donc, de conclure que celle-ci

Maritime Law — Contracts — Defendants seeking stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada whereby plaintiff (Cargo Claimant) alleged that cargo arrived at destination in damaged, deteriorated state — Cargo Claimant commenced two actions in Federal Court naming as defendants vessels that carried cargo, respective owners thereof — Carrier, Cargo Claimant had entered into series of service contracts — Service contract at issue (Service Contract) containing clause incorporating Carrier's bill of lading, providing that bill of lading determining terms, conditions of shipment — To obtain delivery of cargo, Cargo Claimant not required to tender copy of shipping document (Shipping Document) — Nature, characterization of Shipping Document, consequences flowing from that characterization central herein — Issue was what was nature of contractual arrangements between Carrier, Cargo Claimant, as evidenced by Service Contract, Shipping Documents — Contractual relationship between parties was evidenced not only by Shipping Documents pertaining to cargo at issue but also by Service Contract — Over the course of their business relationship, the parties entered into a series of service contracts — Service Contract at issue provided for discounted rates in particular; contained clause incorporating terms of "Carrier's bill of lading" into Service Contracts, provided that said bill of lading would determine terms, conditions of shipment — Service Contract at issue was not type of contract that attracted application of Hague-Visby Rules by force of law — While it

ne vise pas non plus les lettres de transport — L'utilisation de documents de transport non négociables pourrait faire en sorte que des demandeurs, comme la réclamante, ne puissent faire valoir le droit que leur confère l'article 46 de la Loi d'intenter une action au Canada, mais il n'appartenait pas à la Cour fédérale d'élargir la portée du régime de transport de marchandises au Canada, établi à la partie 5 de la Loi, afin qu'il englobe les lettres de transport et autres documents non négociables semblables — Il appartenait au législateur de décider si le régime canadien de transport de marchandises, et plus précisément l'article 46, devrait être élargi afin qu'il s'applique également aux lettres de transport — Quant au critère applicable à l'examen d'une requête en suspension d'instance présentée sur le fondement du paragraphe 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales, le critère des « motifs sérieux » s'appliquait — Ce critère exige que la Cour tienne compte de toutes les circonstances de l'affaire à l'étude au moment d'exercer son pouvoir discrétionnaire — En l'espèce, les facteurs examinés militaient en faveur de la suspension d'instance — Au titre du critère des motifs sérieux, la Cour doit donner effet à l'entente conclue entre les parties, sauf circonstances exceptionnelles — Vu les circonstances de l'espèce, la réclamante ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer l'existence de motifs suffisamment sérieux pour conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste d'appliquer la clause d'élection de for — Requêtes accueillies.

Droit maritime — Contrats — Les défendeurs ont demandé une suspension d'instance dans deux actions en matière d'amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada, dans le cadre desquelles la demanderesse (la réclamante) a allégué que la cargaison était arrivée à destination endommagée et détériorée — La réclamante a intenté deux actions devant la Cour fédérale désignant comme défendeurs les navires qui transportaient la cargaison et leurs propriétaires respectifs — Le transporteur et la réclamante avaient conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d'affaires — Le contrat de service en litige (le contrat de service) contenait une clause incorporant le connaissance du transporteur et prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités et conditions de l'expédition — Pour pouvoir prendre livraison des marchandises, la réclamante n'était pas tenue de remettre une copie du document d'expédition (le document d'expédition) — La nature et la qualification du document d'expédition ainsi que les conséquences qui découlaient de cette qualification étaient d'une importance capitale en l'espèce — Il s'agissait de déterminer la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante, telle qu'elle ressortait du contrat de services et des documents d'expédition — Le rapport contractuel qui unissait les parties a été attesté non seulement par les documents d'expédition se rapportant à la cargaison en litige, mais aussi par le contrat de services — Les parties ont conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d'affaires — Le contrat de service

governed commercial relationship between parties, it could not be considered to be bill of lading or similar document of title for any particular shipment — In present case, best evidence of contracts of carriage were Shipping Documents, which included reference to contract number of Service Contract between parties — Thus, documents akin to waybills were issued by Carrier for shipments at issue, rates for which were governed by Service Contract — Given that Shipping Document was not contract of carriage under Hague-Visby Rules, it was not “contract for the carriage of goods by water” under Marine Liability Act, s. 43.

Practice — Stay of Proceedings — Defendants seeking stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada whereby plaintiff (Cargo Claimant) alleged that cargo arrived at destination in damaged, deteriorated state — Appropriate test on motion for stay pursuant to Federal Courts Act, s. 50(1) was “strong cause” test set out in The Eleftheria, adopted in Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V. — Test required that Court consider all circumstances of case in exercising its discretion — Here, factors examined weighed in favour of granting Carrier’s stay — Under strong cause test, in all but exceptional circumstances, Court must give effect to parties’ agreement — Taking into account all circumstances of present case, Cargo Claimant not meeting its burden of showing sufficiently strong reasons to conclude that it would not be reasonable or just to enforce forum selection clause.

These were motions by the defendants for a stay in two admiralty actions. The matter concerned several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada. The plaintiff, Arc-en-Ciel Produce Inc. (the Cargo Claimant) alleged that the cargo arrived at its destination in a damaged and deteriorated state. The Cargo Claimant commenced the two actions in the Federal Court, naming as defendants, Great White Fleet, the vessels that carried the cargo, and their respective owners. The defendant, Great White Fleet (the Carrier), is a defendant in both actions. The Carrier and the

en litige prévoyait entre autres des tarifs réduits; il contenait également une clause incorporant les modalités du « connaissance du transporteur », qui prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités et conditions de l’expédition — Le contrat de service en litige n’était pas un contrat du type qui commandait l’application des Règles de La Haye-Visby, qui avait force de loi — Même s’il régissait les relations commerciales entre les parties, il ne pouvait pas être considéré comme un connaissance ou un document similaire formant titre préparé en vue du transport d’une cargaison donnée — En l’espèce, les documents d’expédition étaient la meilleure preuve des contrats de transport, chacun d’eux renvoyant au numéro du contrat de services conclu entre les parties — Par conséquent, des documents s’apparentant à des lettres de transport ont été délivrés par le transporteur pour les expéditions en litige, les tarifs applicables étant régis par le contrat de services — Comme le document d’expédition n’était pas un contrat de transport au sens des Règles de La Haye-Visby, il ne s’agissait pas d’un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 43 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime.

Pratique — Suspension d’instance — Les défendeurs ont demandé une suspension d’instance dans deux actions en matière d’amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada, dans le cadre desquelles la demanderesse (la réclamante) a allégué que la cargaison était arrivée à destination endommagée et détériorée — Le critère applicable à l’examen d’une requête en suspension d’instance présentée sur le fondement du paragraphe 50(1) de la Loi sur les Cours fédérales est le critère des « motifs sérieux » énoncé dans l’arrêt The Eleftheria et adopté dans Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V. — Ce critère exige que la Cour tienne compte de toutes les circonstances de l’affaire à l’étude au moment d’exercer son pouvoir discrétionnaire — En l’espèce, les facteurs examinés militaient en faveur de la suspension d’instance — Au titre du critère des motifs sérieux, la Cour doit donner effet à l’entente conclue entre les parties, sauf circonstances exceptionnelles — Vu les circonstances de l’espèce, la réclamante ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer l’existence de motifs suffisamment sérieux pour conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste d’appliquer la clause d’élection de for.

Il s’agissait de deux requêtes en suspensions d’instance présentées par les défendeurs dans deux actions en matière d’amirauté. L’affaire concernait plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada. La demanderesse, Arc-en-Ciel Produce Inc. (l’entreprise réclamante ou la réclamante) a allégué que la cargaison est arrivée à destination endommagée et détériorée. La réclamante, qui a intenté deux actions devant la Cour fédérale, a désigné comme défendeurs la Great White Fleet, les navires qui transportaient la cargaison et leurs propriétaires respectifs.

Cargo Claimant have a business relationship spanning several years. The nature of the contractual relationship between them, as it pertained to the shipments in question, was at issue in the present motions.

The Carrier brought a motion in each of the actions seeking a stay, pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Courts Act*, on the basis of a forum selection clause in favour of the United States District Court, Southern District of New York. The Carrier's position was that the parties should be held to their bargain and, consequently, the Court should exercise its discretion to grant a stay. The Carrier submitted that the Cargo Claimant had failed to show a "strong cause" as to why the forum selection clause should not be enforced. The Cargo Claimant asked the Court to decline to enforce the forum selection clause on two grounds: the contracts at issue fell within the scope of section 46 of the *Marine Liability Act* (the Act) and it had demonstrated that a "strong cause" existed to set aside the forum selection clause.

The Cargo Claimant is a Canadian company that specializes in the importation and distribution of fresh produce to local merchants. The Carrier specializes in dry and refrigerated containerized cargo services between Central and North America. Over the course of the business relationship, the Carrier provided the Cargo Claimant with door-to-door transportation services for produce from Central America to Ontario using refrigerated containers. With respect to shipments originating from Costa Rica, the Carrier and the Cargo Claimant had entered into a series of service contracts. The most recent service contract, entitled Confidential Service Contract (Service Contract), was entered into in June 2017, and remained in effect through June 30, 2018. It was in effect at the time of the shipments at issue. The Service Contract provided for discounted rates, as compared to the Carrier's published tariff, provided the minimum cargo commitment was reached. The Service Contract contained a clause incorporating the "Carrier's bill of lading" and providing that said "bill of lading will determine the terms and conditions of the shipment". The Carrier's standard form bill of lading, a one-page form, included a jurisdiction clause (forum selection clause) providing for the exclusive jurisdiction of the United States District Court, Southern District of New York. It also included a "clause paramount", which provided that the carriage shall be governed by the United States *Carriage of Goods by Sea Act*, and an applicable law clause specifying the application of United States federal law or the laws of the State of New York (where there is no governing federal law). The Cargo Claimant stated that at no time was it provided with a copy of the terms and conditions of the Carrier's standard form bill of lading whereas the Carrier

La défenderesse, la Great White Fleet (le transporteur), agit à ce titre dans les deux actions. Le transporteur et la réclamante entretiennent une relation d'affaires depuis plusieurs années. La nature de la relation contractuelle qui les unissait, relativement aux expéditions en cause, était en litige dans les présentes requêtes.

Dans chacune des actions, le transporteur a présenté, en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, une requête en suspension d'instance fondée sur la clause d'élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York. Le transporteur a fait valoir que les parties devaient être tenues de respecter leur entente et que, par conséquent, la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'accorder la suspension d'instance demandée. Le transporteur a soutenu que la réclamante n'avait pas démontré l'existence d'un « motif sérieux » de ne pas appliquer la clause d'élection de for. La réclamante a demandé à la Cour de refuser d'appliquer la clause d'élection de for pour deux motifs : les contrats en litige entraient dans le champ d'application de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* (la Loi) et elle avait démontré l'existence d'un « motif sérieux » d'annuler la clause d'élection de for.

La réclamante est une entreprise canadienne qui se spécialise dans l'importation de fruits et légumes frais et leur distribution à des commerçants locaux. Le transporteur est spécialisé dans les services de fret conteneurisé sec et réfrigéré entre l'Amérique centrale et l'Amérique du Nord. Au cours de leur relation d'affaires, le transporteur a fourni à la réclamante des services de transport porte-à-porte de fruits et légumes frais en provenance d'Amérique centrale vers l'Ontario, au moyen de conteneurs réfrigérés. Relativement aux expéditions en provenance du Costa Rica, le transporteur et la réclamante avaient conclu une série de contrats de services. Le plus récent, intitulé contrat de services confidentiels (contrat de services), a été conclu en juin 2017 et est resté en vigueur jusqu'au 30 juin 2018. Il était en vigueur au moment des expéditions en litige. Le contrat de services prévoyait des tarifs réduits par rapport au tarif publié par le transporteur, à condition que l'engagement minimum de cargaison soit atteint. Il contenait une clause incorporant le « connaissance du transporteur » et prévoyant que ce « connaissance déterminera les modalités et conditions de l'expédition ». Le connaissance type du transporteur était un formulaire d'une page sur lequel on trouvait une clause de compétence (clause d'élection de for), qui attribuant compétence exclusive à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York. Il comprenait également une « clause paramount » stipulant que le transport serait régi par la *Carriage of Goods by Sea Act* des États-Unis et une clause relative au droit applicable prévoyant l'application du droit fédéral américain ou, si aucune loi fédérale ne s'appliquait, des lois de l'État de New York. La réclamante a déclaré n'avoir jamais reçu de copie des modalités figurant au formulaire type de connaissance du transporteur,

stated that it was available and referenced in all the contractual documentation between the parties. In order to obtain delivery of the cargo, the Cargo Claimant was not required to tender or present a copy of the shipping document (Shipping Document). The Carrier referred to the Shipping Document as an “unsigned non-negotiable Express Release Bill of Lading” while the Cargo Claimant referred to it as a “non-negotiable International Bill of Lading”. The nature and characterization of the Shipping Document and the consequences that flowed from that characterization were central to the present motions.

The Shipping Documents pertaining to each of the containers were issued between December 15, 2017 and January 28, 2018. The shipments arrived in Etobicoke between January 4 and February 26, 2018. The Cargo Claimant claimed that when it unsealed the containers, it discovered that the cargoes exhibited various forms of damage. The Cargo Claimant notified the Carrier of the loss and submitted claims to the Carrier. On December 21, 2018, the Cargo Claimant commenced the present actions. The motions were denied by the Federal Court but were appealed. The Federal Court of Appeal allowed the appeal, finding that the question of whether the contractual arrangements between the parties fell within the scope of section 46 of the Act should generally be settled before trial. Thus, the motions were remitted to the Federal Court for the determination of the applicability of section 46 of the Act.

The issues in the present motions were (i) the nature of the contractual arrangements between the Carrier and the Cargo Claimant, as evidenced by the Service Contract and the Shipping Documents; (ii) whether the contractual arrangements attracted the application of section 46 of the Act with the result that the Cargo Claimant could continue its proceedings in Canada despite the forum selection clause; and (iii) if section 46 of the Act did not apply, whether the forum selection clause should nevertheless be set aside on the basis of the strong cause test (set out in *The Eleftheria* and adopted in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*).

Held, the motions should be granted.

The Cargo Claimant pleaded that the Shipping Document was a bill of lading while the Carrier pleaded that it was not in the sense that it attracted the application of sections 43 and 46 of the Act, despite the language on the heading of the document. The Act does not provide a definition of a bill of lading. Consequently, in order to ascertain the meaning of this term, the common law and the international convention governing the carriage of goods by sea (the *Hague-Visby Rules*) were examined. A bill of lading is a document that is widely used in the carriage of goods by sea. It tends to be employed in the liner trade and on chartered ships in certain other trades. A bill

alors que le transporteur a affirmé que ces modalités étaient accessibles et mentionnées dans tous les documents contractuels conclus entre les parties. Pour pouvoir prendre livraison des marchandises, la réclamante n’était pas tenue de présenter ou de remettre une copie du document d’expédition. Le transporteur a décrit ce document comme étant une « remise expresse non signée et non négociable », alors que la demanderesse l’a décrit comme étant un « connaissement international non négociable ». La nature et la qualification du document d’expédition, ainsi que les conséquences qui découlaient de cette qualification, étaient au cœur des présentes requêtes.

Les documents d’expédition relatifs à chacun des conteneurs ont été délivrés entre le 15 décembre 2017 et le 28 janvier 2018. Les envois sont arrivés à Etobicoke entre le 4 janvier et le 26 février 2018. La réclamante a affirmé que, lorsqu’elle a descellé les conteneurs, elle a découvert que les marchandises présentaient diverses formes de dommages. La réclamante a informé le transporteur de la perte et lui a présenté des demandes d’indemnisation. La réclamante a introduit les présentes actions le 21 décembre 2018. Les requêtes ont été rejetées par la Cour fédérale, mais la décision a été portée en appel. La Cour d’appel fédérale a accueilli l’appel, après avoir conclu que la question de savoir si les ententes contractuelles conclues entre les parties relevaient de l’article 46 de la Loi devait généralement être tranchée avant le procès. Par conséquent, les requêtes ont été remises à la Cour fédérale afin qu’une décision soit rendue sur l’applicabilité de l’article 46 de la Loi.

Il s’agissait de déterminer (i) la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante, telle qu’elle ressortait du contrat de services et des documents d’expédition; (ii) si les ententes contractuelles commandaient l’application de l’article 46 de la Loi de sorte que la réclamante pouvait poursuivre les procédures au Canada malgré la clause d’élection de for; (iii) si, dans le cas où l’article 46 de la Loi ne s’appliquait pas, la clause d’élection de for devait néanmoins être annulée sur la base du critère des motifs sérieux (énoncé dans l’arrêt *The Eleftheria* et adopté dans l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*).

Jugement : les requêtes doivent être accueillies.

La réclamante a affirmé que le document d’expédition était un connaissement alors que le transporteur a affirmé qu’il ne s’agissait pas d’un connaissement qui commanderait l’application des articles 43 et 46 de la Loi, malgré l’en-tête du document. La Loi ne donne toutefois pas de définition du connaissement. Par conséquent, la common law, puis la convention internationale régissant le transport de marchandises par mer (*Règles de La Haye-Visby*) ont été examinées afin de définir ce terme. Un connaissement s’entend d’un document largement utilisé dans le transport de marchandises par mer. Il est souvent employé dans le trafic de ligne et sur les navires

of lading fulfills three key functions: (a) to act as a receipt for the goods received by the carrier; (b) to evidence the terms of the contract of carriage; and (c) to act as a “document of title”. While there is no universally accepted definition of a bill of lading, a document that has all three characteristics will almost certainly be one, while a document that does not will rarely be one. The expression “document of title” could be inadvertently understood to mean a document that necessarily transfers ownership but this is not the case. Thus it is better understood as a document entitling the holder to receive the goods at the end of the voyage. The bill of lading is thus described as a document entitling possession of the goods described therein rather than necessarily identifying the legal owner or the person with the right of property in the goods. By transferring or negotiating the bill of lading, the right to possession is transferred. Bills of lading are considered “order” or “negotiable” bills of lading. This refers to the transferability of the bills of lading. Certain types of bills of lading and shipping documentation have evolved alongside commercial practices with the result that these newer documents (i) are not referred to as order bills of lading; (ii) are no longer transferable or negotiable; and (iii) in certain cases, but not all, they no longer need to be presented in order to obtain delivery.

The need to unify maritime law in particular led to the creation of the *Hague Rules* of 1924, which entered into force in 1931 and were widely ratified and adopted throughout the world. The aim of the *Hague Rules* was broadly to standardise within certain limits the rights of every holder of a bill of lading against the ship owner, prescribing an irreducible minimum for the responsibilities and liabilities to be undertaken by the latter. In 1936, Canada incorporated the *Hague Rules* into its domestic legislation. As a result of advancements and changes in the shipping industry, including the advent of containers, certain updates were made to the *Hague Rules* in 1968. The resulting *Hague-Visby Rules* came into force in 1977. They were incorporated into Canadian law by way of the 1993 *Carriage of Goods by Water Act*. Canada’s carriage of goods by water regime remains a *Hague-Visby Rules* based regime. In 2001, Part 5 of the Act replaced the 1993 *Carriage of Goods by Water Act*. Save for section 46 of the Act, Canada’s carriage regime has remained the same.

Section 46 of the Act applies to “a contract for the carriage of goods by water”. This expression is not defined in the Act. It had to be determined whether the Shipping Document and/

affrétés dans le cadre de certaines opérations commerciales. Un connaissement remplit les trois fonctions essentielles suivantes : a) servir de reçu pour les marchandises reçues par le transporteur; b) prouver les modalités du contrat de transport; c) servir de « document formant titre ». Bien qu’il n’existe pas de définition universellement acceptée du connaissement, le document pourvu de ces trois caractéristiques en sera fort probablement un, tandis que celui qui en est dépourvu en sera rarement un. L’expression « document formant titre » pourrait être interprété par mégarde comme désignant un document qui transfère nécessairement la propriété, alors que ce n’est pas le cas. Par conséquent, un document formant titre doit donc plutôt être vu comme un document donnant droit à son porteur de recevoir les marchandises à la fin du voyage. Le connaissement peut donc être décrit comme un document donnant droit à la possession des marchandises qui y sont décrites plutôt que comme un document désignant nécessairement le propriétaire en droit des marchandises ou le titulaire du droit de propriété sur les marchandises. Lorsqu’on transfère ou négocie un connaissement, c’est le droit à la possession qu’on transfère. Il peut s’agir d’un connaissement « à ordre » ou d’un connaissement « négociable ». Ces termes renvoient à la transférabilité des connaissements. Certains types de connaissements et de documents d’expédition ont évolué en même temps que les pratiques commerciales. Ainsi, ces nouveaux documents (i) ne s’appellent pas des connaissements à ordre, (ii) ne sont plus transférables ou négociables, et (iii) n’ont plus besoin, dans certains cas, mais pas tous, d’être présentés pour avoir droit à la délivrance des marchandises.

La nécessité d’unifier le droit maritime en particulier a conduit à la création des *Règles de La Haye* de 1924, qui sont entrées en vigueur en 1931 et ont été largement ratifiées et adoptées dans le monde entier. L’objectif des *Règles de La Haye* était, en gros, d’uniformiser dans certaines limites les droits que tout porteur de connaissement pouvait faire valoir à l’encontre du propriétaire du navire, en imposant à ce dernier un minimum irréductible de responsabilités et d’obligations. En 1936, le Canada a incorporé les *Règles de La Haye* à sa loi nationale. Par suite des progrès réalisés dans le secteur du transport maritime, notamment l’apparition des conteneurs, certaines mises à jour ont été apportées aux *Règles de La Haye* en 1968. Les *Règles de La Haye-Visby* qui en ont résulté sont entrées en vigueur en 1977. Elles ont été incorporées au droit canadien par la *Loi sur le transport de marchandises par eau* de 1993. Le régime canadien de transport de marchandises par eau reste un régime fondé sur les *Règles de La Haye-Visby*. En 2001, la *Loi sur le transport des marchandises par eau* de 1993 a été remplacée par la partie 5 de la Loi. Sous réserve de l’article 46 de la Loi, le régime canadien de transport est resté le même.

L’article 46 de la Loi s’applique au « contrat de transport de marchandises par eau ». Cette expression n’est pas définie dans la Loi. Il s’agissait de déterminer si le document d’expédition

or the Service Contract constituted a contract of carriage as defined by Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules*. Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules* defines a contract of carriage to which they apply as being covered by a bill of lading or any similar document of title, in so far as such document relates to the carriage of goods by water, including any bill of lading or any similar document. The parties agreed that the Shipping Document was used as an acknowledgement of receipt for the cargo. Moreover, it was clear from the record that the Shipping Document evidenced the terms of carriage as between the Cargo Claimant and the Carrier. The Shipping Document named the Cargo Claimant as consignee. There was no language contained on the face of the Shipping Document that indicated that it was transferable. The Shipping Document contained the printed words “NOT NEGOTIABLE UNLESS CONSIGNED TO ORDER”. Not only was there no language permitting transferability in the Shipping Document, there was language negating transferability. The fact that a bill of lading is not transferable does not necessarily mean that it is excluded from Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules* on the basis that it is not a “document of title”. A “straight bill of lading” is one that is consigned to a named consignee and cannot be transferred. Here, the fact that the Shipping Document was not required to be surrendered to the Carrier or its agent in order to obtain delivery of the cargo substantially weighed against the Shipping Document being considered a straight bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*. It was clear from the record that the parties did not intend that the Shipping Document be presented in order to obtain the cargo. Moreover, it was the practice of the parties for such shipments that presentation was not required. The date and signature lines contained in the Shipping Document were also left blank. It was clear from the record that they were never intended to be signed. The lack of signature by the Carrier or its agent was not an oversight but was part of the *modus operandi*. This too weighed against the Shipping Document being considered a bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*. The *modus operandi* evidenced a clear intention and practice, on the part of the parties, that the Shipping Documents remain unsigned, were stamped non-negotiable, and were not tendered in order to obtain delivery. However, there was a measure of ambiguity in the Shipping Document’s terms. This derived from the use of a hybrid or dual purpose form. The hybrid form in this case contained numerous references to the “bill of lading”, including the header “INTERNATIONAL BILL OF LADING”. The fact that the Shipping Document was unsigned, with no originals issued, and presentation was not required to obtain delivery of the Cargo weighed heavily against the Shipping Document being a contract of carriage, i.e., a bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*. Therefore, the Shipping Document was not a bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*.

et le contrat de services étaient des contrats de transport au sens de l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*. L’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby* définit le contrat de transport auquel elles s’appliquent comme suit : contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par eau, il s’applique également au connaissance ou document similaire. Les parties ont convenu que le document d’expédition a été utilisé comme accusé de réception pour la cargaison. En outre, il ressortait clairement du dossier que le document d’expédition attestait des conditions de transport convenues entre la réclamante et le transporteur. Le document d’expédition désignait la réclamante comme destinataire. Rien au recto du document d’expédition n’indiquait qu’il était transférable. Sur le document d’expédition se trouvaient les mots « NON NÉGOCIABLE À MOINS D’ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE ». Non seulement le document d’expédition ne contenait aucun terme permettant qu’il soit transféré, mais il contenait des termes excluant qu’il le soit. Le fait qu’un connaissance ne soit pas transférable ne signifie pas nécessairement qu’il n’est pas visé par l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby* au motif qu’il ne s’agit pas d’un « document formant titre ». Un « connaissance nominatif » est un connaissance qui est établi au nom du destinataire et qui ne peut être transféré. En l’espèce, le fait qu’il n’était pas nécessaire de remettre le document d’expédition au transporteur ou à son agent pour avoir droit à la délivrance de la cargaison militait grandement contre la conclusion que le document d’expédition était un connaissance nominatif ou un autre document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*. Il ressortait clairement du dossier que les parties n’avaient pas l’intention qu’il soit nécessaire de présenter le document d’expédition pour obtenir la cargaison. De plus, les parties avaient l’habitude lors de tels envois de ne pas exiger la présentation du document. Dans le document d’expédition, les lignes où inscrire la date et apposer les signatures étaient également laissées en blanc. Le dossier indiquait clairement que les parties n’avaient jamais eu l’intention qu’il soit signé. Qu’il n’ait pas été signé par le transporteur ou son agent n’était pas un oubli, mais faisait partie du *modus operandi*. Cela aussi militait contre la conclusion que le document était un connaissance ou un autre document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*. Le *modus operandi* témoignait d’une intention et d’une pratique claires de la part des parties, à savoir que les documents d’expédition ne soient pas signés, qu’ils portent l’estampille « non négociable » et qu’ils ne soient pas présentés pour avoir droit à la délivrance. Toutefois, les termes du document d’expédition étaient quelque peu ambigus. Cela s’expliquait par l’utilisation d’un formulaire hybride ou à double usage. Le formulaire hybride en l’espèce renvoyait à plusieurs reprises au « connaissance », notamment dans l’entête « CONNAISSANCEMENT INTERNATIONAL ». Le fait que le document d’expédition n’a pas été signé, qu’aucun original n’a été délivré et qu’il n’était pas nécessaire de le présenter pour avoir droit à la délivrance de la cargaison étaient autant de

The nature of waybills was examined to determine whether the Shipping Document was akin to a waybill. A negotiable bill of lading or straight bill of lading, while a useful document for merchants and bankers who wish to buy, sell or borrow against cargo while in transit, come with challenges, such as possible delays in delivery if there are delays in documentation. This is the reason simpler documents known as waybills were developed. Although waybills share certain characteristics with traditional bills of lading, they differ in a number of respects. A waybill is not a document of title, and thus, it does not have to be presented to the carrier in order to receive delivery of the cargo. Given that waybills are not considered to be bills of lading or similar documents of title, the *Hague-Visby Rules* do not apply to them by force of law. In order for the *Hague-Visby Rules* to be compulsory, there must be a contract of carriage as defined in Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules*. As such, when a waybill is used, the parties are free of the imposition of the rights and obligations contained in the *Hague-Visby Rules*. In the matter at hand, although the Shipping Document was entitled “INTERNATIONAL BILL OF LADING”, it was used and treated as a waybill would be. While the Carrier used a hybrid form as the basis for the Shipping Document, the manner in which it was filled in and the portions that were left blank spoke to the document being akin to a waybill. While certain printed terms on the Shipping Document did refer to a bill of lading, the document was stamped non-negotiable and “express release”. It is well established that printed terms are subordinate to stamped terms. Moreover, the cargo at issue was in fact released on an express basis. The practice of the Carrier releasing the cargo without presentation of the Shipping Document meant that the parties treated it as a waybill. The Carrier was right in submitting that it was also the intention of the parties that the Shipping Documents be treated as waybills. Moreover, the evidence indicated that the parties intended to use an efficient and expedited process and did so. Therefore, the true nature and effect of the Shipping Document was akin to a waybill. It was a receipt for the cargo carried and evidence of the terms of the contract of carriage; however, it was not a document of title. Consequently, the contract of carriage at issue was not evidenced by a bill of lading or similar document of title as per Article 1(b) of the *Hague Visby Rules* and was not the type of contract that would attract the application of the *Hague-Visby Rules* by force of law.

facteurs qui militaient fortement contre la thèse voulant que le document d’expédition soit un contrat de transport, c’est-à-dire un connaissement ou autre document formant titre selon les *Règles de La Haye-Visby*. Par conséquent, le document d’expédition n’était pas un connaissement ni un autre document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*.

La nature des lettres de transport a été examinée afin de déterminer si le document d’expédition s’apparentait à une lettre de transport. Le connaissement négociable ou le connaissement nominatif est utile pour les commerçants et les banquiers qui désirent acheter ou vendre des marchandises, ou emprunter en donnant les marchandises en transit en garantie, mais pose toutefois certains problèmes, comme d’éventuels retards dans la délivrance causés par un retard dans la présentation des documents. C’est pourquoi des documents plus simples, appelés lettres de transport, ont été mis au point. Bien que les lettres de transport et les connaissements classiques aient certaines caractéristiques en commun, ils diffèrent sur plusieurs aspects. La lettre de transport n’est pas un document formant titre; elle n’a donc pas à être présentée au transporteur pour prendre livraison de la cargaison. Comme les lettres de transport ne sont pas considérées comme des connaissements ou des documents similaires formant titre, elles ne sont pas assujetties aux *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi. Pour que les *Règles de La Haye-Visby* s’appliquent, il faut un contrat de transport au sens de l’alinéa 1b) de ces Règles. Ainsi, les parties qui ont recours à une lettre de transport échappent à l’application des droits et obligations prévues par les *Règles de La Haye-Visby*. En l’espèce, même si le document d’expédition était intitulé « CONNAISSEMENT INTERNATIONAL », il a été utilisé et traité comme une lettre de transport. Bien que le transporteur ait utilisé un formulaire hybride comme document d’expédition, la façon dont ce formulaire a été rempli — des sections ont été laissées en blanc — a fait que ce document s’apparentait à une lettre de transport. Même si certains termes imprimés du document d’expédition faisaient référence au connaissement, le document portait les estampilles « non négociable » et « remise expresse ». Il est bien établi que les termes imprimés sont subordonnés aux termes estampillés. Qui plus est, la cargaison en cause avait bel et bien fait l’objet d’une remise expresse. Le fait que le transporteur avait remis les marchandises sans exiger la présentation du document d’expédition signifiait que les parties considéraient ce document comme une lettre de transport. Le transporteur a eu raison de prétendre que les parties entendaient elles aussi que les documents d’expédition soient considérés comme des lettres de transport. Qui plus est, la preuve montrait que les parties avaient l’intention d’utiliser un processus efficace et accéléré, ce qu’elles ont fait. Par conséquent, la véritable nature du document d’expédition s’apparentait à celle de la lettre de transport. Le document d’expédition était un reçu attestant de la cargaison transportée et des modalités du contrat de transport. Il ne s’agissait toutefois pas d’un document formant titre.

The contractual relationship between the parties was evidenced not only by the Shipping Documents pertaining to the cargo at issue but also by the Service Contract. Over the course of their business relationship, the parties entered into a series of service contracts. The Service Contract at issue provided for discounted rates in particular. It contained a clause incorporating the terms of the “Carrier’s bill of lading” into the Service Contracts and provided that said bill of lading would determine the terms and conditions of the shipment. In the event of conflict between the provisions of the Service Contract and the terms of the bill of lading, those of the bill of lading would prevail. The Service Contract at issue was not the type of contract that attracted the application of *Hague-Visby Rules* by force of law. While it governed the commercial relationship between the parties, it could not be considered to be a bill of lading or similar document of title for any particular shipment. In the present case, the best evidence of the contracts of carriage were the Shipping Documents, which included a reference to the contract number of the Service Contract between the parties. Thus, documents akin to waybills were issued by the Carrier for the shipments at issue, the rates for which were governed by the Service Contract. Given that the Shipping Document was not a contract of carriage under the *Hague-Visby Rules*, it was not a “contract for the carriage of goods by water” under section 43 of the Act.

The next issue was whether a waybill is a “contract for the carriage of goods by water” under section 46 of the Act. Section 46 of the Act permits a claimant to institute proceedings in Canada, despite a foreign forum selection clause in a contract of carriage, provided certain conditions are met. The Cargo Claimant satisfied those conditions. Section 46 was primarily enacted in order to protect Canadian exporters and importers from having to bear the expense, which may be prohibitive, of litigating claims against carriers in foreign jurisdictions. The *Hague-Visby Rules* have force of law in Canada in respect of contracts for the carriage of goods by water by virtue of section 43 of the Act. Sections 43 and 46 are contained in Part 5 of the Act entitled “Liability for the Carriage of Goods by Water”. The purpose of the provisions, as well as the legal context in which they were adopted, speak to an effort to address a power imbalance between carriers operating in the liner trade and the shippers and consignees whose cargo is carried. Given the alignment between the aims of sections 43 and 46, the meaning of the language in section 46 cannot be divorced from the meaning of the language in section 43. The context and general purpose of Part 5 of the Act is to deal with the rights and obligations

Par conséquent, le contrat de transport en litige n’était pas constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre au sens de l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*; ce n’était pas non plus un contrat du type qui commande l’application des *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi.

Le rapport contractuel qui unissait les parties était attesté non seulement par les documents d’expédition se rapportant à la cargaison en litige, mais aussi par le contrat de services. Les parties ont conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d’affaires. Le contrat de service en litige prévoyait entre autres des tarifs réduits. Il contenait une clause incorporant les modalités du « connaissance du transporteur » et prévoyait que ce connaissance déterminerait les modalités de l’expédition. En cas de conflit entre les dispositions du contrat de services et les modalités du connaissance, ces dernières auraient préséance. Le contrat de services n’était pas le type de contrat qui commandait l’application des *Règles de La Haye-Visby*, qui avaient force de loi. Même s’il régissait les relations commerciales entre les parties, il ne pouvait pas être considéré comme un connaissance ou un document similaire formant titre préparé en vue du transport d’une cargaison donnée. En l’espèce, les documents d’expédition étaient la meilleure preuve des contrats de transport, chacun d’eux renvoyant au numéro du contrat de services conclu entre les parties. Par conséquent, des documents s’apparentant à des lettres de transport ont été délivrés par le transporteur pour les expéditions en litige, les tarifs applicables étant régis par le contrat de services. Comme le document d’expédition n’était pas un contrat de transport au sens des *Règles de La Haye-Visby*, il ne s’agissait pas d’un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 43 de la Loi.

Il s’agissait ensuite de déterminer si une lettre de transport est un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 46 de la Loi. L’article 46 de la Loi permet au réclamant d’intenter une action au Canada même si le contrat de transport comporte une clause d’élection de for étranger, pourvu que certaines conditions soient respectées. La réclamante respectait ces conditions. L’article 46 a été adopté principalement dans le but de protéger les exportateurs et importateurs canadiens contre les coûts, parfois prohibitifs, qu’ils auraient à assumer s’ils devaient faire valoir leurs créances contre des transporteurs dans des pays étrangers. Les *Règles de La Haye-Visby* ont force de loi au Canada à l’égard des contrats de transport de marchandises par eau aux termes de l’article 43 de la Loi. Les articles 43 et 46 se trouvent à la partie 5 de la Loi, intitulée « Responsabilité en matière de transport de marchandises par eau ». L’objet de ces dispositions, de même que le contexte juridique dans lequel elles ont été adoptées, témoigne des efforts qui ont été faits afin de corriger le déséquilibre de pouvoir entre, d’une part, les transporteurs dans le domaine du trafic de ligne et, d’autre part, les chargeurs et destinataires dont les marchandises sont transportées. Comme l’objectif de l’article 43 concorde avec celui

of carriers in the liner trade by implementing the *Hague-Visby Rules* in particular. Thus, it could not be said that the purposes of sections 43 and 46 differed such that a different interpretation of the term “contract for the carriage of goods by water” was warranted. The term “contract for the carriage of goods by water” in section 43 does not include waybills. The same term as used in section 46 should be given the same meaning, and thus also not include waybills. The Cargo Claimant’s concern that the regime did not apply to it by force of law because of the nature of the documentation held true for both sections 43 and 46. Both sections had as their purposes to protect shippers and consignees and neither applied by force of law because the Shipping Documents were not bills of lading or similar documents of title, and therefore were not contracts for the carriage of goods by water under the Act. The widespread use of non-negotiable carriage documents may well result in claimants, such as the Cargo Claimant, not being able to avail themselves of rights of action in Canada pursuant to section 46 of the Act. However, it was not for the Federal Court to broaden the scope of Canada’s carriage of goods regime, contained in Part 5 of the Act, so as to include waybills and other similar non-negotiable documents. The question of whether Canada’s carriage of goods regime, and particularly section 46, should be extended to apply to waybills was one for Parliament. Contrary to the submissions of the Cargo Claimant, the interests of justice did not warrant an expansive interpretation of section 46 to include waybills and consequently the Shipping Document.

Section 46 of the Act was not applicable to the matter at hand. The appropriate test, therefore, on a motion for a stay pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Courts Act* was the “strong cause” test as set out in *The Eleftheria* and adopted by the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey*. The strong cause test imposes the burden on the party contesting a forum selection clause to satisfy the Court that there is a good reason it should not be bound by the clause. The test requires that the Court, in exercising its discretion, take into account all the circumstances of the particular case. These include matters such as in what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available; whether the law of the foreign court applies; and with what country either party is connected. The factors examined weighed in favour of granting the Carrier’s stay. With respect to the factor of whether the plaintiff would be prejudiced by having to litigate in the foreign court because they would be faced with a time bar, the terms of the

de l’article 46, le sens du libellé de l’article 46 ne saurait être dissocié de celui de l’article 43. Le contexte et l’objet général de la partie 5 de la Loi définissent les droits et les obligations des transporteurs dans le domaine du trafic de ligne, en donnant force de loi aux *Règles de La Haye-Visby* en particulier. Par conséquent, on ne pouvait pas dire que les objets des articles 43 et 46 différaient à ce point qu’il fallait interpréter différemment l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » dans ces deux dispositions. L’expression « contrat de transport de marchandises par eau » à l’article 43 ne vise pas les lettres de transport. Il convient de donner le même sens à la même expression utilisée à l’article 46 et, donc, de conclure que celle-ci ne vise pas non plus les lettres de transport. L’argument avancé par la réclamante — que le régime ne s’appliquait pas à elle de plein droit en raison de la nature de la documentation — valait à la fois pour les articles 43 et 46. Les deux dispositions ont pour objet de protéger les expéditeurs et les destinataires, mais aucune ne s’appliquait de plein droit, parce que les documents d’expédition n’étaient pas des connaissements ou autres documents similaires formant titre et qu’il ne s’agissait donc pas de contrats de transport de marchandises par eau au sens de la Loi. L’utilisation généralisée de documents de transport non négociables pourrait bien faire en sorte que des demandeurs, comme la réclamante en l’espèce, ne puissent faire valoir le droit que leur confère l’article 46 de la Loi d’intenter une action au Canada. Il n’appartenait toutefois pas à la Cour fédérale d’élargir la portée du régime de transport de marchandises au Canada, établi à la partie 5 de la Loi, afin qu’il englobe les lettres de transport et autres documents non négociables semblables. Il appartient au législateur de décider si le régime canadien de transport de marchandises, et plus précisément l’article 46, devrait être élargi afin qu’il s’applique également aux lettres de transport. Contrairement aux observations de la réclamante, il n’était pas dans l’intérêt de la justice de donner à l’article 46 une interprétation large qui englobait les lettres de transport et, par conséquent, le document d’expédition.

L’article 46 de la Loi ne s’appliquait pas en l’espèce. Par conséquent, le critère applicable à l’examen d’une requête en suspension d’instance présentée sur le fondement du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* était le critère des « motifs sérieux » énoncé dans l’arrêt *The Eleftheria* et adopté par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Z.I. Pompey*. Le critère des motifs sérieux impose à la partie qui conteste la clause d’élection de for le fardeau de convaincre la Cour qu’un motif valable justifie qu’elle ne soit pas liée par cette clause. Le critère exige que le tribunal, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, prenne en considération toutes les circonstances de l’affaire en cause. Il peut s’agir notamment de déterminer dans quel pays on peut trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait; l’applicabilité du droit du tribunal étranger; les pays avec lesquels chaque partie a des liens. Les facteurs examinés militaient en faveur de la suspension d’instance. Quant au facteur permettant de déterminer si la demanderesse subirait

Shipping Documents contained a one-year time bar from the date upon which the cargos were delivered. When the motion was first heard in 2019, counsel for the Carrier provided an undertaking to refrain from raising the time-bar. There was no reason why such a conditional order in the present matter would not address the argument raised by the Cargo Claimant that the time-bar would cause prejudice. The present action would be stayed, not dismissed, and the Cargo Claimant would have recourse to the Court should the Carrier raise the time-bar in the foreign proceedings. With respect to the Cargo Claimant's concern of public policy, even if the public policy of protecting small and medium-sized Canadian importers and exporters were to be a consideration, it did not warrant setting aside the forum selection clause in this case. Under the strong cause test, in all but exceptional circumstances, the Court is to give effect to the parties' agreement. Taking into account all the circumstances of the present case, the Cargo Claimant did not meet its burden of showing sufficiently strong reasons to conclude that it would not be reasonable or just to enforce the forum selection clause.

un préjudice si elle devait tenter une action devant un tribunal étranger du fait qu'elle serait soumise à un délai de prescription, les modalités énoncées dans les documents d'expédition prévoyaient un délai de prescription d'un an à partir de la date de livraison des cargaisons. Lorsque la présente requête a d'abord été entendue en 2019, l'avocat du transporteur s'était engagé à ne pas invoquer le délai de prescription. Il n'y avait rien qui empêchait, en l'espèce, de répondre à l'argument soulevé par la réclamante, à savoir que le délai de prescription lui causerait préjudice, par une ordonnance conditionnelle de cette nature. La présente action serait suspendue, et non rejetée, et la réclamante pourrait s'adresser à la Cour si le transporteur invoquait la prescription devant le tribunal étranger. Quant à l'argument de la réclamante au sujet de l'intérêt public, même si l'on devait tenir compte de l'objectif d'intérêt public de protection des petits et moyens importateurs et exportateurs canadiens, cela ne justifiait pas l'annulation de la clause d'élection de for en l'espèce. Au titre du critère des motifs sérieux, la Cour doit donner effet à l'entente conclue entre les parties, sauf circonstances exceptionnelles. Vu les circonstances de l'espèce, la réclamante ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer l'existence de motifs suffisamment sérieux pour conclure qu'il ne serait ni raisonnable ni juste d'appliquer la clause d'élection de for.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2006).
Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Aust.), No. 160, 1991, s. 11.
Carriage of Goods by Water Act, S.C. 1993, c. 21.
Code of Federal Regulations, 46 C.F.R. § 530.3(q) (Service contract).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 22(2)(f), 50.
Harter Act (Carriage of Goods by Sea), Feb. 13, 1893, ch. 105, 27 Stat. 445.
Marine Liability Act, S.C. 2001, c. 6, ss. 43, 46.
Sea Carriage of Goods Act 1904, No. 14, 1904.
Shipping Act of 1984, 46 U.S.C. App. § 1702, s. 3(19).
Water-Carriage of Goods Act, 1910, S.C. 1910, 9-10 Edw. VII, c. 61.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading, Brussels, 25 August 1924, (Hague Rules), Art. I.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Carriage of Goods by Sea Act 1991 (Aust.), No. 160, 1991, art. 11.
Carriage of Goods by Sea Act, 46 U.S.C. App. § 1300 (2006).
Code of Federal Regulations, 46 C.F.R. § 530.3(q) (Service contract).
Harter Act (Carriage of Goods by Sea), 13 février 1893, ch. 105, 27 Stat. 445.
Loi sur la responsabilité en matière maritime, L.C. 2001, ch. 6, art. 43, 46.
Loi sur le transport des marchandises par eau, L.C. 1993, ch. 21.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 22(2)f, 50.
Sea Carriage of Goods Act 1904, n° 14, 1904.
Shipping Act of 1984, 46 U.S.C. App. § 1702, art. 3(19).
Water-Carriage of Goods Act, 1910, L.C. 1910, 9-10 Edw. VII, ch. 61.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978, conclu à Hambourg le 31 mars 1978, qui constitue l'annexe 4 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (règles de Hambourg).

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules).
United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978, concluded at Hamburg on 31 March 1978, being Schedule 4 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hamburg Rules).

CASES CITED

APPLIED:

Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450; *Eleftheria, The*, [1969] 2 All E.R. 641, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Cami Automotive, Inc. v. Westwood Shipping Lines Inc.*, 2009 FC 664, 351 F.T.R. 236; *The Ardennes*, [1951] 1 K.B. 55, [1950] 2 All E.R. 517; *The Rafaela S*, [2005] UKHL 11, [2005] 1 Lloyd's Rep. 347 (H.L.); *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Les Armateurs du St-Laurent Inc.*, [1977] 1 F.C. 215 (T.D.), rev'd on other grounds [1977] 2 F.C. 503, (1977), 16 N.R. 398 (C.A.); *Mercury XII (Ship) v. MLT-3 (Belle Copper No. 3)*, 2013 FCA 96, 359 D.L.R. (4th) 561; *Ultramar Canada v. Lineas Asmar SA*, [1989] F.C.J. No. 242 (QL) (C.A.); *Burrard-Yarrows Corp. v. "Hoegh Merchant" (The)*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.) aff'd [1983] 1 F.C. 495 (C.A.).

DISTINGUISHED:

H. Paulin & Co. Ltd. v. A Plus Freight Forwarder Co. Ltd., 2009 FC 727, 349 F.T.R. 192, [2009] 4 F.C.R. D-4; *Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751; *Hitachi Maxco Ltd. v. Dolphin Logistics Company Ltd.*, 2010 FC 853, 373 F.T.R. 232.

CONSIDERED:

Arc-en-Ciel Produce Inc. v. MSC Belle (Ship), 2020 FC 23, rev'd *Great White Fleet v. Arc-en-Ciel Produce Inc.*, 2021 FCA 70, 459 D.L.R. (4th) 185; *Lickbarrow v. Mason* (1787), 2 T.R. 63, 100 E.R. 35 (K.B.); *Lickbarrow v. Mason* (1794), 5 T.R. 683, 101 E.R. 380; *Voss v. APL Co. Pte. Ltd.*, [2002] 2 Lloyd's L.R. 707; *Timberwest Forest Corp. v. Pacific Link Services Corp.*, 2008 FC 801, [2009] 2 F.C.R. 496; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *The Rafaela S*, [2003] 3 All E.R. 369, [2003] EWCA Civ. 556; *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, 2006 FCA 284, [2007] 2 F.C.R. 733; *Brink's Global Services Ltd. v. Binex Line Corp.*, 2022 FC 571; *Bomar Navigation Ltée. v. The Hansa Bay*, [1975] 1 F.C. 231 (T.D.).

Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance et Protocole de signature, Bruxelles, 25 août 1924 (règles de La Haye), art. I.
Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Buxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (règles de La Haye-Visby).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V., 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450; *Eleftheria, The*, [1969] 2 All E.R. 641, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Cami Automotive, Inc. c. Westwood Shipping Lines Inc.*, 2009 CF 664; *The Ardennes*, [1951] 1 K.B. 55, [1950] 2 All E.R. 517; *The Rafaela S*, [2005] UKHL 11, [2005] 1 Lloyd's Rep. 347 (H.L.); *Compagnie générale Électrique du Canada Limitée c. Les Armateurs du St-Laurent Inc.*, [1977] 1 C.F. 215 (1^{re} inst.), inf. pour d'autres motifs par [1977] 2 C.F. 503 (C.A.); *Mercury XII (Ship) c. MLT-3 (Belle Copper No. 3)*, 2013 CAF 96; *Ultramar Canada c. Lineas Asmar SA*, [1989] A.C.F. n° 242 (QL) (C.A.); *Burrard-Yarrows Corp. c. "Hoegh Merchant" (Le)*, [1982] 1 C.F. 248 (1^{re} inst.) conf. par [1983] 1 C.F. 495 (C.A.).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

H. Paulin & Co. Ltd. c. A Plus Freight Forwarder Co. Ltd., 2009 CF 727, [2009] 4 R.C.F. F-4; *Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751; *Hitachi Maxco Ltd. c. Dolphin Logistics Company Ltd.*, 2010 CF 853.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Arc-en-Ciel Produce Inc. c. MSC Belle (Navire), 2020 CF 23, inf. par *Great White Fleet c. Arc-en-Ciel Produce Inc.*, 2021 CAF 70; *Lickbarrow v. Mason*, (1787), 2 T.R. 63, 100 E.R. 35 (K.B.); *Lickbarrow v. Mason*, (1794) 5 T.R. 683, 101 E.R. 380; *Voss v. APL Co. Pte. Ltd.*, [2002] 2 Lloyd's L.R. 707; *Timberwest Forest Corp. c. Pacific Link Services Corp.*, 2008 CF 801, [2009] 2 R.C.F. 496; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *The Rafaela S*, [2003] 3 All E.R. 369, [2003] EWCA Civ. 556; *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, 2006 CAF 284, [2007] 2 R.C.F. 733; *Brink's Global Services Ltd. c. Binex Line Corp.*, 2022 CF 571; *Bomar Navigation Ltée. c. « Hansa Bay »*, [1975] 1 C.F. 231 (1^{re} inst.).

REFERRED TO:

Wells Fargo Equipment Finance Company v. Barge “MLT-3”, 2012 FC 738, 413 F.T.R. 96; *The Delfini*, [1990] 1 Lloyd’s Rep. 347; *Canada Moon Shipping Co. Ltd. v. Companhia Siderurgica Paulista-Cosipa*, 2012 FCA 284, sub nom. *T. Co. Metals LLC v. Federal Ems (Vessel)*, [2014] 1 F.C.R. 836; *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd.*, [1961] 1 All E.R. 495, [1961] 1 Lloyd’s Rep. 57; *Riley v. Horne* (1828), 130 E.R. 1044; *Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. v. Kingsland Maritime Corp.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 332, 43 N.R. 1 (F.C.A.); *Seapearl (The Ship M/V) (Ship) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.); *Transcontinental Sales Inc. v. Zim Container Service* (1997), 131 F.T.R. 156 (F.C.T.D.); *Kore Meals LLC v. Freshii Development LLC*, 156 O.R. (3d) 311, 2021 ONSC 2896 (CanLII); *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. v. Erato (The)*, [1996] 1 F.C. 404 (T.D.); *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd.* (2000), 262 N.R. 270, 190 F.T.R. 259, [2000] 4 F.C. D-18 (C.A.); *Arata Potato Co. v. Egyptian Navigation Co. (The El Amria)*, [1981] 2 Lloyd’s Rep. 119 (Eng. C.A.); *Nissho Iwai Corp. v. Paragon Grand Carriers Corp.* (1987), 11 F.T.R. 13 (F.C.T.D.); *Ocean Star Container Line A.G. v. Iberfreight S.A.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.C.A.); *Can-Am Produce & Trading Ltd. v. “Senator” (The)* (1996), 112 F.T.R. 255 (F.C.T.D.).

AUTHORS CITED

Aikens, Richard, et al. *Bills of Lading*, 2nd ed. Abingdon: Informa Law, 2016.

Beecher, Susan. “Can the Electronic Bill of Lading Go Paperless?” (2006), 40:3 *Int’l Law* 627.

Chircop, Aldo, et al. *Canadian Maritime Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

Colford, David. “The Federal Courts and Admiralty Law”, in Martine Valois et al., eds., *The Federal Court of Appeal and the Federal Court: 50 Years of History* (Toronto: Irwin Law, 2021) 467.

Comité Maritime International. *The Travaux Préparatoires of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading*, 25 August 1924, *The Hague Rules*, and of the *Protocols of 23 February 1968 and 21 December 1979*, *The Hague-Visby Rules* (1997) CMI Headquarters.

Gaskell, Nicholas, et al. *Bills of Lading: Law and Contract*, Abingdon: Informa Law, 2000.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.

International Chamber of Commerce. *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits* (1993 Revision), Art. 26.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Wells Fargo Equipment Finance Company c. Barge « MLT-3 », 2012 CF 738; *The Delfini*, [1990] 1 Lloyd’s Rep. 347; *Canada Moon Shipping Co. Ltd. c. Companhia Siderurgica Paulista-Cosipa*, 2012 CAF 284, sub nom. *T. Co. Metals LLC c. Federal Ems (Navire)*, [2014] 1 R.C.F. 836; *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd.*, [1961] 1 All E.R. 495, [1961] 1 Lloyd’s Rep. 57; *Riley v. Horne* (1828), 130 E.R. 1044; *Saint John Shipbuilding et Dry Dock Co. c. Kingsland Maritime Corp.*, [1981] A.C.F. n° 603 (QL) (C.A.); *Seapearl (Navire M/V) c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.); *Transcontinental Sales Inc. c. Zim Container Service*, [1997] A.C.F. n° 917 (QL) (1^{re} inst.); *Kore Meals LLC v. Freshii Development LLC*, 2021 ONSC 2896 (CanLII); *Trans-Continental Textile Recycling Ltd. c. Erato (Le)*, [1996] 1 C.F. 404 (1^{re} inst.); *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd.*, [2000] A.C.F. n° 944 (QL) [2000] 4 C.F. F-18 (C.A.); *Arata Potato Co. v. Egyptian Navigation Co. (The El Amria)*, [1981] 2 Lloyd’s Rep. 119 (C.A. Angl.); *Nissho Iwai Corp. c. Paragon Grand Carriers Corp.*, [1987] A.C.F. n° 480 (QL) (1^{re} inst.); *Ocean Star Container Line A.G. c. Iberfreight S.A.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL) (C.A.); *Can-Am Produce & Trading Ltd. c. “Senator” (Le)*, [1996] A.C.F. n° 550 (QL) (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Aikens, Richard, et autres. *Bills of Lading*, 2^e éd. Abingdon : Informa Law, 2016.

Beecher, Susan. « Can the Electronic Bill of Lading Go Paperless? » (2006), 40:3 *Int’l Law* 627.

Chambre de commerce internationale, *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (révision 1993), art. 26.

Chircop, Aldo, et autres. *Canadian Maritime Law*, 2^e éd., Toronto : Irwin Law, 2016.

Colford, David. « The Federal Courts and Admiralty Law », dans Martine Valois et autres, dir. *The Federal Court of Appeal and the Federal Court : 50 Years of History*, (Toronto : Irwin Law, 2021) 467.

Comité Maritime International. *Les travaux préparatoires de la Convention internationale pour l’unification de certaines règles de droit en matière de connaissance*, 25 août 1924, *les Règles de La Haye*, et des *Protocoles des 23 février 1968 et 21 décembre 1979*, *les Règles de La Haye-Visby* (1997) Siège du CMI.

Gaskell, Nicholas, et autres. *Bills of Lading : Law and Contract*, Abingdon : Informa Law, 2000.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4^e éd., Toronto : LexisNexis, 2020.

Lejnieks, Maris. “Diverging solutions in the harmonisation of carriage of goods by sea: which approach to choose?” (2003), 8:1–2 *Uniform Law Review* 303.

Lilar, Albert and Carlo van den Bosch. *International Maritime Committee 1897-1972*, CMI, 1973.

Mukherjee, Proshanto K. et al. “A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective” (2009), 40:4 *Journal of Maritime Law & Commerce* 579.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 4th ed. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Treitel, G. H. and F. M. B. Reynolds. *Carver on Bills of Lading*, 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2017.

MOTIONS by the defendants for a stay in two admiralty actions involving several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada. Motions granted.

APPEARANCES

Matthew Hamerman for plaintiff.
Katherine Shaughnessy-Chapman for defendants.

SOLICITORS OF RECORD

De Man Pillet, Montréal, for plaintiff.
Brisset Bishop s.e.n.c., Montréal, for defendants.

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

ROCHESTER J:

Table of Contents

	Paragraph
I. Introduction.....	1
II. Facts	9
III. Procedural History	28
IV. Issues.....	32
V. Analysis.....	34
A. Bills of Lading.....	35
(1) First Function—Receipt.....	39

Lejnieks, Maris. « Diverging solutions in the harmonisation of carriage of goods by sea : what approach to choose? » (2003), 8:1–2 *Revue de droit uniforme* 303.

Lilar, Albert et Carlo van den Bosch, *Le Comité Maritime International 1897-1972*. CMI, 1973.

Mukherjee, Proshanto K. et autres. « A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rule : Selected Issues in Perspective » (2009), 40:4 *Journal of Maritime Law & Commerce* 579.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Tetley, William. *Marine Cargo Claims*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008.

Treitel, G. H. et F. M. B. Reynolds. *Carver on Bills of Lading*, 4^e éd. Londres : Sweet & Maxwell, 2017.

REQUÊTES en suspension d’instance présentées par les défendeurs dans deux actions en matière d’amirauté mettant en cause plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada. Requêtes accueillies.

ONT COMPARU :

Matthew Hamerman pour la demanderesse.
Katherine Shaughnessy-Chapman pour les défendeurs.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

De Man Pillet, Montréal, pour la défenderesse.
Brisset Bishop s.e.n.c., Montréal, pour les défendeurs.

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

LA JUGE ROCHESTER :

Table des matières

	Paragraphe
I. Introduction.....	1
II. Faits.....	9
III. Historique procédural.....	28
IV. Questions en litige.....	32
V. Analyse	34
A. Connaissance.....	35
1) Première fonction — Reçu	39

(2) Second Function—Evidence of the Contract of Carriage	40
(3) Third Function—Document of Title.....	41
(4) The Form of a Bill of Lading....	47
B. The <i>Hague-Visby Rules</i> —Introduction and Context.....	50
C. Is the Shipping Document a Contract of Carriage Covered by a Bill of Lading or Any Similar Document of Title Under the <i>Hague-Visby Rules</i> ?	63
D. Is the Shipping Document akin to a Waybill?	96
E. The Service Contract.....	111
F. Conclusion—Characterization of the Shipping Documents and the Service Contract under the <i>Hague-Visby Rules</i> and section 43 of the Act.....	116
G. Does Section 46 of the Act Apply to the Shipping Documents?	120
H. Is There a Strong Cause Not to Enforce the Forum Selection Clause in Favour of the United States District Court, Southern District of New York?	141
VI. Conclusion	166
APPENDIX A	page 600
APPENDIX B	page 608

I. Introduction

The history of maritime law bears the stamp of a constant search for stability and security in the relations between the men who commit themselves and their belongings to the capricious and indomitable sea. Since time immemorial, the postulate which has inspired all the approaches to the problem has implied the establishment of a uniform law.

L'histoire du droit maritime porte l'empreinte d'une recherche constante de stabilité et de sécurité dans les rapports entre les hommes qui confient leur personne et leurs biens à la mer capricieuse et indomptable. Depuis des temps

2) Deuxième fonction — Preuve du contrat de transport	40
3) Troisième fonction — Document formant titre	41
4) La forme du connaissement...	47
B. Les <i>Règles de La Haye-Visby</i> — Introduction et contexte	50
C. Le document d'expédition est-il un contrat de transport constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre au sens des <i>Règles de La Haye-Visby</i> ?	63
D. Le document d'expédition s'apparente-t-il à une lettre de transport?	96
E. Le contrat de services.....	111
F. Conclusion — Qualification des documents d'expédition et du contrat de services au regard des <i>Règles de La Haye-Visby</i> et de l'article 43 de la Loi	116
G. L'article 46 de la Loi s'applique-t-il aux documents d'expédition?.....	120
H. Existe-t-il un motif sérieux de ne pas appliquer la clause d'élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York?	141
VI. Conclusion	166
ANNEXE A.....	page 602
ANNEXE B	page 608

I. Introduction

L'histoire du droit maritime porte l'empreinte d'une recherche constante de stabilité et de sécurité dans les rapports entre les hommes qui confient leur personne et leurs biens à la mer capricieuse et indomptable. Depuis des temps immémoriaux, le postulat qui a inspiré toutes les approches du problème implique l'établissement d'un droit uniforme.

The history of maritime law bears the stamp of a constant search for stability and security in the relations between the men who commit themselves and their belongings to the capricious and indomitable sea. Since time immemorial, the

immémoriaux, le postulat qui a inspiré toutes les approches du problème, implique l'établissement d'un droit uniforme.

Lilar, Albert and Carlo van den Bosch. *International Maritime Committee 1897-1972*, CMI, 1973.

[1] Save for the use of the term “men” rather than persons, this statement holds true today. The parties in this action are seeking certainty as to the legal regime applicable to the contractual arrangements for the carriage of the goods at issue.

[2] This matter concerns several containerized shipments of fresh produce transported from Costa Rica to Etobicoke, Canada. The plaintiff, Arc-en-Ciel Produce Inc. (the Cargo Claimant) alleges that the cargo arrived at its destination in a damaged and deteriorated state. The Cargo Claimant commenced two actions in this Court, naming as defendants, Great White Fleet, the vessels that carried the cargo, and their respective owners. The defendant, Great White Fleet (the Carrier), is a defendant in both actions.

[3] The Carrier and the Cargo Claimant have a business relationship spanning several years. The nature of the contractual relationship between them, as it pertains to the shipments in question, is at issue in the present motions.

[4] The Carrier brought a motion in each of the actions seeking a stay, pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, on the basis of a forum selection clause in favour of the United States District Court, Southern District of New York. The Carrier’s position is that the parties should be held to their bargain and, consequently, this Court should exercise its discretion to grant a stay. The Carrier submits that the Cargo Claimant has failed to show a “strong cause” as to why the forum selection clause should not be enforced. The Carrier relies on *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450 (*Z.I. Pompey*), in which the Supreme Court of Canada endorsed the “strong cause” test as set out in *Eleftheria, The*, [1969] 2 All E.R. 641, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm.) (*The Eleftheria*), at page 242.

postulate which has inspired all the approaches to the problem has implied the establishment of a uniform law.

Lilar, Albert et Carlo van den Bosch. *Le Comité maritime international 1897-1972*, CMI, 1973.

[1] Si l’on excepte l’utilisation du terme « hommes » plutôt que « personnes », cette affirmation reste valable aujourd’hui. Les parties à la présente action cherchent à obtenir une certitude quant au régime juridique applicable aux ententes contractuelles relatives au transport des marchandises en litige.

[2] L’affaire dont je suis saisie concerne plusieurs expéditions conteneurisées de produits frais transportés du Costa Rica à Etobicoke, au Canada. La demanderesse, Arc-en-Ciel Produce Inc. (l’entreprise réclamante ou la réclamante) allègue que la cargaison est arrivée à destination endommagée et détériorée. La réclamante, qui a intenté deux actions devant notre Cour, a désigné comme défendeurs la Great White Fleet, les navires qui transportaient la cargaison et leurs propriétaires respectifs. La défenderesse, la Great White Fleet (le transporteur), agit à ce titre dans les deux actions.

[3] Le transporteur et la réclamante entretiennent une relation d’affaires depuis plusieurs années. La nature de la relation contractuelle qui les unit, relativement aux expéditions en cause, est en litige dans les présentes requêtes.

[4] Dans chacune des actions, le transporteur a présenté, en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, une requête en suspension d’instance fondée sur la clause d’élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York. Le transporteur fait valoir que les parties doivent être tenues de respecter leur entente et que, par conséquent, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire d’accorder la suspension d’instance demandée. Le transporteur soutient que la réclamante n’a pas démontré l’existence d’un « motif sérieux » de ne pas appliquer la clause d’élection de for. Il s’appuie sur l’arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, 2003 CSC 27, [2003] 1 R.C.S. 450 (*Z.I. Pompey*), dans lequel la Cour suprême du Canada a adopté le critère des « motifs sérieux » énoncé dans l’arrêt *Eleftheria*,

[5] The Cargo Claimant asks this Court to decline to enforce the forum selection clause on two grounds. First, the Cargo Claimant submits that the contracts at issue fall within the scope of section 46 of the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (the Act). Section 46 of the Act permits a claimant to institute proceedings in Canada despite a foreign jurisdiction clause, provided certain requirements are met. Second, and in the alternative, the Cargo Claimant submits that it has demonstrated that a “strong cause” exists to set aside the forum selection clause.

[6] The two issues in the present motion are therefore (i) whether section 46 of the *Marine Liability Act* applies to the contracts at issue; and (ii) if not, whether there is a “strong cause” to refuse to enforce the forum selection clause.

[7] In order to rule on the first issue, it is necessary to consider the nature of the contractual arrangements between the Carrier and the Cargo Claimant. I will state from the outset that this is not an easy task. The applicable provisions of the Act, including the international convention known as the *Hague-Visby Rules* appended thereto, are rooted in provisions that were negotiated in 1893. Those 1893 provisions were in turn based on pre-existing mercantile and maritime trade practices. These maritime trade practices had existed and evolved over the course of approximately six centuries prior to 1893. They have continued to evolve over the course of the 20th and 21st centuries, while much of the statutory language at issue, conceived in the 19th century, remains the same.

[8] This Court thus finds itself faced with a choice between, on the one hand, a strict interpretation of the Act based on the meaning of language used and the documents in existence in the 19th century, and on the other hand, an expansive interpretation taking into account the modern realities of the international carriage of goods and the objective of protecting Canadian consumers. A consideration of the origins of the documentation and the legislative texts at issue is therefore, among other things, appropriate

The, [1969] 2 All E.R. 641, [1969] 1 Lloyd’s Rep. 237 (Adm.) (*The Eleftheria*), à la page 242.

[5] La réclamante demande à la Cour de refuser d’appliquer la clause d’élection de for pour deux motifs. Tout d’abord, elle soutient que les contrats en litige entrent dans le champ d’application de l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (la Loi). L’article 46 de la Loi permet au réclamant d’intenter une procédure au Canada malgré une clause de compétence étrangère, à condition que certaines conditions soient remplies. Deuxièmement, et à titre subsidiaire, la réclamante soutient qu’elle a démontré l’existence d’un « motif sérieux » d’annuler la clause d’élection de for.

[6] La présente requête soulève donc les deux questions suivantes : (i) l’article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* s’applique-t-il aux contrats en litige? (ii) Dans la négative, existe-t-il un « motif sérieux » justifiant de refuser d’appliquer la clause d’élection de for?

[7] Pour trancher la première question, il est nécessaire d’examiner la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante. Je précise d’emblée qu’il ne s’agit pas d’une tâche facile. Les dispositions applicables de la Loi, y compris la convention internationale connue sous le nom de *Règles de La Haye-Visby* qui y est annexée, trouvent leur origine dans des dispositions qui ont été négociées en 1893. Ces dispositions sont à leur tour fondées sur des pratiques commerciales et maritimes qui ont existé et évolué au cours des quelque six siècles qui ont précédé leur adoption en 1893. Leur évolution s’est poursuivie au cours des XX^e et XXI^e siècles, mais la majeure partie du texte législatif en litige, rédigé au XIX^e siècle, est resté le même.

[8] La Cour doit donc faire un choix entre, d’une part, une interprétation stricte de la Loi basée sur le sens des termes utilisés au XIX^e siècle et des documents qui existaient à l’époque, et d’autre part, une interprétation large tenant compte des réalités modernes du transport international de marchandises et de l’objectif de protection des consommateurs canadiens. Pour trancher les présentes requêtes, il est donc approprié et nécessaire d’examiner, entre autres choses, l’origine des documents et des textes

and necessary to the determination of the present motions. I wish to note that I have been assisted in this task by the able submissions of counsel, both practitioners of the maritime bar, whose efforts on behalf of their respective clients were thorough, considered, and clear.

II. Facts

[9] Before turning to the origins of the type of documents at issue and the history of the language contained in Canada's carriage of goods by water regime, I shall briefly set out the facts, and following that, the procedural history of this case.

[10] The Carrier and the Cargo Claimant have filed affidavits in support of their motion materials. The Carrier relies upon the affidavit of Luis Rodriguez Contreras, Transportation Claims Analyst, who handles claims for the Carrier, including the claims that are the subject of this action. Mr. Contreras describes in detail the business relationship between the parties and the process followed, along with the documentation used, with respect to cargo transported by the Carrier under the terms of its arrangements with the Cargo Claimant. The relevant documentation to which Mr. Contreras refers is appended to his affidavit.

[11] The Cargo Claimant relies upon the affidavit of Sam Hak, President of the Claimant, who also sets out the relationship between the parties, addresses the shipments at issue, and attaches the relevant documentation to his affidavit.

[12] The Carrier and the Cargo Claimant have had a business relationship since 2012. The Cargo Claimant is a Canadian company that specializes in the importation and distribution of fresh produce to local merchants. The Carrier specializes in dry and refrigerated containerized cargo services between Central and North America. The Carrier is an affiliate of Chiquita Fresh North America LLC and has its principal place of business in Florida.

[13] Over the course of the business relationship, the Carrier provided the Cargo Claimant with door-to-door transportation services for produce from Central America

législatifs. Je tiens à souligner que, pour ce faire, j'ai pu compter sur les observations judicieuses des avocats des deux parties, des praticiens compétents spécialisés en droit maritime, qui ont représenté avec rigueur, application et transparence leurs clients respectifs.

II. Faits

[9] Avant de me pencher sur les origines du type de documents en litige et sur l'historique des dispositions constituant le régime canadien de transport de marchandises par eau, j'exposerai brièvement les faits, puis l'historique procédural de la présente affaire.

[10] Le transporteur et la réclamante ont déposé des affidavits à l'appui des documents accompagnant leurs requêtes. Le transporteur s'appuie sur l'affidavit de Luis Rodriguez Contreras, analyste des réclamations en matière de transport, qui s'occupe des créances pour le compte du transporteur, y compris celles faisant l'objet de la présente action. M. Contreras décrit en détail la relation d'affaires qui unit les parties, le processus qui a été suivi, ainsi que la documentation utilisée relativement aux marchandises transportées par le transporteur aux termes de son entente avec la réclamante. La documentation pertinente à laquelle M. Contreras fait référence est annexée à son affidavit.

[11] La réclamante s'appuie sur l'affidavit de Sam Hak, président de l'entreprise demanderesse. M. Hak décrit lui aussi la relation qui unit les parties, parle des expéditions en litige et joint la documentation pertinente à son affidavit.

[12] Le transporteur et la réclamante entretiennent une relation d'affaires depuis 2012. La réclamante est une entreprise canadienne qui se spécialise dans l'importation de fruits et légumes frais et leur distribution à des commerçants locaux. Le transporteur est spécialisé dans les services de fret conteneurisé sec et réfrigéré entre l'Amérique centrale et l'Amérique du Nord. Le transporteur est une société affiliée à Chiquita Fresh North America LLC, dont le lieu d'affaires principal se trouve en Floride.

[13] Au cours de leur relation d'affaires, le transporteur a fourni à la réclamante des services de transport porte-à-porte de fruits et légumes frais en provenance d'Amérique

to Toronto or Etobicoke, Ontario using refrigerated containers. As of June 2019, the Carrier had transported approximately 185 containers of produce for the Cargo Claimant. With respect to shipments originating from Costa Rica, the Carrier and the Cargo Claimant had entered into a series of what are termed service contracts. The most recent service contract, entitled Confidential Service Contract (Service Contract), was entered into in June 2017, and remained in effect through June 30, 2018. It was in effect at the time of the shipments at issue.

[14] The Service Contract provided for discounted rates, as compared to the Carrier's published tariff, provided the minimum cargo commitment was reached. The Service Contract contained a clause incorporating the "Carrier's bill of lading" and providing that said, "bill of lading will determine the terms and conditions of the shipment".

[15] The Carrier's standard form bill of lading is a one-page form with printed text on both sides. The vast majority of the clauses containing the terms and conditions are printed on the reverse side of the one-page form. The clauses include a jurisdiction clause, also known as a forum selection clause, providing for the exclusive jurisdiction of the United States District Court, Southern District of New York. They further include a "clause paramount" which provides that the carriage shall be governed by the United States *Carriage of Goods by Sea Act*, 1936 [46 U.S.C. App. § 1300 (2006)] (US COGSA), and an applicable law clause specifying the application of United States federal law, or where there is no governing federal law, the laws of the State of New York.

[16] The Cargo Claimant states that at no time was it provided with a copy of the terms and conditions of the Carrier's standard form bill of lading. In response, the Carrier states that it was available and referenced in all the contractual documentation between the parties.

[17] The Carrier filed evidence of the *modus operandi* between the parties for door-to-door shipments. This method of operating also formed the subject of submissions during the hearing. The Cargo Claimant has not contradicted the parties' *modus operandi* and it is

centrale vers Toronto ou Etobicoke, en Ontario, au moyen de conteneurs réfrigérés. En juin 2019, le transporteur a transporté environ 185 conteneurs de produits pour la réclamante. Relativement aux expéditions en provenance du Costa Rica, le transporteur et la réclamante avaient conclu une série de contrats appelés « contrats de services ». Le plus récent, intitulé contrat de services confidentiels (contrat de services), a été conclu en juin 2017 et est resté en vigueur jusqu'au 30 juin 2018. Il était en vigueur au moment des expéditions en litige.

[14] Le contrat de services prévoyait des tarifs réduits par rapport au tarif publié par le transporteur, à condition que l'engagement minimum de cargaison soit atteint. Il contenait une clause incorporant le [TRADUCTION] « connaissance du transporteur » et prévoyant que ce « connaissance déterminera les modalités et conditions de l'expédition ».

[15] Le connaissance type du transporteur est un formulaire d'une page imprimé au recto et au verso. La grande majorité des clauses contenant les modalités du contrat figurent au verso de ce formulaire. On y trouve une clause de compétence, également connue sous le nom de clause d'élection de for, qui attribue compétence exclusive à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York. Aussi, une [TRADUCTION] « clause paramount » stipule que le transport sera régi par la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1936 [46 U.S.C. App. § 1300 (2006)] (Loi américaine sur le transport de marchandises par mer). Enfin, une clause relative au droit applicable prévoit l'application du droit fédéral américain ou, si aucune loi fédérale ne s'applique, des lois de l'État de New York.

[16] La réclamante déclare qu'elle n'a jamais reçu de copie des modalités figurant au formulaire type de connaissance du transporteur. En réponse, le transporteur affirme que ces modalités étaient accessibles et mentionnées dans tous les documents contractuels conclus entre les parties.

[17] Le transporteur a déposé une preuve relative au *modus operandi* établi entre les parties pour les expéditions de porte-à-porte. Ce mode de fonctionnement a également fait l'objet d'observations au cours de l'audience. La réclamante n'a pas contredit le *modus operandi*, et il

common ground that the shipments at issue were door-to-door shipments.

[18] In order to initiate a shipment in Costa Rica, a company called Arcsam de Costa Rica (the Shipper), which the Carrier believes to be an affiliate of the Cargo Claimant, contacts the Carrier's representative in Costa Rica with a booking request. The booking request confirms, among other things, the type of produce, quantities, place of pick up and requested date for the delivery of one or more empty containers. The Carrier then arranges for a local trucking company to deliver the required number of containers to be stuffed and sealed by the Shipper. Once stuffed and sealed, the containers are then transported by truck to the vessel's port of loading, Puerto Limon, in Costa Rica.

[19] The containers are shipped as "shipper load, stow and count", meaning it is the Shipper who provides the information to the Carrier about the contents of the container. The Shipper provides the Carrier with, among other things, the seal numbers of the containers, the description and quantity of the goods therein, and the required temperature setting for the refrigeration unit. This information is then entered into the Carrier's database.

[20] Once the containers arrive in Puerto Limon, they are stored until such time as they are loaded onto a vessel for a short-sea transit to Guatamala, following which they are discharged and then loaded onto a vessel bound for Wilmington, United States.

[21] Once the containers are loaded, the Carrier sends an email to the Cargo Claimant with (i) a notice of arrival and (ii) a copy of what shall be referred to as a shipping document (Shipping Document) for each container. The Carrier refers to the Shipping Document as an "unsigned non-negotiable Express Release Bill of Lading". The Cargo Claimant refers to the Shipping Document as a "non-negotiable International Bill of Lading". The nature and characterization of the Shipping Document and the consequences that flow from that characterization are central to the present motions.

est admis que les expéditions en litige étaient des expéditions de porte-à-porte.

[18] Pour créer un envoi au Costa Rica, une société appelée Arcsam de Costa Rica (l'expéditeur), que le transporteur croit être une filiale de la réclamante, communique avec le représentant du transporteur au Costa Rica pour lui présenter une demande de réservation. La demande de réservation confirme, entre autres choses, le type de produit, les quantités, le lieu de ramassage et la date demandée pour la livraison d'un ou de plusieurs conteneurs vides. Le transporteur se charge ensuite de faire livrer par une entreprise de camionnage locale le nombre requis de conteneurs que l'expéditeur remplira et scellera. Une fois remplis et scellés, les conteneurs sont ensuite transportés par camion jusqu'au port de chargement du navire qui se trouve à Puerto Limon, au Costa Rica.

[19] Les conteneurs sont expédiés avec l'indication que l'expéditeur les a chargés, arrimés et vérifiés, ce qui signifie que l'expéditeur est celui qui fournit au transporteur les renseignements sur le contenu du conteneur. L'expéditeur fournit au transporteur, entre autres choses, les numéros de scellés des conteneurs, la description et la quantité des marchandises qu'ils contiennent, ainsi que le réglage de la température requise pour le groupe frigorifique. Ces renseignements sont ensuite saisis dans la base de données du transporteur.

[20] Une fois arrivés à Puerto Limon, les conteneurs sont stockés en attendant d'être chargés sur un navire en vue d'une courte traversée vers le Guatemala, après quoi, ils sont déchargés, puis chargés sur un navire à destination de Wilmington, aux États-Unis.

[21] Une fois les conteneurs chargés, le transporteur envoie un courriel à la réclamante auquel il joint (i) un avis d'arrivée, et (ii) une copie de ce qui sera appelé le document d'expédition (document d'expédition) pour chaque conteneur. Le transporteur décrit ce document comme étant une [TRADUCTION] « remise expresse non signée et non négociable », et la demanderesse comme un [TRADUCTION] « connaissance internationale non négociable ». La nature et la qualification du document d'expédition, ainsi que les conséquences qui découlent de cette qualification, sont au cœur de la présente requête.

[22] For the cargo at issue, six Shipping Documents were issued, copies of which are in the record. A copy of one of the Shipping Documents is appended to these reasons as Appendix A. I shall discuss the contents of the Shipping Documents, along with the Service Contract, in greater detail in the analysis section of these reasons. For the moment, it is sufficient to say that the Shipping Documents bear the printed name of the Carrier on the top left and the printed heading “INTERNATIONAL BILL OF LADING” on the top right. Each Shipping Document contains a reference to the Service Contract number. The Shipping Documents indicate a door-to-door transport, the name of the vessel, the container number and contents, an “express release” notation, and are unsigned. The Cargo Claimant is identified as both the consignee and the notify party. The places of receipt are indicated as inland in Costa Rica (Ujarras and Chachagua), the port of loading is Puerto Limon, Costa Rica, the port of discharge is Puerto Barrios, Guatemala, and the place of delivery is Etobicoke, Ontario. Once issued, the Cargo Claimant receives copies of the Shipping Documents, but the Cargo Claimant does not receive any originals.

[23] To continue with the *modus operandi*, once the vessel arrives in Wilmington, United States, the containers are discharged and the Carrier obtains authorization from customs to move the cargo. The Carrier then engages a road carrier to collect the containers at the Port of Wilmington and deliver them to the final destination of Etobicoke, Ontario. Upon delivery of the containers to the Cargo Claimant, the truck driver requests that a representative of the Cargo Claimant sign a copy of a trucking bill of lading. A copy of the trucking bill of lading, also known as a road carrier’s bill of lading, is not in the record.

[24] It is common ground that in order to obtain delivery of the cargo, the Cargo Claimant was not required to tender or present a copy of the Shipping Document.

[25] The carriage of the cargo at issue was booked between December 8, 2017 and January 15, 2018. The

[22] Pour les marchandises en litige, six documents d’expédition ont été délivrés; des copies de ces documents figurent au dossier. Une copie de l’un des documents d’expédition est jointe aux présents motifs en tant qu’annexe A. J’examinerai plus en détail le contenu des documents d’expédition, ainsi que du contrat de services, dans la partie « analyse » des présents motifs. Pour l’instant, disons simplement que les documents d’expédition portent le nom du transporteur en haut à gauche, et le titre [TRADUCTION] « CONNAISSEMENT INTERNATIONAL », en haut à droite. Chaque document d’expédition fait référence au numéro du contrat de services. On y trouve la mention d’un transport de porte-à-porte, le nom du navire, le numéro du conteneur et son contenu, ainsi que l’inscription [TRADUCTION] « remise expresse ». Ces documents ne sont pas signés. La réclamante est désignée à la fois comme la destinataire et la partie à aviser. Il est indiqué que les lieux de réception se situent à l’intérieur des terres du Costa Rica (Ujarras et Chachagua); le port de chargement est Puerto Limon, au Costa Rica; le port de déchargement est Puerto Barrios, au Guatemala; et le lieu de livraison est Etobicoke, en Ontario. Une fois les documents d’expédition délivrés, la réclamante en reçoit une copie, mais elle ne reçoit aucun original.

[23] Toujours au sujet du *modus operandi*, une fois que le navire arrive à Wilmington, aux États-Unis, les conteneurs sont déchargés et le transporteur obtient l’autorisation des douanes de déplacer la cargaison. Le transporteur engage ensuite un transporteur routier pour récupérer les conteneurs au port de Wilmington et les livrer à la destination d’Etobicoke, en Ontario. Lors de la livraison des conteneurs à la réclamante, le conducteur du camion demande qu’un représentant de la demanderesse signe une copie d’un connaissance de camionnage. Aucune copie du connaissance de camionnage, également connu sous le nom de connaissance de transporteur routier, ne figure au dossier.

[24] Il n’est pas contesté que pour pouvoir prendre livraison des marchandises, la réclamante n’était pas tenue de présenter ou de remettre une copie du document d’expédition.

[25] Le transport des marchandises en litige a été prévu pour la période du 8 décembre 2017 au 15 janvier 2018.

Shipping Documents pertaining to each of the containers were issued between December 15, 2017 and January 28, 2018. The shipments arrived in Etobicoke between January 4 and February 26, 2018. The Cargo Claimant claims that when it unsealed the containers, it discovered that the cargoes exhibited various forms of damage.

[26] The Cargo Claimant notified the Carrier of the loss and submitted claims to the Carrier. As to the claims process with the Carrier, the Cargo Claimant dealt with Montship Inc., the Carrier's agent, based in Montréal, Canada.

[27] On December 21, 2018, the Cargo Claimant commenced the present actions. The Carrier filed the present motions on June 7, 2019. As will be discussed below, the procedural path of the motions has been a lengthy one.

III. Procedural History

[28] The motions were initially heard by my colleague Justice Elizabeth Heneghan. In a judgment dated January 29, 2020, Justice Heneghan found that it was premature to determine the nature of the contractual arrangements between the parties, and in particular whether the contractual arrangements in question constituted a "contract for the carriage of goods by water" within the scope of section 46 of the Act (*Arc-en-Ciel Produce Inc. v. MSC Belle (Ship)*, 2020 FC 23 (*Arc-en-Ciel 2020*)). Nevertheless, Justice Heneghan found sufficient grounds to decline to grant the requested stay.

[29] The Carrier appealed. In *Great White Fleet v. Arc-en-Ciel Produce Inc.*, 2021 FCA 70, 459 D.L.R. (4th) 185 (*Arc-en-Ciel 2021*), the Federal Court of Appeal allowed the Carrier's appeal, finding that the question of whether the contractual arrangements between the parties falls within the scope of section 46 of the Act should generally be settled before trial. The Federal Court of Appeal noted that leaving this question to the trial judge defeats one of the purposes of section 46 of the Act, namely bringing certainty to the question of jurisdiction. Consequently, the Federal Court of Appeal held that the proper recourse was to remit the matter to a different judge of the Federal

Les documents d'expédition relatifs à chacun des conteneurs ont été délivrés entre le 15 décembre 2017 et le 28 janvier 2018. Les envois sont arrivés à Etobicoke entre le 4 janvier et le 26 février 2018. La réclamante affirme que, lorsqu'elle a descellé les conteneurs, elle a découvert que les marchandises présentaient diverses formes de dommages.

[26] La réclamante a informé le transporteur de la perte et lui a présenté des demandes d'indemnisation. En ce qui concerne le processus de réclamation auprès du transporteur, la réclamante a traité avec Montship Inc., l'agent du transporteur, établi à Montréal, au Canada.

[27] La réclamante a introduit les présentes actions le 21 décembre 2018. Le transporteur a déposé les présentes requêtes le 7 juin 2019. Comme il est expliqué plus loin, le cheminement procédural des requêtes a été long.

III. Historique procédural

[28] Les requêtes ont été initialement entendues par ma collègue la juge Elizabeth Heneghan. Dans un jugement daté du 29 janvier 2020, la juge Heneghan a conclu qu'il était prématuré de statuer sur la nature des ententes contractuelles conclues entre les parties et, plus précisément, de décider si les ententes en question constituaient un « contrat de transport de marchandises par eau » relevant de l'article 46 de la Loi (*Arc-en-Ciel Produce Inc. c. MSC Belle (Navire)*, 2020 CF 23 (*Arc-en-Ciel 2020*)). Néanmoins, la juge Heneghan a conclu à l'existence de motifs suffisants pour refuser d'accorder la suspension d'instance demandée.

[29] Le transporteur a fait appel de cette décision. Dans l'arrêt *Great White Fleet c. Arc-en-Ciel Produce Inc.*, 2021 CAF 70 (*Arc-en-Ciel 2021*), la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel après avoir conclu que la question de savoir si les ententes contractuelles conclues entre les parties relevaient de l'article 46 de la Loi devait généralement être tranchée avant le procès. La Cour d'appel fédérale a souligné que l'idée de laisser au juge qui préside le soin de trancher cette question allait à l'encontre de l'un des objets de l'article 46 de la Loi, qui est d'éclaircir les questions de compétence. Elle a par conséquent conclu que la mesure appropriée consistait à renvoyer l'affaire à

Court for determination of the applicability of section 46 of the Act.

[30] The Federal Court of Appeal also confirmed that if section 46 of the Act is found to apply then the test to determine whether a stay should be granted is the *forum non conveniens* test. If section 46 is found not to apply, then the appropriate test for determining whether a stay should be granted is the strong cause test as set out in *The Eleftheria*. I note that the Carrier abandoned its *forum non conveniens* arguments at the hearing before Justice Heneghan. This was also the case when the matter was pleaded before me. Accordingly, if I find that section 46 of the Act applies, then the Carrier's motions shall be dismissed and the matter shall proceed in Canada. If I find that section 46 of the Act does not apply, then the Cargo Claimant bears the burden of demonstrating a strong cause to refuse to enforce the forum selection clause.

[31] If the nature of the contractual arrangement is one that attracts the application of section 46 of the Act, a claimant is permitted to institute a claim in Canada provided one or more of the connecting factors listed in section 46 of the Act exist. The listed factors connecting a claim to Canada include, but are not limited to, that the actual port of loading or discharge is in Canada, that the intended port of loading or discharge in the contract is in Canada, and where the defendant has a place of business, branch or agency in Canada. The complete text of section 46 is appended to these reasons (see Appendix B). The Federal Court of Appeal instructed that the question of whether the Carrier had an agent in Canada had been decided by Justice Heneghan, thereby satisfying the requirement in paragraph 46(1)(b) of the Act. If I find that section 46 of the Act applies to the contractual arrangements at issue, then I do not need to reanalyze whether a connecting factor exists.

IV. Issues

[32] The issues for determination are as follows:

- A. What is the nature of the contractual arrangements between the Carrier and the Cargo Claimant, as evidenced by the Service Contract and the Shipping Documents?

un autre juge de la Cour fédérale pour qu'il se prononce sur l'applicabilité de l'article 46 de la Loi.

[30] La Cour d'appel fédérale a également confirmé que, si l'article 46 de la Loi était jugé applicable, alors le critère visant à déterminer s'il faut accorder la suspension demandée serait le critère du *forum non conveniens*. Si l'article 46 devait ne pas s'appliquer, le critère applicable serait alors celui des motifs sérieux, tel qu'établi dans l'arrêt *The Eleftheria*. Je signale que le transporteur a laissé tomber ses arguments relatifs au *forum non conveniens* lors de l'audience devant la juge Heneghan. Il a fait de même devant moi. Par conséquent, si je conclus que l'article 46 de la Loi s'applique, les requêtes du transporteur seront rejetées et l'affaire sera instruite au Canada. Si je conclus que l'article 46 de la Loi ne s'applique pas, il incombera alors à la réclamante de démontrer qu'il existe un motif sérieux de refuser d'appliquer la clause d'élection de for.

[31] Si l'entente contractuelle est de nature à commander l'application de l'article 46 de la Loi, le réclamant est autorisé à intenter une action au Canada si l'un ou plusieurs des facteurs de rattachement énumérés à l'article 46 de la Loi existent. Ces facteurs, qui permettent de rattacher une créance au Canada, comprennent, sans toutefois s'y limiter, le fait que le port de chargement ou de déchargement — prévu au contrat ou effectif — est situé au Canada, et que le défendeur a au Canada un établissement, une succursale ou une agence. Le texte complet de l'article 46 est annexé aux présents motifs (voir l'annexe B). Selon la Cour d'appel fédérale, la question de savoir si le transporteur avait un agent au Canada a été tranchée par la juge Heneghan, ce qui satisfait à l'exigence de l'alinéa 46(1)b) de la Loi. Si je conclus que l'article 46 de la Loi s'applique aux ententes contractuelles en litige, je n'aurai alors pas besoin de réexaminer s'il existe ou non un facteur de rattachement.

IV. Questions en litige

[32] Les questions à trancher sont les suivantes :

- A. Quelle est la nature des ententes contractuelles entre le transporteur et la réclamante, telle qu'elle ressort du contrat de services et des documents d'expédition?

- B. Do the contractual arrangements attract the application of section 46 of the Act with the result that the Cargo Claimant may continue its proceedings in Canada despite the forum selection clause?
- C. If section 46 of the Act does not apply, should the forum selection clause nevertheless be set aside on the basis of the strong cause test as set out in *The Eleftheria* and adopted by the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey*?

- B. Les ententes contractuelles commandent-elles l'application de l'article 46 de la Loi, de sorte que la réclamante pourra poursuivre les procédures au Canada malgré la clause d'élection de for?
- C. Si l'article 46 de la Loi ne s'applique pas, la clause d'élection de for devrait-elle néanmoins être annulée sur le fondement du critère des motifs sérieux établi dans l'arrêt *The Eleftheria* et retenu par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Z.I. Pompey*?

[33] As alluded to in the introduction to these reasons, the determination of issues A and B above require a detailed consideration of the history and evolution of certain contractual arrangements used in the context of carriage of goods by sea, along with an examination of the history, meaning and context of certain provisions of Canada's carriage of goods by water regime as contained in Part 5 and Schedule 3 the Act. The contractual arrangements at issue are rooted in centuries-old maritime trade practices; however, the arrangements also reflect the modern conveniences of multi-modal door-to-door transport. Certain language contained in the Act that is relevant to the matter at hand dates to a time before containers, containerships and radio transmitters were even invented. To put it succinctly, I am, in part, applying centuries' old terms and statutory language to modern facts.

[33] Comme je l'ai mentionné dans l'introduction des présents motifs, les questions A et B m'imposent de procéder à un examen détaillé de l'historique et de l'évolution de certaines ententes contractuelles utilisées dans le contexte du transport de marchandises par mer, ainsi qu'à un examen de l'historique, de la signification et du contexte de certaines dispositions du régime canadien de transport de marchandises par eau, qui se trouve à la partie 5 et à l'annexe 3 de la Loi. Les ententes contractuelles en litige sont ancrées dans des pratiques commerciales maritimes séculaires; toutefois, elles reflètent également les commodités modernes du transport multimodal de porte-à-porte. Certains termes contenus dans la Loi, qui sont pertinents pour la question qui nous occupe, datent d'une époque antérieure à l'invention des conteneurs, des porte-conteneurs et des émetteurs radio. Pour résumer, j'applique, en partie, des dispositions législatives et des termes vieux de plusieurs siècles à des faits modernes.

V. Analysis

[34] At the beginning of each section of my analysis below, I introduce the topic and state why the particular topic is relevant to the determination of the Carrier's motions.

A. *Bills of Lading*

[35] The Cargo Claimant pleads that the Shipping Document is a bill of lading. The Carrier pleads that it is not a "bill of lading" in the sense that it attracts the application of sections 43 and 46 of the Act, despite the language on the heading of the document. Whether or not the Shipping Document is a bill of lading is ultimately

V. Analyse

[34] Au début de chaque section de l'analyse qui suit, je présente le sujet et j'indique en quoi il est utile pour trancher les requêtes du transporteur.

A. *Connaissance*

[35] La réclamante soutient que le document d'expédition est un connaissance. Le transporteur affirme qu'il ne s'agit pas d'un « connaissance » qui commanderait l'application des articles 43 et 46 de la Loi, malgré l'entête du document. Que le document d'expédition soit ou non un connaissance importe en définitive, car cela aura

important because that will impact how the Shipping Document is treated under the Act. The Act, however, does not provide a definition of a bill of lading (*Wells Fargo Equipment Finance Company v. Barge “MLT-3”*, 2012 FC 738, 413 F.T.R. 96, at paragraph 73). Consequently, we must first turn to the common law, and thereafter to the international convention governing the carriage of goods by sea known as the *Hague-Visby Rules*, in order to ascertain the meaning of this term.

[36] Unfortunately, “[l]ike an elephant, a bill of lading is generally easier to recognize than to define” (Richard Aikens et al, *Bills of Lading*, 2nd ed. (Abingdon: Informa Law, 2016) (Aikens, *Bills of Lading*), at page 19). Nevertheless, to begin with the basics, a bill of lading is a document that is widely used in the carriage of goods by sea. It tends to be employed in the liner trade and on chartered ships in certain trades (Aldo Chircop et al. *Canadian Maritime Law*, 2nd ed. (Irwin, 2016) (*Canadian Maritime Law*), at page 564). It is important to note from the outset that there are various types of documents used in the carriage of goods by sea that are loosely referred to as bills of lading. While the documents may have similar characteristics, certain documents perform different legal and commercial functions (see Sir Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 4th ed. (Sweet & Maxwell, 2017) (*Carver*), at paragraphs 1-002-1-011). For the purposes of the present section, it is important to define the features and functions of what are referred to as “order” or “negotiable” bills of lading (*Canadian Maritime Law*, at pages 564–565). For the moment, I shall simply refer to them as a bill of lading.

[37] Justice Sean Harrington has described a bill of lading as “a venerable document with centuries of use in the transportation of goods” (*H. Paulin & Co. Ltd. v. A Plus Freight Forwarder Co. Ltd.*, 2009 FC 727, 349 F.T.R. 192, [2009] 4 F.C.R. D-4 (*H. Paulin*), at paragraph 27). It is generally accepted that a bill of lading fulfills three key functions: (a) to act as a receipt for the goods received by the carrier; (b) to evidence the terms of the contract of carriage; and (c) to act as a “document of title” (*Canadian*

une incidence sur son assujettissement à la Loi. La Loi ne donne toutefois pas de définition du connaissance (*Wells Fargo Equipment Finance Company c. Barge « MLT-3 »*, 2012 CF 738, au paragraphe 73). Par conséquent, nous examinerons d’abord la common law, puis la convention internationale régissant le transport de marchandises par mer, connue sous le nom de *Règles de La Haye-Visby*, afin de définir ce terme.

[36] Malheureusement, [TRADUCTION] « à la manière d’un éléphant, un connaissance est en règle générale plus facile à reconnaître qu’à définir » (Richard Aikens et autres *Bills of Lading*, 2^e éd. (Abingdon : Informa Law, 2016) (Aikens, *Bills of Lading*), à la page 19). Il reste que, si je commence par l’essentiel, un connaissance s’entend d’un document largement utilisé dans le transport de marchandises par mer. Le connaissance est souvent employé dans le trafic de ligne et sur les navires affrétés dans le cadre de certaines opérations commerciales (Aldo Chircop et autres, *Canadian Maritime Law*, 2^e éd. (Irwin, 2016) (*Canadian Maritime Law*), à la page 564). Il importe de souligner dès le départ que différents types de documents utilisés dans le transport de marchandises par mer sont qualifiés de façon générale de connaissances. Bien que ces documents puissent avoir des caractéristiques similaires, certains remplissent des fonctions juridiques et commerciales différentes (voir Sir Treitel, *Carver on Bills of Lading*, 4^e éd. (Sweet et Maxwell, 2017) (*Carver*), aux paragraphes 1-002-1-011). Pour les besoins de la présente section, il importe de définir les caractéristiques et les fonctions de ce que l’on appelle les connaissances [TRADUCTION] « à ordre » ou connaissances « négociables » (*Canadian Maritime Law*, aux pages 564 et 565). Pour l’instant, je les appellerai simplement « connaissances ».

[37] Le juge Sean Harrington a décrit le connaissance comme étant « un document important utilisé depuis des siècles dans le transport des marchandises » (*H. Paulin & Co. Ltd. c. A Plus Freight Forwarder Co. Ltd.*, 2009 CF 727, [2009] 4 R.C.F. F-4 (*H. Paulin*), au paragraphe 27). Il est généralement admis qu’un connaissance remplit les trois fonctions essentielles suivantes : a) servir de reçu pour les marchandises reçues par le transporteur; b) prouver les modalités du contrat de transport; et c) servir de

Maritime Law, at page 565; *Canadian General Electric Co. Ltd. v. Les Armateurs du St-Laurent Inc.*, [1977] 1 F.C. 215 (T.D.) (*The Maurice Desgagnes*), at pages 220–221; *Cami Automotive, Inc. v. Westwood Shipping Lines Inc.*, 2009 FC 664, 351 F.T.R. 236 (*Cami Automotive*), at paragraph 13; *H. Paulin*, at paragraph 27). In its argument, the Carrier has relied on these three functions, which it refers to as “three essential characteristics”. The Carrier pleads that the Shipping Document does not fulfill the three functions, and thus, is not a bill of lading. The Cargo Claimant does not dispute that bills of lading can have three functions or characteristics, but as shall be discussed further below, pleads that it is the term bill of lading as used on the Shipping Document that is, among other things, determinative.

[38] While there is no universally accepted definition of a bill of lading, a document that has all three characteristics will almost certainly be one, while a document that does not will rarely be one (Aikens, *Bills of Lading*, at page 19). I now turn to the three functions or characteristics of a bill of lading, noting, however, that such a review cannot be isolated from the historical context in which the functions of a bill of lading developed (Aikens, *Bills of Lading*, at page 19).

(1) First Function—Receipt

[39] The first function is that of a receipt. The earliest bills of lading were devised in the 14th century. By that time, the trade between ports in the Mediterranean had grown significantly, and the trade practices had evolved such that certain merchants sent their goods to correspondents at the ports of destination rather than travelling with the goods as they had previously done (Aikens, *Bills of Lading*, at 1.1). Thus, the earliest bills of lading were merely receipts issued to merchants once their goods had been received by the carrier (*Canadian Maritime Law*, at page 565).

« document formant titre » (*Canadian Maritime Law*, à la page 565; *Compagnie générale Électrique du Canada Limitée c. Les Armateurs du St-Laurent Inc.*, [1977] 1 C.F. 215 (1^{re} inst.) (*The Maurice Desgagnes*), aux pages 220–221 ; *Cami Automotive, Inc. c. Westwood Shipping Lines Inc.*, 2009 CF 664 (*Cami Automotive*), au paragraphe 13; *H. Paulin*, au paragraphe 27). Dans son argumentation, le transporteur s’est appuyé sur ces trois fonctions, qu’il appelle les [TRADUCTION] « trois caractéristiques essentielles ». Il soutient que le document d’expédition ne remplit pas ces trois fonctions et qu’il ne s’agit donc pas d’un connaissance. La réclamante ne conteste pas que le connaissance puisse avoir trois fonctions ou caractéristiques, mais, comme nous le verrons plus loin, elle fait valoir que c’est l’utilisation du terme « connaissance » dans le document d’expédition qui, entre autres choses, est déterminante.

[38] Bien qu’il n’existe pas de définition universellement acceptée du connaissance, le document pourvu de ces trois caractéristiques en sera fort probablement un, tandis que celui qui en est dépourvu en sera rarement un (Aikens, *Bills of Lading*, à la page 19). Je passe maintenant aux trois fonctions ou caractéristiques du connaissance, tout en soulignant que cet examen ne saurait être dissocié du contexte historique dans lequel ont évolué les fonctions du connaissance (Aikens, *Bills of Lading*, à la page 19).

1) Première fonction — Reçu

[39] La première fonction est celle de constituer un reçu. Les premiers connaissances ont été conçus au XIV^e siècle. À cette époque, le commerce entre les ports de la Méditerranée s’était considérablement développé, et les pratiques commerciales avaient évolué à tel point que certains marchands envoyaient leurs marchandises à des correspondants dans les ports de destination plutôt que de voyager avec les marchandises, comme ils le faisaient auparavant (Aikens, *Bills of Lading*, 1.1). Ainsi, les premiers connaissances n’étaient que des reçus délivrés aux marchands une fois que leurs marchandises avaient été reçues par le transporteur (*Canadian Maritime Law*, à la page 565).

(2) Second Function—Evidence of the Contract of Carriage

[40] By the 16th and 17th centuries, bills of lading began to include terms of the contract, thus performing a contractual function (Aikens, *Bills of Lading*, at 1.12–1.25). As to this second function, it is not to say that the bill of lading *is* the contract of carriage. It is well settled that the bill of lading is not, in and of itself, the contract between the shipper and the carrier. Rather it is considered to be the “best evidence” of the terms of that contract (*The Maurice Desgagnes*, at page 222; *The Ardennes*, [1951] 1 K.B. 55, [1950] 2 All E.R. 517; *Canadian Maritime Law*, at page 567). One of the reasons for this is that the bill of lading will generally only be issued after the goods have been received and shipped, but the agreement to ship the goods will have been reached before that (*Canadian Maritime Law*, at page 567). Hence the common law evolved to accommodate the commercial practice (*Canadian Maritime Law*, at page 567).

(3) Third Function—Document of Title

[41] The third function, acting as a “document of title”, has its origins in transferability and the need to demonstrate entitlement to the delivery of the goods. In the 16th century, we see changes in the form of the bills of lading, likely caused by changes in trading practice (Aikens, *Bills of Lading*, at 1-8–1.11). Shipments were dispatched before the shipper knew to whom the goods were destined, consequently the bill of lading needed to evidence entitlement to the goods (Aikens, *Bills of Lading*, at 1-8–1.11). The bill of lading therefore gave the holder of the bill a right against the carrier to call for delivery, and in turn it indicated to the carrier to whom the goods should be delivered (Aikens, *Bills of Lading*, at 1-8–1.11). In this sense, the bill of lading is a transferable key to the floating warehouse (*The Delfini*, [1990] 1 Lloyd’s Rep. 347 (*Delfini*), at page 359). It must be produced to the carrier by the person claiming delivery of the goods.

2) Deuxième fonction — Preuve du contrat de transport

[40] Aux XVI^e et XVII^e siècles, les modalités du contrat de transport ont commencé à figurer dans les connaissements, qui remplissaient ainsi une fonction contractuelle (Aikens, *Bills of Lading*, 1.12 à 1.25). Cela ne veut pas dire que le connaissement *est* le contrat de transport. Il est bien établi que le connaissement ne constitue pas, en soi, le contrat entre l’expéditeur et le transporteur. Il est plutôt considéré comme étant la [TRADUCTION] « meilleure preuve » des modalités de ce contrat (*The Maurice Desgagnes*, à la page 222; *The Ardennes*, [1951] 1 K.B. 55, [1950] 2 All E.R. 517; *Canadian Maritime Law*, à la page 567). Cela s’explique notamment par le fait que le connaissement ne sera généralement délivré qu’après la réception et l’expédition des marchandises, mais que l’entente relative au transport des marchandises aura été conclue avant cela (*Canadian Maritime Law*, à la page 567). La common law a donc évolué pour s’adapter aux pratiques commerciales (*Canadian Maritime Law*, à la page 567).

3) Troisième fonction — Document formant titre

[41] La troisième fonction, qui consiste à servir de « document formant titre », trouve son origine dans la notion de transférabilité et dans la nécessité de prouver qui a droit à la délivrance des marchandises. Nous constatons qu’au XVI^e siècle, la forme des connaissements a changé, probablement à cause de l’évolution des pratiques commerciales (Aikens, *Bills of Lading*, 1-8 à 1.11). Les marchandises étaient expédiées avant que l’expéditeur ne sache à qui elles étaient destinées, et le connaissement devait donc prouver qui y avait droit (Aikens, *Bills of Lading*, 1-8 à 1.11). Le connaissement donnait donc à son porteur le droit d’exiger du transporteur qu’il lui délivre les marchandises et, en retour, il indiquait au transporteur à qui il devait les délivrer (Aikens, *Bills of Lading*, 1-8 à 1.11). En ce sens, le connaissement est une clé transférable de l’entrepôt flottant (*The Delfini*, [1990] 1 Lloyd’s Rep. 347 (*Delfini*), à la page 359). Il doit être présenté au transporteur par la personne qui demande la délivrance des marchandises.

[42] As of the 1787 case *Lickbarrow v. Mason* (1787), 2 T.R. 63, 100 E.R. 35 (K.B.), the courts have recognized what may be loosely termed as the modern version of the bill of lading (Aikens, *Bills of Lading*, at 1.28; *Canadian Maritime Law*, at page 565). In *Lickbarrow v. Mason*, a merchant jury decided that by the custom of merchants, a shipped, negotiable, and transferable bill of lading may transfer the property in the goods through the endorsement and delivery, or the transmission, of the bill of lading ((1794) 5 T.R. 683, at pages 683 and 685–686). Since *Lickbarrow v. Mason*, the common law has accepted the commercial practice of transferring or trading the bill of lading as if it represented the goods while the goods are in transit (*Canadian Maritime Law*, at page 570; *The Rafaela S*, [2005] UKHL 11, [2005] 1 Lloyd’s Rep. 347 (H.L.) (*The Rafaela S*), at paragraph 59). It has been noted, at the time, that while the courts spoke of transfer, it was clear that the transfer of a bill of lading raised a presumption of an intention to transfer property, but that the presumption was rebuttable (Aikens, *Bills of Lading*, at 1.33).

[43] The function of a bill of lading as “document of title” can therefore be broken down into two elements: (i) the bill of lading’s transfer is a transfer of constructive possession entitling the holder to receive the goods from the carrier (the key to the floating warehouse); and (ii) while strictly speaking it does not transfer property in the goods which it represents (it is not a negotiable instrument akin to a bill of exchange or a cheque), it is capable of being part of the mechanism by which property is passed (*Delfini*, at page 359; *Canadian Maritime Law*, at page 570; William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4th ed, (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2008) (Tetley), at page 533).

[44] The concept that the bill of lading is a “document of title”, based on *Lickbarrow v. Manson*, has been described, in its traditional sense, as meaning a document “relating to goods the transfer of which operates as a transfer of the constructive possession in the goods, and may, if so intended operate as a transfer of them” (*Carver*, at paragraph 6-002). Sir Guentel Treitel in *Carver on Bills of Lading* notes that “at common law there is no other class of documents which is recognized as a document of title in this sense” (*Carver*, at paragraph 6-002).

[42] Depuis la décision *Lickbarrow c. Mason*, rendue en 1787, les tribunaux ont reconnu ce que l’on peut simplement appeler la version moderne du connaissance (Aikens, *Bills of Lading*, 1.28; *Canadian Maritime Law*, à la page 565). Dans cette décision, un jury de marchands a décidé que, selon la coutume marchande, un connaissance « embarqué », négociable et transférable pouvait transférer la propriété des marchandises par son endossement et sa remise, ou sa transmission ((1794) 5 T.R. 683, aux pages 683 et 685–686). La common law reconnaît depuis la pratique commerciale consistant à transférer ou à négocier le connaissance comme s’il représentait les marchandises pendant que celles-ci sont en transit (*Canadian Maritime Law*, à la page 570; *The Rafaela S* [2005] UKHL 11, [2005] 1 Lloyd’s Rep. 347 (H.L.) (*The Rafaela S*), au paragraphe 59). On a dit à l’époque que, même si les tribunaux parlaient de transfert, il était clair que le transfert d’un connaissance soulevait une présomption d’intention de transfert de propriété, mais que cette présomption était réfutable (Aikens, *Bills of Lading*, 1.33).

[43] La fonction du connaissance en tant que « document formant titre » peut donc être décomposée en deux éléments : (i) le transfert du connaissance est un transfert de possession de droit qui confère au détenteur le droit de recevoir les marchandises du transporteur (la clé de l’entrepôt flottant); et (ii) même si, à proprement parler, le connaissance ne transfère pas la propriété des marchandises qu’il représente (il ne s’agit pas d’un titre négociable comme une lettre de change ou un chèque), il peut faire partie du mécanisme de transfert de propriété (*Delfini*, à la page 359; *Canadian Maritime Law*, à la page 570; William Tetley, *Marine Cargo Claims*, 4^e éd., (Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2008) (Tetley), à la page 533).

[44] On a dit que l’idée que le connaissance est un « document formant titre », compte tenu de la décision *Lickbarrow c. Manson*, signifiait, dans son sens traditionnel, qu’il s’agit d’un document [TRADUCTION] « relatif à des marchandises dont le transfert agit comme un transfert de la possession de droit desdites marchandises, et qui peut les transférer, si telle est l’intention des parties » (*Carver*, au paragraphe 6-002). Sir Guentel Treitel affirme dans l’ouvrage *Carver on Bills of Lading* [TRADUCTION] qu’« en common law, aucun autre document

[45] For those unfamiliar with bills of lading, the expression “document of title” could be inadvertently understood to mean a document that necessarily transfers ownership, i.e. title, in the goods when it is transferred from one holder to another. As explained above, this is not the case, and thus it is better understood as a document entitling the holder to receive the goods at the end of the voyage. Professor William Tetley’s explanation in this regard is helpful:

The term “document of title” as applied to a bill of lading generally refers *not* to “title” in the sense of *ownership* of the goods carried under the bill, but, more precisely, to the right to *possession* of them. “Title” thus has to do primarily with the right of the consignee or last endorsee of the bill to demand delivery of the goods from the carrier or its agent at the port of discharge. In this sense, the bill of lading, although traditionally termed “a document of title”, is better understood as being a document of *transfer*. It is important to make this distinction.

(Tetley, at page 533; see also *The Rafaela S.*)

[46] The bill of lading can thus be described as a document entitling possession of the goods described therein rather than necessarily identifying the legal owner or the person with the right of property in the goods. By transferring or negotiating the bill of lading, the right to possession is transferred.

(4) The Form of a Bill of Lading

[47] The foregoing briefly defines the three key functions of a bill of lading under common law. As to its form, in practice, a bill of lading tends to follow a fairly standardized two-page format with the details of the shipper, the cargo, the date, the name of the ship, and the ports of loading and discharge on the front (also known as the face), and the carrier’s standard printed terms on the back (*Canadian Maritime Law*, at page 565). Bills of lading

n’est reconnu comme un document formant titre dans ce sens » (*Carver*, au paragraphe 6-002).

[45] Ceux qui ne savent pas ce qu’est un connaissance pourraient malheureusement donner à l’expression « document formant titre » le sens de document qui transfère nécessairement la propriété, c.-à-d. le titre, des marchandises lorsqu’il est transmis d’un porteur à un autre. Comme je l’ai déjà expliqué, ce n’est pas le cas. Un document formant titre doit donc plutôt être vu comme un document donnant droit à son porteur de recevoir les marchandises à la fin du voyage. L’explication du professeur William Tetley est utile à cet égard :

[TRADUCTION] Le terme « document formant titre », employé en liaison avec le connaissance, renvoie généralement *non pas* au « titre » au sens de *propriété* des marchandises transportées en vertu du connaissance, mais plus précisément au droit de les *posséder*. Ainsi, le terme « titre » vise donc principalement le droit du destinataire ou du dernier endossataire du connaissance de demander la délivrance des marchandises au transporteur ou à son agent au port de déchargement. En ce sens, le connaissance, bien que traditionnellement appelé « document formant titre », s’entend plutôt d’un document de *transfert*. La distinction est importante.

(Tetley, à la page 533; voir également *The Rafaela S.*)

[46] Le connaissance peut donc être décrit comme un document donnant droit à la possession des marchandises qui y sont décrites plutôt que comme un document désignant nécessairement le propriétaire en droit des marchandises ou le titulaire du droit de propriété sur les marchandises. Lorsqu’on transfère ou négocie un connaissance, c’est le droit à la possession qu’on transfère.

4) La forme du connaissance

[47] Les paragraphes qui précèdent définissent brièvement les trois fonctions essentielles du connaissance en common law. Quant à sa forme, le connaissance tend en pratique à suivre un modèle relativement normalisé de deux pages, selon lequel les renseignements concernant l’expéditeur, la cargaison, la date, le nom du navire et les ports de chargement et de déchargement figurent au recto, et les conditions générales sont imprimées au

have traditionally been issued in sets of at least three original copies, which, as described by Professor Gold, have generally been dealt with as follows:

.... One is given to the shipper (for transmittal to the consignee), one is kept by the shipping company for its records, and one is carried on board attached to the manifest of the ship. The latter is required for customs purposes for entry of the ship at the port of discharge, as well as to match the original bill presented by the consignee or endorsee in exchange for delivery of the goods. The practice of issuing sets of bills of lading reflects the vagaries and inefficiencies of communications in times past; the principle remains that once one copy had been validly presented to the carrier, the rest stand void.

(*Canadian Maritime Law*, at page 566.)

[48] In the introduction to this section, I referred to bills of lading as being “order” or “negotiable” bills of lading. This refers to the transferability of the bills of lading. An order bill of lading is made out to “order”, “order or assigns” or a named consignee and to his “order and assigns”, or similar words of transferability (*Carver*, at paragraphs 1-011–1-012). Where the bill of lading is to a named consignee or his “order”, the practice to transfer it is to simply for the consignee to endorse the bill of lading with the name of the transferee under its signature and provide the transferee with possession of the bill (*Canadian Maritime Law*, at page 570).

[49] As will be discussed further below, certain types of bills of lading and shipping documentation have evolved alongside commercial practices with the result that these newer documents (i) are not referred to as order bills of lading, (ii) are no longer transferable or negotiable, and (iii) in certain cases, but not all, they no longer need to be presented in order to obtain delivery. This is relevant to the matter at hand, as the presence of the statement “not negotiable unless consigned to order” and the question of presentation at delivery relate to the characterization of the Shipping Document. For the purposes of the present section and section V.B (The *Hague-Visby*

verso (*Canadian Maritime Law*, à la page 565). Les connaissements sont habituellement délivrés en série d’au moins trois originaux, qui, comme le décrit le professeur Gold, sont généralement répartis comme suit :

[TRADUCTION] L’un est remis à l’expéditeur (pour transmission au destinataire), l’autre est conservé par la société de transport maritime aux fins d’archivage, et le dernier est transporté à bord, et joint au manifeste du navire. Ce dernier exemplaire est requis à des fins douanières pour l’entrée du navire au port de déchargement, et il doit correspondre au connaissement original présenté par le destinataire ou l’endossataire en échange de la délivrance des marchandises. La pratique consistant à produire une série de connaissements témoigne des aléas et de l’inefficacité des moyens de communication d’autrefois; le principe demeure que lorsqu’un exemplaire a été valablement présenté au transporteur, les autres sont nuls.

(*Canadian Maritime Law*, à la page 566.)

[48] Dans l’introduction de la présente section, j’ai parlé des connaissements comme étant des connaissements [TRADUCTION] « à ordre » ou « négociables ». Ces termes renvoient à la transférabilité des connaissements. Un connaissement à ordre est établi [TRADUCTION] « à l’ordre de », « à l’ordre ou aux ayants droit de » ou à un destinataire désigné et à son « ordre et [à] ses ayants droit », ou en des termes semblables de transférabilité (*Carver*, aux paragraphes 1-011 et 1-012). Lorsque le connaissement est établi au nom d’un destinataire ou à son « ordre », il suffit pour le transférer que le destinataire l’endosse et inscrive le nom du cessionnaire sous sa signature, et qu’il en remette possession au cessionnaire (*Canadian Maritime Law*, à la page 570).

[49] Comme nous le verrons plus loin, certains types de connaissements et de documents d’expédition ont évolué en même temps que les pratiques commerciales. Ainsi, ces nouveaux documents (i) ne s’appellent pas des connaissements à ordre, (ii) ne sont plus transférables ou négociables, et (iii) n’ont plus besoin, dans certains cas, mais pas tous, d’être présentés pour avoir droit à la délivrance des marchandises. Ces éléments sont importants pour l’affaire qui nous occupe, car la présence de la mention [TRADUCTION] « non négociable à moins d’être consigné à ordre » et la question de la présentation au moment de la délivrance s’attachent à la qualification du document d’expédition.

Rules—Introduction and Context) of these reasons below, references to a bill of lading shall mean an order or a negotiable bill. Before turning to the more recent forms of shipping documents, we first turn to the international convention, applicable in Canada, that governs carriage of goods by sea under bills of lading.

B. *The Hague-Visby Rules—Introduction and Context*

[50] A discussion of the *Hague-Visby Rules* provides context that assists in the determination of this matter. The *Hague-Visby Rules* are appended to the Act and incorporated into it by reference. It has been pled by the Carrier that the definition of a contract of carriage as contained in the *Hague-Visby Rules* does not include the Shipping Document, with the result that neither section 43 nor section 46 of the Act apply. The Cargo Claimant disagrees, and invites this Court to consider the imbalance in bargaining power between carriers and cargo interests that led to the development of international regimes, such as the *Hague Visby Rules*, and ultimately to section 46 of the Act. The Cargo Claimant relies on the reasons authored by Justice Gauthier in *The Federal Ems*, where Federal Court of Appeal considered the liner trade and the imbalance of power that the international regimes sought to address (*Canada Moon Shipping Co. Ltd. v. Companhia Siderurgica Paulista-Cosipa*, 2012 FCA 284, *sub nom. T. Co. Metals LLC v. Federal Ems (Vessel)*, [2014] 1 F.C.R. 836 (*The Federal Ems*)).

[51] Like Justice Gauthier before me, I consider that, as part of the legal context of the provisions that will be interpreted, it is worth considering how the *Hague-Visby Rules* came to be, what they covered, and the mischief they sought to address (*The Federal Ems*, at paragraph 45; see also *Riverstone Meat Co. Pty. Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd.*, [1961] 1 All E.R. 495, [1961] 1 Lloyd's Rep. 57 (U.K. H.L.) (*The Muncaster Castle*), at page 67).

[52] By the 17th century, in most European nations and new world colonies, ocean carriers were held strictly liable for the goods they carried. In the centuries that

Pour les besoins de la présente section et de la section V.B (les *Règles de La Haye-Visby* — Introduction et contexte) ci-dessous, le terme « connaissance » s'entend d'un connaissance à ordre ou négociable. Avant de m'intéresser aux formes plus récentes de documents d'expédition, j'examinerai la convention internationale, applicable au Canada, qui régit le transport de marchandises par mer fait au titre d'un connaissance.

B. *Les Règles de La Haye-Visby — Introduction et contexte*

[50] L'examen des *Règles de La Haye-Visby* établit le contexte qui permettra de trancher la question qui nous occupe. Les *Règles de La Haye-Visby* figurent en annexe de la Loi et y sont incorporées par renvoi. Le transporteur a fait valoir que le document d'expédition n'est pas visé par la définition de « contrat de transport » figurant dans les *Règles de La Haye-Visby*, de sorte que ni l'article 43 ni l'article 46 de la Loi ne s'appliquent. La réclamante n'est pas du même avis et invite la Cour à tenir compte de l'inégalité du pouvoir de négociation qui existe entre les transporteurs et les chargeurs et qui a conduit à l'élaboration de régimes internationaux tels que celui établi par les *Règles de La Haye Visby*, et ultimement à l'article 46 de la Loi. La réclamante s'appuie sur les motifs rédigés par la juge Gauthier dans l'arrêt *The Federal Ems*, dans lequel la Cour d'appel fédérale s'est intéressée au trafic de ligne et à l'inégalité de pouvoir que les régimes internationaux visent à corriger (*Canada Moon Shipping Co. Ltd. c. Companhia Siderurgica Paulista-Cosipa*, 2012 CAF 284, *sub nom. T. Co. Metals LLC c. Federal Ems (Navire)*, [2014] 1 R.C.F. 836 (*The Federal Ems*)).

[51] À l'instar de la juge Gauthier, j'estime que, s'agissant du cadre juridique des dispositions à interpréter, il est utile d'examiner les origines des *Règles de La Haye-Visby*, leur portée et la situation qu'elles visaient à corriger (*The Federal Ems*, au paragraphe 45; voir également *Riverstone Meat Co. Pty Ltd. v. Lancashire Shipping Co. Ltd.*, [1961] 1 All E.R. 495, [1961] 1 Lloyd's Rep. 57 (U.K. H.L.) (*The Muncaster Castle*), à la page 67).

[52] Au XVII^e siècle, dans la plupart des pays européens et des colonies du Nouveau Monde, les transporteurs maritimes étaient strictement responsables des marchandises

followed, carriers were effectively treated as insurers of the cargo they carried (*Canadian Maritime Law*, at page 596; *The Federal Ems*, at paragraph 46; *Riley v. Horne* (1828), 130 E.R. 1044, at page 1045). By the same token, under common law, a carrier is entitled to contractually limit its liability. Prior to the 19th century, attempts by carriers to escape liability through contractual exemptions were restricted by adverse reactions from cargo interests. In the 19th century, however, advances in shipping and increases in world trade resulted in an increase in the relative bargaining power of carriers. As a result, extensive exculpatory clauses were inserted into bills of lading, resulting in little or no liability on the part of the carriers (*Canadian Maritime Law*, at page 596; *The Federal Ems*, at paragraph 46; *The Rafaela S*, at paragraph 8). Divergences in the law began to appear where previously it had been fairly uniform. The courts in England were willing to enforce such exculpatory clauses on the basis of freedom of contract, while courts in the United States began to invalidate the clauses on the basis of public policy.

[53] It soon became clear that certainty and uniformity were desirable for all involved. In 1882, the International Law Association attempted to reach an agreement on a model bill of lading that would regulate the rights and duties as between the carriers and the cargo interests, but was ultimately unsuccessful. Not long thereafter, a number of states “adopted what might be considered the first consumer protection legislation regulating the rights and obligations of ocean carriers under bills of lading, albeit in the commercial world” (*The Federal Ems*, at paragraph 47). In 1893, the United States enacted the *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 190 (2006)], creating what was considered at the time to be a balanced regime between carriers and cargo interests. Shortly thereafter, New Zealand (in 1903), Australia (in 1904), Fiji (in 1906), Canada (in 1910), and Morocco (in 1919) all adopted legislation modelled after the *Harter Act*. Furthermore, many other nations were contemplating introducing similar legislation, notably Denmark, Finland,

qu’ils transportaient. Au cours des siècles qui ont suivi, ils ont en fait été considérés comme les assureurs de la cargaison qu’ils transportaient (*Canadian Maritime Law*, à la page 596; *The Federal Ems*, au paragraphe 46; *Riley v. Horne* (1828), 130 E.R. 1044 à la page 1045). Dans le même ordre d’idées, mentionnons qu’en common law, le transporteur a le droit de limiter contractuellement sa responsabilité. Avant le XIX^e siècle, les transporteurs qui cherchaient à échapper à leur responsabilité au moyen de clauses d’exonération étaient freinés dans leurs efforts par les réactions négatives des chargeurs. Au XIX^e siècle, cependant, l’évolution du transport maritime et l’accroissement du commerce mondial ont entraîné une augmentation du pouvoir de négociation relatif des transporteurs. En conséquence, des clauses d’exonération de grande portée ont été insérées dans les connaissements, si bien que les transporteurs n’avaient plus aucune responsabilité ou presque (*Canadian Maritime Law*, à la page 596; *The Federal Ems*, au paragraphe 46; *The Rafaela S*, au paragraphe 8). On a vu apparaître des divergences dans l’application du droit alors qu’il existait auparavant une certaine uniformité. Les tribunaux anglais étaient prêts à appliquer ces clauses exonératoires pour des raisons de liberté contractuelle, tandis que les tribunaux américains ont commencé à les invalider pour des raisons d’ordre public.

[53] Il est vite devenu évident que la certitude et l’uniformité étaient souhaitables pour toutes les parties concernées. En 1882, l’Association de droit international a tenté de parvenir à un accord sur un modèle de connaissement qui aurait réglementé les droits et obligations des transporteurs et des chargeurs, mais sans succès. Peu de temps après, un certain nombre d’États « ont adopté ce que l’on pourrait considérer comme la première législation sur la protection des consommateurs, quoique dans la sphère commerciale, qui réglementait les droits et les obligations des transporteurs maritimes découlant des connaissements » (*The Federal Ems*, au paragraphe 47). En 1893, les États-Unis ont promulgué la *Harter Act* [46 U.S.C. App. § 190 (2006)] et ainsi créé ce qu’on considèrerait à l’époque comme un régime équilibré entre les transporteurs et les chargeurs. Peu après, la Nouvelle-Zélande (en 1903), l’Australie (en 1904), les Fidji (en 1906), le Canada (en 1910) et le Maroc (en 1919) ont adopté une loi inspirée de la *Harter Act*. Par ailleurs, plusieurs autres

France, Iceland, the Netherlands, Norway, South Africa, Spain and Sweden (Comité Maritime International, *The Travaux Préparatoires of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading of 25 August 1924, The Hague Rules, and of the Protocols of 23 February 1968 and 21 December 1979, The Hague-Visby Rules* (1997) CMI Headquarters, at pages 23–24).

[54] As noted by Professor Gold and quoted by Justice Gauthier, it had become “clear that a proliferation of national legislation imposing different rules on merchant ships, which, by the nature of their business, call in many different countries, would cause legal confusion and inhibit trade.” (*Canadian Maritime Law*, at page 596; *The Federal Ems*, at paragraph 48). This proliferation of national legislation was brought to an end by work of the International Law Association and the newly founded Comité Maritime International (CMI). The CMI, a non-governmental international organization founded in 1897, brought together experts in maritime law from around the world to contribute towards the unification of maritime law. After meetings and diplomatic conferences held in Brussels over the course of several years, a compromise was struck between the rights, duties and obligations of the parties to contracts of carriage of goods as evidenced by bills of lading. The resulting *Hague Rules* of 1924, which entered into force in 1931, was a success and was widely ratified and adopted throughout the world (*The Federal Ems*, at paragraph 49). So much so, that it has even been argued that the *Hague Rules* has acquired the status of international customary shipping law—*lex maritima* (Maris Lejnieks, “Diverging solutions in the harmonisation of carriage of goods by sea: which approach to choose?” (2003), 8:1–2 *Uniform Law Review* 303, at page 304).

[55] As explained by Viscount Simonds in *The Muncaster Castle*, the aim of the *Hague Rules* “was broadly to standardise within certain limits the rights of every holder of a bill of lading against the ship owner, prescribing an irreducible minimum for the responsibilities and liabilities to be undertaken by the latter. To guide

pays envisageaient d’adopter une loi similaire, notamment le Danemark, la Finlande, la France, l’Islande, les Pays-Bas, la Norvège, l’Afrique du Sud, l’Espagne et la Suède (Comité Maritime International, *Les travaux préparatoires de la Convention internationale pour l’unification de certaines règles de droit en matière de connaissance du 25 août 1924, les Règles de La Haye, et des Protocoles des 23 février 1968 et 21 décembre 1979, les Règles de La Haye-Visby* (1997) Siège du CMI, aux pages 23–24).

[54] Comme l’a souligné le professeur Gold, cité par la juge Gauthier, il est devenu [TRADUCTION] « évident que la prolifération de lois nationales imposant des règles différentes aux navires marchands qui, de par la nature de leurs activités, font escale dans différents pays, allait semer la confusion sur le plan juridique et nuire au commerce ». (*Canadian Maritime Law*, à la page 596; *The Federal Ems*, au paragraphe 48). Les travaux de l’Association de droit international et du nouveau Comité maritime international (CMI) ont mis fin à cette prolifération de lois nationales. Le CMI, une organisation internationale non gouvernementale fondée en 1897, réunissait des experts en droit maritime du monde entier avec pour objectif l’unification du droit maritime. Après plusieurs années de réunions et de conférences diplomatiques tenues à Bruxelles, ses membres sont parvenus à concilier les droits, les obligations et les responsabilités des parties aux contrats de transport de marchandises constatés par un connaissance. S’en sont suivies les *Règles de La Haye* de 1924, entrées en vigueur en 1931, qui ont été une réussite en ce qu’elles ont été largement ratifiées et adoptées dans le monde entier (*The Federal Ems*, au paragraphe 49). À tel point que d’aucuns ont même soutenu que les *Règles de La Haye* avaient acquis le statut de droit international coutumier des transports maritimes — *lex maritima* (Maris Lejnieks, « Diverging solutions in the harmonisation of carriage of goods by sea : what approach to choose? » (2003), 8:1–2 *Revue de droit uniforme* 303, à la page 304).

[55] Comme l’a expliqué le vicomte Simonds dans l’arrêt *The Muncaster Castle*, l’objectif des *Règles de La Haye* [TRADUCTION] « était, en gros, d’uniformiser dans certaines limites les droits que tout porteur de connaissance pouvait faire valoir à l’encontre du propriétaire du navire, en imposant à ce dernier un minimum irréductible

them the framers of the rules had amongst other precedents the American *Harter Act* of 1893 [Feb. 13, 1893, ch. 105, 27 Stat. 445], the Australian *Sea Carriage of Goods Act, 1904* [No. 14, 1904], the Canadian *Water Carriage of Goods Act, 1910* [S.C. 1910, 9-10 Edw. VII, c. 61], and, though they had no British Act as a model, they had decisions of the English courts in which the language of the Harter Act had fallen to be construed by virtue of its provisions being embodied in bills of lading.” (*The Muncaster Castle*, at page 67).

[56] In 1936, Canada incorporated the *Hague Rules* into its domestic legislation entitled the *Carriage of Goods by Water Act*, thereby replacing the *Water-Carriage of Goods Act* (1910).

[57] As a result of advancements and changes in the shipping industry, including the advent of containers, certain updates were made to the *Hague Rules* in 1968 by way of a protocol. The resulting *Hague-Visby Rules* came into force in 1977. They were incorporated into Canadian law by way of the 1993 *Carriage of Goods by Water Act*.

[58] In parallel, it was recognized that the *Hague-Visby Rules* were in need of modernization. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) undertook the work of creating a new convention dealing with carriage of goods by sea, resulting in the *Hamburg Rules* of 1978¹ (*The Federal Ems*, at paragraph 49). The *Hamburg Rules* raised the limits of liability and narrowed the number of exceptions from which the carrier may benefit. Unlike the *Hague-Visby Rules*, they included provisions dealing with arbitration and jurisdiction clauses. The *Hamburg Rules* were also meant to apply to new types of shipping documents used by carriers that had characteristics that differed from those of the traditional bills of lading (*The Federal Ems*, at paragraph 51).

¹ *United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*, concluded at Hamburg on 31 March 1978, being Schedule 4 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hamburg Rules)

de responsabilités et d’obligations. Pour ce faire, les rédacteurs des règles pouvaient se laisser guider par la *Harter Act* américaine de 1893 [Feb. 13, 1893, ch. 105, 27 Stat. 445], la *Sea Carriage of Goods Act* australienne de 1904 [n° 14, 1904], la *Water-Carriage of Goods Act* canadienne de 1910 [L.C. 1910, 9-10 Edw. VII, ch. 61], entre autres précédents, et, bien qu’ils ne disposaient d’aucun modèle de loi britannique, ils pouvaient s’inspirer des décisions des tribunaux anglais dans lesquelles le texte de la *Harter Act* avait dû être interprété du fait que ses dispositions étaient incorporées dans les connaissements ». (*The Muncaster Castle*, à la page 67).

[56] En 1936, le Canada a incorporé les *Règles de La Haye* à sa loi intitulée *Loi sur le transport des marchandises par eau*, remplaçant ainsi le *Water-Carriage of Goods Act* (1910).

[57] Par suite des progrès réalisés dans le secteur du transport maritime, notamment l’apparition des conteneurs, certaines mises à jour ont été apportées aux *Règles de La Haye* en 1968 sous forme de protocole. Les *Règles de La Haye-Visby* qui en ont résulté sont entrées en vigueur en 1977. Elles ont été incorporées au droit canadien par la *Loi sur le transport de marchandises par eau* de 1993.

[58] Parallèlement, on s’est rendu compte qu’il fallait moderniser les *Règles de La Haye-Visby*. La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) a entrepris d’élaborer une nouvelle convention relative au transport de marchandises par mer, et ses travaux ont donné naissance aux *Règles de Hambourg* de 1978¹ (*The Federal Ems*, au paragraphe 49). Les *Règles de Hambourg* ont élevé les limites de responsabilité et réduit le nombre d’exceptions dont le transporteur pouvait bénéficier. Contrairement aux *Règles de La Haye-Visby*, elles comprenaient des dispositions relatives à l’arbitrage et aux clauses de compétence. Les *Règles de Hambourg* devaient également s’appliquer aux nouveaux types de documents d’expédition utilisés par les transporteurs, qui étaient dotés de caractéristiques différentes de celles des connaissements traditionnels (*The Federal Ems*, au paragraphe 51).

¹ *Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978*, conclu à Hambourg le 31 mars 1978, qui constitue l’annexe 4 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (règles de Hambourg)

[59] As noted by both Professor Gold and the Federal Court of Appeal, the *Hamburg Rules* have not been widely adopted (*The Federal Ems*, at paragraph 51; *Canadian Maritime Law*, at page 597). Few, if any, of those states who ratified the *Hamburg Rules* are considered significant maritime trading nations (*Canadian Maritime Law*, at page 597). A further convention, *The Rotterdam Rules* of 2009, was the latest effort at modernization but it has not entered into force. As a result, most nations operate under *Hague* or *Hague-Visby Rules* regimes. In practice, while the variety of shipping documentation used in the liner trade has increased in recent years, the law governing the carriage of goods by common carriers has remained substantially the same since 1924, and in many respects even earlier (*Canadian Maritime Law*, at page 564). Professor Gold has stated that “[u]ndoubtedly a new internationally uniform regime that meets the needs of carriers and cargo owners operating modern, containerized traffic by streamlined electronic processes is required.” (*Canadian Maritime Law*, at page 564).

[60] Given that there has not been a widely adopted carriage of goods by sea convention since the *Hague* and *Hague-Visby Rules*, and that many countries did not embrace the *Hamburg Rules*, an appreciable number of nations have taken steps to modernize certain aspects of their carriage regimes through domestic legislation, while nevertheless retaining many aspects of the *Hague* and *Hague-Visby Rules*. Such nations include the United Kingdom, Australia, New Zealand, South Africa, Singapore, Denmark, Sweden, Norway, Finland, Germany, the Republic of Korea and the People’s Republic of China (*Cami Automotive*, at paragraph 46; Tetley, at pages 2304, 2420, 2446, 2533, 2555, 2581, 2597).

[61] Canada’s carriage of goods by water regime remains a *Hague-Visby Rules* based regime. In 2001, Part 5 of the Act replaced the 1993 *Carriage of Goods by Water Act*. Save for section 46 of the Act, Canada’s carriage

[59] Comme l’ont souligné le professeur Gold et la Cour d’appel fédérale, peu de pays ont adopté les *Règles de Hambourg* (*The Federal Ems*, au paragraphe 51; *Canadian Maritime Law*, à la page 597). Quelques-uns, voire aucun, des États qui ont ratifié les *Règles de Hambourg* sont considérés comme de grandes nations maritimes (*Canadian Maritime Law*, à la page 597). Le dernier effort de modernisation est venu d’une autre convention, les *Règles de Rotterdam* de 2009, mais elles ne sont pas entrées en vigueur. Il s’ensuit que la plupart des pays appliquent le régime des *Règles de La Haye* ou celui des *Règles de La Haye-Visby*. Dans les faits, la diversité des documents d’expédition utilisés dans le trafic de ligne s’est accrue au cours des dernières années, alors que le droit régissant le transport de marchandises par des transporteurs généraux est resté sensiblement le même depuis 1924, et depuis même avant à bien des égards (*Canadian Maritime Law*, à la page 564). Le professeur Gold a déclaré n’avoir [TRADUCTION] « [a]ucun doute sur la nécessité de définir un nouveau régime uniforme à l’échelle internationale qui réponde aux besoins des transporteurs et des propriétaires de cargaisons qui font du commerce moderne et conteneurisé au moyen de processus électroniques rationalisés ». (*Canadian Maritime Law*, à la page 564).

[60] Étant donné qu’aucune convention sur le transport de marchandises par mer n’a été largement adoptée depuis les *Règles de La Haye* et les *Règles de La Haye-Visby*, et que nombreux sont les pays qui n’ont pas adhéré aux *Règles de Hambourg*, un nombre significatif de pays ont pris des mesures pour moderniser certains aspects de leurs régimes de transport par le biais d’une loi nationale, tout en conservant néanmoins de nombreux aspects des *Règles de La Haye* et des *Règles de La Haye-Visby*. Il s’agit du Royaume-Uni, de l’Australie, de la Nouvelle-Zélande, de l’Afrique du Sud, de Singapour, du Danemark, de la Suède, de la Norvège, de la Finlande, de l’Allemagne, de la République de Corée et de la République populaire de Chine (*Cami Automotive*, au paragraphe 46; Tetley, aux pages 2304, 2420, 2446, 2533, 2555, 2581 et 2597).

[61] Le régime canadien de transport de marchandises par eau reste un régime fondé sur les *Règles de La Haye-Visby*. En 2001, la *Loi sur le transport des marchandises par eau* de 1993 a été remplacée par la partie 5 de la Loi.

regime has remained the same. As of the date of this judgment, no legislation updating the *Hague-Visby Rules* based regime has been passed in Canada.

[62] It is helpful to keep the foregoing history and context in mind. The Cargo Claimant pleads that the Shipping Document was issued by a common carrier in the context of the liner trade on the basis of standard carrier terms that were not negotiable. The Cargo Claimant submits that it is in need of protection and should be afforded it in line with the aims of Canada's carriage of goods by water regime as applied in the context of modern carriage. The Carrier disagrees and submits that the material provisions of the Act simply do not cover the Shipping Document, because Canada's carriage of goods by water regime is a *Hague-Visby Rules* based regime. If the *Hamburg Rules* or the *Rotterdam Rules* had been enacted in Canada, this would not be an issue, but they are not. Consequently, we must turn to the definition of a contract of carriage contained in the *Hague-Visby Rules*.

C. Is the Shipping Document a Contract of Carriage Covered by a Bill of Lading or Any Similar Document of Title Under the Hague-Visby Rules?

[63] Section 46 of the Act applies to “a contract for the carriage of goods by water”. This expression is not defined in the Act. The Carrier pleads that the same expression is also used in section 43 of the Act, where it provides that the “*Hague-Visby Rules* have the force of law in Canada in respect of contracts for the carriage of goods by water”. In other words, if a contract is a “contract for the carriage of goods by water”, then, pursuant to section 43, and provided the other conditions are met, the *Hague-Visby Rules* apply to that contract. The Carrier submits that a “contract for the carriage of goods by water”, be it in section 43 or section 46 of the Act must have the same meaning. If, pursuant to section 43, a contract for the carriage of goods by water is the type of contract to which the *Hague-Visby Rules* apply by

Sous réserve de l'article 46 de la Loi, le régime canadien de transport est resté le même. À la date du présent jugement, aucune loi actualisant le régime fondé sur les *Règles de La Haye-Visby* n'avait été adoptée au Canada.

[62] Il est utile de garder à l'esprit l'historique et le contexte qui précèdent. La réclamante fait valoir que le document d'expédition a été délivré par un transporteur général dans le contexte du trafic de ligne selon des conditions de transport types non négociables. Elle soutient qu'elle a besoin de protection et que, si l'on reste fidèle aux objectifs du régime canadien de transport de marchandises par eau tel qu'ils sont appliqués dans le contexte du transport moderne, elle devrait l'obtenir. Le transporteur n'est pas du même avis et soutient que les dispositions pertinentes de la Loi ne visent tout simplement pas le document d'expédition, car le régime canadien de transport de marchandises par eau est fondé sur les *Règles de La Haye-Visby*. Si les *Règles de Hambourg* ou les *Règles de Rotterdam* avaient été promulguées au Canada, la question ne se poserait pas, mais elles ne l'ont pas été. Par conséquent, nous devons nous reporter à la définition de « contrat de transport » qui figure dans les *Règles de La Haye-Visby*.

C. Le document d'expédition est-il un contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre au sens des Règles de La Haye-Visby?

[63] L'article 46 de la Loi s'applique au « contrat de transport de marchandises par eau ». Cette expression n'est pas définie dans la Loi. Le transporteur allègue qu'elle est également employée à l'article 43 de la Loi, selon lequel « les *Règles de La Haye-Visby* ont force de loi au Canada à l'égard des contrats de transport de marchandises par eau ». En d'autres termes, si un contrat est un « contrat de transport de marchandises par eau », alors, selon l'article 43 et sous réserve que les autres conditions soient remplies, les *Règles de La Haye-Visby* s'appliquent à ce contrat. Le transporteur soutient que le sens de « contrat de transport de marchandises par eau », qu'il soit visé par l'article 43 ou par l'article 46 de la Loi, doit être le même. Si le contrat de transport de marchandises par eau visé par l'article 43 est le type

force of law, then section 46 can only apply to those same types of contracts.

[64] The Carrier relies on *Cami Automotive*, where Justice Edmond P. Blanchard found that to determine the meaning of the phrase a “contract for the carriage of goods by water” in the context of section 43 of the Act, one must turn to the definition of “contract of carriage” as contained in Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules*, appended to the Act. Article 1(b) defines a contract of carriage as a contract “covered by a bill of lading or any similar document of title”.

[65] The Carrier’s position is that neither the Service Contract nor the Shipping Documents are contracts “covered by a bill of lading or similar document of title” as per the *Hague-Visby Rules*. Consequently, they are not the type of contract that attracts the application of the *Hague-Visby Rules* by force of law pursuant to section 43 of the Act, and thus do not attract the application of section 46 of the Act. Simply put, the phrase cannot mean one thing in section 43 and another in section 46 of the Act.

[66] The Cargo Claimant pleads that (i) the Shipping Document is a bill of lading, as it clearly says so on the face of the document, and (ii) the phrase contained in section 46 of the Act, whose policy it is to protect Canadian importers and exporters, should be given a wider scope than the same phrase found in section 43 of the Act or the definition contained in Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules*.

[67] Prior to considering the scope of section 46 of the Act, I shall first consider whether the Shipping Document and/or the Service Contract constitute a contract of carriage as defined by Article 1(b) of the of the *Hague-Visby Rules*, such that it is the type of contract that attracts the application of the *Hague-Visby Rules* by force of law.

[68] For the purposes of the application of the *Hague-Visby Rules*, Article 1(b) defines a contract of carriage to which they apply as follows:

de contrat auquel les *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi, s’appliquent, alors l’article 46 ne peut que s’appliquer au même type de contrat.

[64] Le transporteur s’appuie sur la décision *Cami Automotive* dans laquelle le juge Edmond P. Blanchard a conclu que, pour déterminer le sens de l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » dans le contexte de l’article 43 de la Loi, il fallait se reporter à la définition de « contrat de transport » à l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*, annexées à la Loi. Suivant cette disposition, le contrat de transport s’entend d’un contrat « constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre ... ».

[65] Le transporteur fait valoir que ni le contrat de services ni le document d’expédition ne sont des contrats « constaté[s] par un connaissement ou par tout document similaire » aux termes des *Règles de La Haye-Visby*. Par conséquent, il ne s’agit pas du type de contrat qui commande l’application des *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi selon l’article 43 de la Loi, et l’article 46 de la Loi ne s’y applique donc pas. En clair, l’expression ne saurait vouloir dire une chose à l’article 43 et une autre à l’article 46 de la Loi.

[66] La réclamante fait valoir : (i) que le document d’expédition est un connaissement, tel qu’il est inscrit clairement au recto du document, et (ii) que l’expression contenue à l’article 46 de la Loi, dont le but est de protéger les importateurs et les exportateurs canadiens, doit être interprétée plus largement que celle, la même, qui est employée à l’article 43 et dans la définition figurant à l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*.

[67] Avant d’examiner le champ d’application de l’article 46 de la Loi, j’examinerai si le document d’expédition et le contrat de services sont des contrats de transport au sens de l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*, de telle sorte qu’ils commandent l’application des *Règles de La Haye-Visby* qui ont force de la loi.

[68] Pour l’application des *Règles de La Haye-Visby*, l’alinéa 1b) définit comme suit le contrat de transport auquel elles s’appliquent :

...contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title, in so far as such document relates to the carriage of goods by water, including any bill of lading or any similar document as aforesaid issued under or pursuant to a charter-party from the moment at which such bill of lading or similar document of title regulates the relations between a carrier and a holder of the same... [Emphasis added.]

... contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre pour le transport des marchandises par eau, il s'applique également au connaissance ou document similaire émis en vertu d'une charte-partie à partir du moment où ce titre régit les rapports du transporteur et du porteur du connaissance ... [Soulignement ajouté.]

[69] For the purposes of the matter at hand, the material phrase is “a bill of lading or any similar document of title”. Bear in mind that the interpretation of this phrase has been informed by the trade practices and the common law functions of a bill of lading as described in section V.A (*Bills of Lading*) of these reasons, namely (a) a receipt for the goods; (b) evidence of the contract of carriage; and (c) a “document of title”.

[69] Pour les besoins de la présente affaire, l'expression pertinente est « un connaissance ou tout document similaire formant titre ». Il ne faut pas oublier que son interprétation découle des pratiques commerciales et des fonctions du connaissance en common law qui sont décrites dans la section V.A (*Connaissances*) des présents motifs, à savoir qu'il sert de a) reçu pour les marchandises; b) preuve du contrat de transport; et c) « document formant titre ».

[70] It is common ground between the parties that the Shipping Document was used as an acknowledgement of receipt for the cargo. Moreover, it is clear from the record that the Shipping Document evidences the terms of carriage as between the Cargo Claimant and the Carrier. The material issue, as plead by the Carrier, is whether the Shipping Document is a “document of title”. The Carrier submits that it is not.

[70] Il est acquis de part et d'autre que le document d'expédition a été utilisé comme accusé de réception pour la cargaison. En outre, il ressort clairement du dossier que le document d'expédition atteste des conditions de transport convenues entre la réclamante et le transporteur. La question essentielle, selon le transporteur, est de savoir si le document d'expédition est un « document formant titre ». Le transporteur soutient que ce n'est pas le cas.

[71] The Shipping Document names the Cargo Claimant as consignee, meaning, the Cargo Claimant is identified on the Shipping Document as the party to whom the cargo is to be delivered. There is no language contained on the face of the Shipping Document that indicates that it is transferable, as would have been the case had it been made out to the named consignee (the Cargo Claimant) and its “order or assigns” or similar words of transferability (*Carver*, at paragraphs 1-011–1-112). The upper right-hand corner of the Shipping Document contains the printed words “NOT NEGOTIABLE UNLESS CONSIGNED TO ORDER”. Not only is there no language permitting transferability in the Shipping Document, there is language negating transferability (*Carver*, at paragraph 1-011; *Cami Automotive*, at paragraph 15).

[71] Le document d'expédition désigne la réclamante comme destinataire, c'est-à-dire qu'elle y est nommée comme étant la partie à laquelle la cargaison doit être livrée. Rien au recto du document d'expédition n'indique qu'il est transférable, comme cela aurait été le cas s'il avait été établi au nom du destinataire désigné (la réclamante) et à son [TRADUCTION] « ordre ou ses ayants droit » ou en des termes semblables de transférabilité (*Carver*, aux paragraphes 1-011 à 1-112). Dans le coin supérieur droit du document se trouvent les mots [TRADUCTION] « NON NÉGOCIABLE À MOINS D'ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE ». Non seulement le document ne contient aucun terme permettant qu'il soit transféré, mais il contient des termes excluant qu'il le soit (*Carver*, au paragraphe 1-011; *Cami Automotive*, au paragraphe 15).

[72] The fact that a bill of lading is not transferable does not necessarily mean that it is excluded from

[72] Le fait qu'un connaissance ne soit pas transférable ne signifie pas nécessairement qu'il n'est pas visé

Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules* on the basis that it is not a “document of title”. A “straight bill of lading” is one that is consigned to a named consignee and cannot be transferred. The lack of transferability is often made clear by the bill being stamped, or containing the phrase, “non-negotiable”. Historically, non-negotiable bills of lading have not been viewed as a document of title in the common law sense, due to their lack of transferability (*Carver*, at paragraph 6-016).

[73] In *The Rafaela S*, the House of Lords considered the question of whether a straight bill of lading was “a bill of lading or any similar document of title” for the purpose of Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules*. The House of Lords concluded that a straight bill of lading was a document of title for the purposes of the *Hague-Visby Rules* on the basis that, *inter alia*, it had to be presented in order to obtain delivery of the cargo (at paragraph 20). It was found that production of the straight bill of lading to the carrier was a prerequisite to delivery given the express terms it contained, but also that production of a straight bill of lading is a necessary precondition to delivery even in the absence of an express provision requiring it (at paragraph 20, *per* Lord Bingham). The straight bill of lading in *The Rafaela S* indicated on its face that a set of three original bills of lading was issued and it contained an attestation clause: “IN WITNESS whereof the number of Original Bills of Lading stated above all of this tenor and date, has been signed, one of which being accomplished, the others to stand void. One of the Bills of Lading must be surrendered duly endorsed in exchange for the goods or deliver order” (at paragraph 32). Placing aside the last sentence of the attestation clause, Lord Steyn found as follows [at paragraph 45]:

.... In any event, the issue of a set of three bills of lading, with the provision “one of which being accomplished, the others to stand void” necessarily implies that delivery will only be made against presentation of the bill of lading. In my view the decision of the Court of Appeal of Singapore in *Voss v APL Co Pte Ltd* [2002] 2 Lloyd’s LR 707 at 722 that presentation of a straight bill of lading is a requirement for the delivery of the cargo is right.

par l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby* au motif qu’il ne s’agit pas d’un « document formant titre ». Un « connaissance nominatif » est un connaissance qui est établi au nom du destinataire et qui ne peut être transféré. Bien souvent, sa non-transférabilité est exprimée clairement par le terme « non négociable » estampillé ou employé dans le corps du texte. Historiquement, les connaissances non négociables ne sont pas considérés comme des documents formant titre au sens où l’entend la common law, en raison de leur non-transférabilité (*Carver*, au paragraphe 6-016).

[73] Dans l’arrêt *The Rafaela S*, la Chambre des lords a examiné la question de savoir si un connaissance nominatif était « un connaissance ou tout document similaire formant titre » au sens de l’alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*. Elle a jugé qu’un connaissance nominatif était un document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby* au motif qu’il devait notamment être présenté pour avoir droit à la délivrance de la cargaison (au paragraphe 20). Elle a conclu que, vu les termes exprès du connaissance nominatif, la délivrance était conditionnelle à ce que le document soit présenté au transporteur, et que sa présentation était une condition préalable nécessaire à la délivrance même si aucune disposition expresse ne l’exigeait (au paragraphe 20, le lord Bingham). Dans l’affaire *The Rafaela S*, le connaissance nominatif indiquait au recto que trois connaissances originaux avaient été délivrés, et il contenait la clause d’attestation suivante : [TRADUCTION] « EN FOI DE QUOI le nombre de connaissances originaux indiqué ci-dessus, tous de même teneur et de même date, a été signé, les autres devenant nuls à la signature de l’un d’eux. Un des connaissances, dûment endossé, doit être remis en échange des marchandises ou du bon de livraison » (au paragraphe 32). Mettant de côté la dernière phrase de la clause d’attestation, lord Steyn a conclu comme suit [au paragraphe 45] :

[TRADUCTION] ... En tout état de cause, l’établissement d’une série de trois connaissances contenant les termes « les autres devenant nuls à la signature de l’un d’eux » implique nécessairement que la délivrance ne sera effectuée que sur présentation du connaissance. À mon avis, l’arrêt de la Cour d’appel de Singapour, *Voss v. APL Co Pte Ltd* [2002] 2 Lloyd’s LR 707 à la p 722, selon lequel la présentation d’un connaissance nominatif est une condition à la délivrance de la cargaison est fondé.

[74] Lord Steyn distinguished straight bills of lading from waybills noting authority that waybills are not required to be produced in order to obtain delivery and that “straight bills of lading are invariably issued in sets of three and waybills [are] not” (*The Rafaela S*, at paragraph 46). Note that waybills are defined and addressed in detail in section V.D of these reasons, further below.

[75] In *Voss v. APL Co. Pte. Ltd.*, [2002] 2 Lloyds L.R. 707, referenced by Lords Steyn, Bingham and Rodger in *The Rafaela S*, the Court of Appeal of Singapore considered a non-negotiable straight bill of lading issued by a carrier in a set of three originals and containing the language “Upon surrender to the Carrier of any one negotiable bill of lading, properly endorsed, all others shall stand void” (at paragraph 4). The Court of Appeal found that presentation of the straight bill of lading was required in order to obtain delivery of the goods. If the parties had wished to avoid the requirement of presentation, they would not have issued a bill of lading with three originals (at paragraph 49). The Court of Appeal contrasted a waybill with a straight bill of lading noting that a waybill is retained by the shipper and all the consignee need show to take delivery is proof of his identity (paragraph 53). While a waybill is a receipt, it is unlike a straight bill of lading in that it is not a document of title (at paragraph 53).

[76] This Court, relying on *The Rafaela S*, has recognized that both negotiable bills of lading and non-negotiable bills of lading (straight bills of lading) are “documents of title” and as such must be presented at the port of discharge to obtain delivery of the goods (*Cami Automotive*, at paragraph 16). In *Cami Automotive*, Justice Blanchard found that a shipping document was not a “document of title” because, among other things, it did not have to be produced at the port of discharge and only one copy was issued by the carrier, rather than in triplicate as is usually the case for bills of lading (at paragraphs 28 and 30). Consequently, the Court found the document to be a waybill rather than a straight bill of lading.

[74] Lord Steyn a fait la distinction entre les connaissements nominatifs et les lettres de transport, soulignant qu’il n’était pas nécessaire de présenter ces dernières pour avoir droit à la délivrance et que [TRADUCTION] « les connaissements nominatifs sont invariablement délivrés par lot de trois, ce qui n’est pas le cas des lettres de transport » (*The Rafaela S*, au paragraphe 46). Mentionnons que les lettres de transport sont définies et analysées en détail dans la section V.D des présents motifs, qui se trouve ci-dessous.

[75] Dans l’arrêt *Voss v. APL Co. Pte. Ltd.*, [2002] 2 Lloyds L.R. 707, cité par les lords Steyn, Bingham et Rodger dans l’arrêt *The Rafaela S*, la Cour d’appel de Singapour a examiné un connaissement nominatif non négociable établi par un transporteur en trois originaux et contenant le texte suivant : [TRADUCTION] « Sur remise au transporteur de l’un des connaissements négociables, dûment endossé, tous les autres connaissements deviennent nuls » (au paragraphe 4). La Cour d’appel a conclu que la délivrance des marchandises était conditionnelle à la présentation du connaissement nominatif. Si les parties avaient voulu contourner l’exigence de la présentation, elles n’auraient pas délivré trois originaux du connaissement (au paragraphe 49). Comparant la lettre de transport et le connaissement nominatif, la Cour d’appel a expliqué que la lettre de transport était conservée par le chargeur, et que pour avoir droit à la délivrance des marchandises, le destinataire n’avait qu’à présenter une preuve de son identité (au paragraphe 53). Bien qu’elle serve de reçu, la lettre de transport est différente du connaissement nominatif en ce qu’elle n’est pas un document formant titre (au paragraphe 53).

[76] S’appuyant sur l’arrêt *The Rafaela S*, la Cour a reconnu que les connaissements négociables et les connaissements non négociables (connaissements nominatifs) étaient des « documents formant titre » et qu’à ce titre, ils devaient être présentés au port de déchargement pour avoir droit à la délivrance des marchandises (*Cami Automotive*, au paragraphe 16). Dans la décision *Cami Automotive*, le juge Blanchard a conclu que le document d’expédition en cause n’était pas un « document formant titre » parce que, entre autres choses, il n’avait pas à être produit au port de déchargement et qu’un seul exemplaire avait été délivré par le transporteur, plutôt que trois comme c’est habituellement le cas avec les

[77] Justice Harrington in *Timberwest Forest Corp. v. Pacific Link Services Corp.*, 2008 FC 801, [2009] 2 F.C.R. 496 (*Timberwest*) described a bill of lading as follows, noting the fundamental importance of delivering the cargo to the holder of the bill [at paragraph 13]:

Although the bill of lading is a venerable document, it is not defined in either the Hague-Visby Rules or in our *Bills of Lading Act* [R.S.C., 1985, c. B-5]. Article I of the Rules [definition of “contract of carriage”] provides that they only apply to “contracts of carriage covered by a bill of lading or any similar document of title”. Depending on its terms, a bill of lading may, or may not, be a negotiable instrument. A fundamental aspect of a contract of carriage covered by a bill of lading is that the carrier, or its agents, delivers the cargo to the holder of the bill... [Emphasis added.]

[78] In the present matter, the Carrier highlights that only one copy of the Shipping Document was issued and that the copy did not have to be presented by the Cargo Claimant in order to obtain delivery of the cargo.

[79] I find that the fact that the Shipping Document was not required to be surrendered to the Carrier or its agent in order to obtain delivery of the cargo substantially weighs against the Shipping Document being considered a straight bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*. It is clear from the record that the parties did not intend that the Shipping Document be presented in order to obtain the cargo. Moreover, it was the practice of the parties for such shipments, the *modus operandi*, that presentation was not required. For the particular cargo at issue, the Cargo Claimant was not required to present or tender a copy of the Shipping Document in order to obtain delivery. The Shipping Document contains the notation “express release”, which is in fact what took place.

connaissements (aux paragraphes 28 et 30). Par conséquent, la Cour a conclu que le document était une lettre de transport plutôt qu’un simple connaissance.

[77] Dans la décision *Timberwest Forest Corp. c. Pacific Link Services Corp.*, [2008] CF 801, [2009] 2 R.C.F. 496 (*Timberwest*), le juge Harrington a décrit le connaissance comme suit, soulignant l’aspect fondamental du contrat selon lequel la cargaison est livrée au porteur du connaissance [au paragraphe 13] :

Bien que le connaissance soit un document important, il n’est défini ni dans les Règles de La Haye-Visby ni dans la *Loi sur les connaissances* [L.R.C. (1985), ch. B-5]. L’article I des Règles [définition de « contrat de transport »] prévoit qu’elles ne s’appliquent qu’au « contrat de transport constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre ». Selon les modalités qui y sont prévues, le connaissance peut constituer un effet de commerce négociable. Le fait que le transporteur, ou ses agents, livre la cargaison au détenteur du connaissance est un aspect fondamental du contrat de transport constaté par un connaissance ... [Non souligné dans l’original.]

[78] En l’espèce, le transporteur souligne qu’un seul exemplaire du document d’expédition a été délivré et que cette copie n’avait pas à être présentée par la réclamante pour avoir droit à la délivrance de la cargaison.

[79] J’estime que le fait qu’il n’était pas nécessaire de remettre le document d’expédition au transporteur ou à son agent pour avoir droit à la délivrance de la cargaison milite grandement contre la conclusion que le document d’expédition est un connaissance nominatif ou un autre document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*. Il ressort clairement du dossier que les parties n’avaient pas l’intention qu’il soit nécessaire de présenter le document d’expédition pour obtenir la cargaison. De plus, les parties avaient l’habitude lors de tels envois, le *modus operandi*, de ne pas exiger la présentation du document. Quant à la cargaison en litige, la réclamante n’était pas tenue de présenter ou de remettre une copie du document d’expédition pour avoir droit à la délivrance des marchandises. Le document d’expédition contient la mention « remise expresse », ce qui, dans les faits, est ce qui s’est produit.

[80] Alongside the practice of the parties, I also find that the terms contained in the Shipping Document speak against its production as a prerequisite to delivery. The Shipping Document contains a printed attestation clause “IN WITNESS WHEREOF, the Carrier has signed ____ original Bills of Lading, all of the tenor and date, and if one is accomplished the others shall be void. Dated _____ Signature _____”. Unlike in *The Rafaela S*, it was the practice in this case that no originals were issued and only one copy was issued for each cargo. In the copies of the Shipping Documents that were issued by the Carrier for the cargos, the attestation clause is left blank indicating no original bills were ever issued nor was the Shipping Document signed. No original bill was thus tendered for delivery that would render the other originals void. That no original bills, let alone a set of three, were issued weighs against the Shipping Document being a document of title as covered by the *Hague-Visby Rules*.

[81] The date and signature lines contained in the Shipping Document, right below the attestation clause quoted above, were also left blank. The Carrier, relying upon *The Maurice Desgagnes*, pleads that the fact that the Shipping Document is unsigned is decisive. In *The Maurice Desgagnes*, the Court sought to determine whether a document issued in relation to the carriage of cargo was a bill of lading such that it attracted the application of the *Hague Rules* as annexed to the *Carriage of Goods by Water Act* (the predecessor to the Act). As noted previously, Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules* remains the same. Justice Dubé noted that the document was unsigned and conducted an extensive review of numerous authorities in order to determine whether a signature was an essential element of a bill of lading. Justice Dube cited *British Shipping Laws*, both the first and second editions, as setting out the essential facts in a bill of lading that include (*The Maurice Desgagnes*, at page 221):

[80] Outre la façon de faire des parties, je constate également que les termes contenus dans le document d'expédition vont à l'encontre de l'idée que sa production était une condition préalable à la délivrance. Le document d'expédition contient une clause d'attestation [TRADUCTION] « EN FOI DE QUOI, le transporteur a signé ____ connaissements originaux, tous de même teneur et de même date, les autres devenant nuls à la signature de l'un d'eux. En date du _____ Signature _____ ». À la différence de l'affaire *The Rafaela S*, il était d'usage dans la présente affaire de ne délivrer aucun original, seulement une copie pour chaque cargaison. Dans les copies des documents d'expédition délivrés par le transporteur pour les cargaisons, la clause d'attestation a été laissée en blanc, ce qui veut dire qu'aucun original de connaissement n'a jamais été délivré et que le document d'expédition n'a jamais été signé. Aucun original de connaissement n'a donc été présenté à la livraison, ce qui aurait rendu les autres originaux nuls. Qu'aucun original de connaissement, et encore moins trois, n'ait été délivré milite contre la conclusion que le document d'expédition est un document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*.

[81] Dans le document d'expédition, les lignes où inscrire la date et apposer les signatures, directement sous la clause d'attestation citée ci-dessus, ont également été laissées en blanc. Le transporteur, s'appuyant sur la décision *The Maurice Desgagnes*, soutient que le fait que le document d'expédition ne soit pas signé est déterminant. Dans cette affaire, la Cour devait décider si un document délivré en rapport avec le transport d'une cargaison était un connaissement de sorte qu'il était assujéti aux *Règles de La Haye* annexées à la *Loi sur le transport des marchandises par eau* (qui a précédé la Loi). Comme je l'ai dit, l'alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby* reste le même. Le juge Dubé a mentionné que le document n'était pas signé et a procédé à un examen approfondi d'un grand nombre de décisions pertinentes afin de savoir si la signature était un élément essentiel du connaissement. Il a cité l'ouvrage *British Shipping Laws*, première et deuxième éditions, où sont énumérés les éléments essentiels du connaissement (*The Maurice Desgagnes*, à la page 221) :

(h) *The number of signed negotiable copies.* The bill of lading must state how many negotiable copies have been signed. Two or three copies are most usual, but sometimes there are more or even only one, according to the requirements of the shipper rather than of the shipping company...

...

A bill of lading is a document which is signed by the shipowner or his agent... [Emphasis in original.]

[82] Following his review of the authorities, Justice Dubé concluded that he was “of the view therefore that the unsigned document referred to in this application is not a bill of lading within the meaning of the *Carriage of Goods by Water Act*” (at page 226). Justice Dubé also considered negotiability to be of “the utmost importance” in determining whether a document is a bill of lading under the predecessor to the Act (at page 224). It was these two factors, the lack of signature and the non-negotiability of the document, that led to Justice Dubé’s finding that the *Hague Rules* did not apply (at page 224). As to the non-negotiability of the document, I respectfully disagree with Justice Dubé. In light of more recent authorities, it is clear that a bill of lading that attracts the application of the *Hague-Visby Rules* can be either negotiable or non-negotiable (*The Rafaela S, Timberwest, Cami Automotive, and H. Paulin* (at paragraph 28)). I note that Justice Dubé’s decision was overturned on appeal (*Canadian General Electric Co. Ltd. v. Les Armateurs du St-Laurent Inc.*, [1977] 2 F.C. 503, (1977), 16 N.R. 398 (C.A.)), although on grounds that do not detract from his analysis on bills of lading. This analysis has since been cited by this Court (*Cami Automotive*, at paragraph 13).

[83] With respect to the signature or lack thereof, I find this to be, in the words of Justice Dubé, “an important evidentiary element” (*The Maurice Desgagnes*, at page 221). In the matter at hand, the Shipping Document contains no signature, whether written or electronic. Moreover, it is clear from the record that they were never intended to be signed. The lack of signature by the Carrier or its agent was not an oversight, rather it was part of the *modus operandi*. While I would not go so far as to say that the lack of signature is determinative of the matter at hand, it certainly weighs against the Shipping Document being

[TRANSDUCTION] h) *Nombre d'exemplaires négociables signés.* Le connaissement doit indiquer le nombre d'exemplaires négociables signés. Généralement, il est établi en deux ou trois exemplaires, quelquefois il y en a plus ou même un seul, selon les exigences du chargeur plutôt que celles de la compagnie de transport maritime.

[...]

[TRANSDUCTION] Le connaissement est un document signé par l'armateur ou son agent ... [Souligné dans l'original.]

[82] Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Dubé a conclu que « à [s]on avis, le document non signé dont il est question en l'espèce ne constitue pas un connaissement au sens de la *Loi sur le transport des marchandises par eau* » (à la page 226). Il a également considéré que la négociabilité revêtait « une importance capitale » pour déterminer s'il s'agissait d'un connaissement au sens de la loi antérieure (à la page 224). Ce sont ces deux facteurs, l'absence de signature et la non-négociabilité du document, qui ont amené le juge Dubé à conclure que les *Règles de La Haye* ne s'appliquaient pas (à la page 224). En toute déférence, je suis en désaccord avec le juge Dubé pour ce qui est de la non-négociabilité du document. Compte tenu de la jurisprudence récente, il est évident que le connaissement qui commande l'application des *Règles de La Haye-Visby* peut être négociable ou non négociable (*The Rafaela S, Timberwest, Cami Automotive, et H. Paulin* (au paragraphe 28). Je signale que la décision du juge Dubé a été infirmée en appel (*Compagnie générale Électrique du Canada Limitée c. Les Armateurs du St-Laurent Inc.*, [1977] 2 C.F. 503 (C.A.)), mais pour des motifs qui n'enlèvent rien à son analyse des connaissements, qui a depuis été citée par notre Cour (*Cami Automotive*, au paragraphe 13).

[83] Quant à la signature ou à l'absence de signature, j'estime qu'il s'agit, pour reprendre les termes du juge Dubé, « d'un élément de preuve pour le moins important » (*The Maurice Desgagnes*, à la page 221). En l'espèce, le document d'expédition ne contient aucune signature, apposée par écrit ou électroniquement. En outre, le dossier indique clairement que les parties n'ont jamais eu l'intention qu'il soit signé. Qu'il n'ait pas été signé par le transporteur ou son agent n'était pas un oubli, mais faisait partie du *modus operandi*. Je n'irais pas jusqu'à dire que l'absence de signature est déterminante en l'espèce, mais

considered a bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*.

[84] I pause here to underscore the importance of whether the Shipping Document was intended to be signed. As noted above, the second function of the bill of lading is to evidence the terms of the contract of carriage. The bill of lading is not in itself the contract of carriage (*Saint John Shipbuilding & Dry Dock Co. v. Kingsland Maritime Corp.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 332, 43 N.R. 1 (F.C.A.) (*Saint John Shipbuilding*), at page 340), although it has often been described as the “best evidence” of the contract (Tetley, at page 524). As stated by Lord Goddard and relied on by this Court, “a bill of lading it not in itself the contract between the shipowner and the shipper of the goods, though it has been said to be excellent evidence of its terms... The contract has come into existence before the bill of lading is signed; the latter is signed by one party only, and handed by him to the shipper usually after the goods have been put on board” (*The Ardennes*, [1951] 1 K.B. 55 [cited above], at page 59; see also *H. Paulin*, at paragraph 27; *The Maurice Desgagnes*, at page 222; *Saint John Shipbuilding*, at page 339).

[85] A contract of carriage therefore comes into existence before a bill of lading is even issued or signed. The contract ultimately may be comprised of a variety of documents and exchanges, including the arrangements for shipment, the tariffs of the carrier, a booking note, a mate’s receipt, the exchanges with the carrier and/or its agents, and the bill of lading, if issued (or waybill or other document issued or intended to be issued by the carrier or its agent, if no bill of lading is used). Consequently, when facing a claim, it is no defence to say that no bill of lading was ever in fact signed, if it had been the intention of the parties for one or more bills to be issued and signed. These comments hold equally true with respect to the intention of the parties as to whether a document so issued had to be tendered in order to obtain delivery. It would be no defence to a claim in misdelivery if the parties had intended that delivery be made against the presentation of a bill of lading. In the matter at hand, the *modus operandi* evidences a clear intention, and practice, on the part of the

elle milite certainement contre la conclusion que le document d’expédition est un connaissement ou un autre document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*.

[84] Je m’arrête ici pour souligner qu’il importe de savoir si les parties entendaient que le document d’expédition soit signé. Comme je l’ai dit ci-dessus, la deuxième fonction du connaissement est de prouver les conditions du contrat de transport. Le connaissement n’est pas en soi le contrat de transport (*Saint John Shipbuilding and Dry Dock Co. c. Kingsland Maritime Corp.*, [1981] A.C.F. n° 603 (QL) (C.A.) (*Saint John Shipbuilding*), au paragraphe 17), bien qu’il ait souvent été décrit comme la [TRADUCTION] « meilleure preuve » du contrat (Tetley, à la page 524). Comme l’a déclaré lord Goddard, cité par notre Cour, [TRADUCTION] « un connaissement ne constitue pas par lui-même le contrat liant l’armateur et l’expéditeur, bien que, selon certains arrêts, il puisse avoir une grande force probante quant aux conditions de ce contrat. Le contrat est préexistant à la signature du connaissement; ce dernier n’est signé que par une seule des parties, et remis par elle à l’expéditeur, généralement après le chargement des marchandises sur le navire » (*The Ardennes* [1951] 1 K.R. 55 [précité], à la page 59; voir également *H. Paulin*, au paragraphe 27; *The Maurice Desgagnes*, à la page 222; *Saint John Shipbuilding*, au paragraphe 15).

[85] Le contrat de transport existe donc avant même que le connaissement soit établi ou signé. Le contrat peut ultimement être constitué de divers documents et échanges, notamment des dispositions prises pour l’expédition, des tarifs du transporteur, d’une note de réservation, d’un billet de bord, des échanges avec le transporteur ou ses agents, et du connaissement, s’il est établi (ou de la lettre de transport ou de tout autre document établi ou censé être établi par le transporteur ou son agent, si aucun connaissement n’est utilisé). C’est pourquoi en cas de réclamation, il ne sert à rien de dire qu’aucun connaissement n’a jamais été signé, si l’intention des parties était d’établir et de signer un ou plusieurs connaissements. Ces observations s’appliquent également à la question de savoir si les parties entendaient qu’un document ainsi établi soit présenté pour avoir droit à la délivrance. Que les parties aient voulu qu’il y ait délivrance moyennant présentation d’un connaissement ne saurait être opposé en défense à une réclamation pour livraison non conforme.

parties that the Shipping Documents remain unsigned, are stamped non-negotiable, and are not tendered in order to obtain delivery.

[86] The Cargo Claimant acknowledges that the Shipping Documents were unsigned and did not need to be presented in order to obtain delivery of the cargo, however, it pleads that the Shipping Document clearly states on its face “INTERNATIONAL BILL OF LADING” and accordingly that the Carrier should be bound by the legal meaning of this term. In short, the Carrier is a sophisticated carrier, who chose to use the term “bill of lading” in the context of a standard form document that it prepared. The Cargo Claimant submits that, when interpreting a contract between the parties, one must presume that the Carrier intended the legal consequences of the words the Carrier used (Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4th ed. (Toronto: LexisNexis, 2020), at page 120; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129 (*Eli Lilly*), at paragraph 56).

[87] On the contrary, the Carrier submits that *Eli Lilly* in fact supports its position because one must equally assume that the parties intended the legal consequences of the other terms contained in the Shipping Document. The Carrier pleads that while the Shipping Document does have “bill of lading” on its face, its other terms support an interpretation that the document is not a “bill of lading or similar document of title” under the *Hague-Visby Rules*, including: the stipulation that it is not negotiable unless consigned to order (not transferable), the fact that it is unsigned, that no originals are issued, that it is stamped non-negotiable, that the attestation clause remains blank, the reference to the Service Contract, and has the notation “express release”.

[88] The difficulty, legally speaking, is that there is a measure of ambiguity in the Shipping Document’s terms. Practically speaking, this derives from the use of what is termed a hybrid or dual purpose form (*Carver*, at

En l’espèce, le *modus operandi* témoigne d’une intention et d’une pratique claires de la part des parties, à savoir que les documents d’expédition ne soient pas signés, qu’ils portent l’estampille « non négociable » et qu’ils ne soient pas présentés pour avoir droit à la délivrance.

[86] La réclamante reconnaît que les documents d’expédition n’étaient pas signés et qu’il n’était pas nécessaire de les présenter pour avoir droit à la délivrance de la cargaison, mais elle fait valoir qu’il est clairement indiqué au recto du document d’expédition [TRADUCTION] « CONNAISSEMENT INTERNATIONAL », et que le transporteur doit donc être lié par la signification juridique de ce terme. En bref, le transporteur est un transporteur averti qui a choisi d’utiliser le terme « connaissance » dans un formulaire type qu’il a préparé. La réclamante soutient que, pour interpréter le contrat entre les parties, il faut présumer que le transporteur a voulu les conséquences juridiques des mots qu’il a employés (Geoff R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4^e éd. (Toronto : LexisNexis, 2020), à la page 120; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129 (*Eli Lilly*), au paragraphe 56).

[87] Le transporteur soutient au contraire que l’arrêt *Eli Lilly* étaye en fait sa thèse, car il faut également supposer que les parties avaient l’intention de tirer les conséquences juridiques des autres termes contenus dans le document d’expédition. Le transporteur soutient que si le document d’expédition porte bien la mention « connaissance » au recto, ses autres conditions viennent appuyer l’interprétation selon laquelle le document n’est pas un « un connaissance ou tout document similaire formant titre » au sens des *Règles de La Haye-Visby*, et notamment les éléments suivants : la clause selon laquelle il n’est pas négociable sauf s’il est consigné à ordre (non transférable), le fait qu’il n’est pas signé, qu’aucun original n’a été délivré, qu’il porte l’estampille « non négociable », que la clause d’attestation est restée en blanc, qu’il renvoie au contrat de services, et qu’il porte la mention « remise expresse ».

[88] La difficulté, sur le plan juridique, vient de ce que les termes du document d’expédition sont quelque peu ambigus. C’est parce que, sur le plan pratique, on a utilisé ce que l’on appelle un formulaire hybride ou à double

pagaragraph 06-21). A hybrid form of carriage document is one that, according to the way in which the blanks are filled in and how it is stamped, can be used either as an order bill of lading, a straight bill of lading, or neither (*Carver*, at paragraph 06-21). Often, such hybrid forms are used either as order bills or straight bills (*The Rafaela S*, at paragraph 6; *Carver*, at paragraph 06-21), but I do not find such forms to be restricted to those two types of carriage documents. The use of hybrid forms has been said to be an unfortunate development that invites errors and spawns litigation. Lord Justice Rix of the Court of Appeal in *The Rafaela S*, [2003] 3 All E.R. 369, [2003] EWCA Civ. 556, affirmed by the House of Lords, criticized the use of hybrid forms [at paragraph 146]:

.... It seems to me that the use of these hybrid forms of bill of lading is an unfortunate development and has spawned litigation in recent years in an area which for the previous century or so has not caused any real difficulty. Carriers should not use bill of lading forms if what they want to invite shippers to do is to enter into sea waybill type contracts. It may be true that ultimately it is up to shippers to ensure that the boxes in these hybrid forms are filled up in the way that best suits themselves; but in practice I suspect that serendipity often prevails. In any event, these forms invite error and litigation, which is best avoided by a simple rule.

[89] The Carrier noted during the hearing that the situation would have been clearer if the Carrier had the practice of using separate forms for waybills and bills of lading. This was, however, simply not their practice. The Carrier used the same base, or hybrid, form for multiple type of commercial arrangements. The Carrier submits that the use of the hybrid form does not make the Shipping Documents at issue a “bill of lading or similar document of title” because, by virtue of how they are filled in (i.e., express release, non-negotiable, unsigned, not requiring presentation), they lack the essential characteristics of a bill of lading or similar document of title under the *Hague-Visby Rules*. As noted above, the Cargo Claimant disagrees.

usage (*Carver*, au paragraphe 06-21). Un document de transport hybride est un document qui, selon la manière dont les blancs sont remplis et dont il est estampillé, peut être utilisé comme un connaissement à ordre, comme un connaissement nominatif ou comme ni l’un ni l’autre (*Carver*, au paragraphe 06-21). Ces formulaires hybrides sont souvent utilisés comme des connaissements à ordre ou comme des connaissements nominatifs (*The Rafaela S*, au paragraphe 6; *Carver*, au paragraphe 06-21), mais je ne crois pas qu’ils soient limités à ces deux types de documents de transport. Le recours à ces formulaires a été qualifié d’initiative regrettable qui favorisait les erreurs et les litiges. Dans l’arrêt *The Rafaela S*, [2003] 3 All E.R. 369, [2003] EWCA Civ. 556, confirmé par la Chambre des lords, le lord juge Rix de la Cour d’appel a critiqué le recours aux formulaires hybrides [au paragraphe 146] :

[TRADUCTION] ... Le recours à ces formulaires hybrides de connaissement me semble être une initiative regrettable en ce que, ces dernières années, il a donné lieu à des litiges dans un domaine qui, au cours du siècle dernier, n’avait pas vraiment posé de problème. Les transporteurs ne devraient pas utiliser ces formulaires de connaissement si leur intention est que les expéditeurs concluent des contrats de type lettre de transport maritime. Il est possible qu’en fin de compte, ce soit aux expéditeurs qu’il incombe de s’assurer que les cases de ces formulaires hybrides soient remplies de la manière qui leur convient le mieux, mais je soupçonne que, dans les faits, ce soit souvent une question de chance. En tout état de cause, ces formulaires invitent à l’erreur et au litige, ce qu’une règle simple permettrait d’éviter.

[89] Le transporteur a fait remarquer lors de l’audience que la situation aurait été plus claire s’il avait eu l’habitude d’utiliser des formulaires distincts pour les lettres de transport et les connaissements. Or, ce n’était tout simplement pas dans ses habitudes. Il utilisait le même formulaire de base, ou hybride, pour différents types d’ententes commerciales. Le transporteur soutient que le recours au formulaire hybride ne fait pas des documents d’expédition en litige des [TRADUCTION] « connaissements ou documents similaires formant titre », car en raison de la façon dont ils sont remplis (c.-à-d., remise expresse, non négociables, non signés, sans exigence de présentation), ils ne possèdent pas les caractéristiques essentielles du connaissement ou document similaire formant titre visé

[90] As in *The Rafaela S*, the use of a hybrid form in the present matter has spawned a dispute over the nature of the Shipping Document. It is true that the commercial arrangements between participants in the transportation and logistics chain do not always fit into neat, tidy and easily identifiable legal categories. In such cases, as here, it is the task of the Court to determine the true nature and legal effect of the contractual arrangements between the parties. When considering a mercantile document, issued in the ordinary course of trade, a court will often be slow to reject the description which the document bears, particularly where such a document has been issued by the party seeking to reject the description (*The Rafaela S*, at paragraph 5). This is the essence of the Cargo Claimant's argument: that the Carrier should be held to the term it chose, "bill of lading", and should not now be entitled to distance itself from that term.

[91] The Cargo Claimant relies on the judgment of Justice Harrington in *H. Paulin* for the proposition that the Carrier ought to be bound by the term "bill of lading" and that it cannot escape the wording of its own document. I find that the circumstances in *H. Paulin* differ from those in the present matter. In *H. Paulin*, the transport document had been stamped "freight prepaid". Justice Harrington found that the "freight prepaid" notation was not a representation as between the carrier and the shipper, but it was vis-à-vis others who rely on the document. As such, the carrier who represented by virtue of the stamp that freight had been paid was bound by that representation, and could not claim freight from the ultimate receiver of the cargo (*H. Paulin*, at paragraphs 1–2 and 63).

[92] I do not find that the header on the hybrid form ("INTERNATIONAL BILL OF LADING – NOT NEGOTIABLE UNLESS CONSIGNED TO ORDER") is a representation in the same manner as "freight prepaid" was in *H. Paulin*. Rather, the header on the hybrid form is one of numerous factors that one must consider when determining the true nature of the Shipping Document. I agree that the Court should be slow to reject a description given to a document by the Carrier, but the header on the

par les *Règles de La Haye-Visby*. Comme je l'ai mentionné ci-dessus, la réclamante n'est pas de cet avis.

[90] Comme dans l'affaire *The Rafaela S*, le recours à un formulaire hybride en l'espèce a donné lieu à un différend sur la nature du document de transport. Il est vrai que les ententes commerciales conclues entre les participants à la chaîne de transport et de logistique n'entrent pas toujours dans des catégories juridiques bien définies et facilement identifiables. Dans de tels cas, comme en l'espèce, il appartient au tribunal de déterminer la véritable nature et l'effet juridique de ces ententes. Bien souvent, le tribunal hésitera avant de rejeter le terme descriptif donné à un document commercial, établi dans le cours normal des affaires, en particulier si ce document a été établi par la partie qui cherche à en rejeter la description (*The Rafaela S*, au paragraphe 5). C'est là l'essentiel de l'argument avancé par la réclamante : le transporteur devrait être tenu de respecter le terme qu'il a choisi, « connaissance », et ne devrait pas avoir le droit de s'en distancier.

[91] La réclamante s'appuie sur la décision *H. Paulin* rendue par le juge Harrington pour affirmer que le transporteur devrait être lié par le terme « connaissance » et qu'il ne saurait se soustraire au libellé de son propre document. Je conclus que les circonstances de l'affaire *H. Paulin* sont différentes de celles de l'espèce. Dans l'affaire *H. Paulin*, le titre de transport portait l'estampille « fret payé d'avance ». Le juge Harrington a conclu que la mention « fret payé d'avance » n'était pas une assertion visant le transporteur et l'expéditeur, mais qu'elle s'adressait aux tiers qui s'en remettent à ce document. Ainsi, le transporteur qui avait déclaré que le fret avait été payé d'avance était lié par cette assertion et ne pouvait donc pas en réclamer le paiement au destinataire final de la cargaison (*H. Paulin*, aux paragraphes 1–2 et 63).

[92] Je ne crois pas que l'en-tête du formulaire hybride ([TRADUCTION] « CONNAISSANCEMENT INTERNATIONAL – NON NÉGOCIABLE À MOINS D'ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE ») soit une assertion au même titre que la mention « fret payé d'avance » dans l'affaire *H. Paulin*. Cet en-tête n'est plutôt qu'un des nombreux facteurs à prendre en compte pour déterminer la véritable nature du document d'expédition. Je conviens que la Cour ne doit pas rejeter trop vite le terme descriptif que le transporteur

form cannot be wholly divorced from manner in which the form is filled in, the options that are selected or left blank, the stamps that are applied to the form, and the practice of the parties. I therefore do not find the term “bill of lading” in the Shipping Document to be determinative. While the use of the term is a factor that does weigh in favour of the Shipping Document being considered a bill of lading under the *Hague-Visby Rules*, it does not, in my view, outweigh the other factors discussed in detail above.

[93] Ultimately, Sir Richard Aikens notes that the definition of a bill of lading depends on the relevant context, and furthermore, “...the question of whether a document satisfies the relevant definition depends on the substance of the document and not its form. A document describing itself as a bill of lading will not be one unless it has the necessary attributes. Conversely, a document may be a bill of lading without those words appearing in it” (Aikens, *Bills of Lading*, at 2.8).

[94] To summarize, the Shipping Document is non-negotiable, both by virtue of the printed term (“NOT NEGOTIABLE UNLESS CONSIDERED TO ORDER”) and the large “NON-NEGOTIABLE” stamp on the face of the document. The form used was a hybrid form that is titled “INTERNATIONAL BILL OF LADING – NOT NEGOTIABLE UNLESS CONSIGNED TO ORDER”, and contains numerous references to the “bill of lading”. The Cargo Claimant is the consignee and the notify party. No originals were issued, nor was it signed, and the attestation clause was left blank. The Shipping Document contains the notation “express release”, and the Cargo Claimant was not required to present it in order to obtain delivery. It was the practice between the parties that such documents were left unsigned, with no originals issued, and did not have to be surrendered to the Carrier or its agent for delivery. Save for the printed references to the bill of lading on the form, I find that the remainder of the factors are either neutral or support the Carrier’s position. In particular, the fact that the Shipping Document was unsigned, with no originals issued, and presentation was not required to obtain delivery of the Cargo, weighs heavily against the Shipping Document being a contract

a donné à un document, mais on ne saurait dissocier totalement l’en-tête du formulaire de la manière dont celui-ci est rempli, des options qui sont sélectionnées ou laissées en blanc, des estampilles qui y sont apposées ainsi que des façons de faire des parties. Je conclus donc que le terme « connaissance » sur le document d’expédition n’est pas déterminant. Bien que l’emploi de ce terme soit un facteur qui milite en faveur de la conclusion que le document d’expédition est un connaissance au sens des *Règles de La Haye-Visby*, j’estime que ce facteur ne l’emporte pas sur les autres facteurs qui ont été examinés en détail précédemment.

[93] Enfin, sir Richard Aikens souligne que la définition de connaissance dépend du contexte, et que [TRADUCTION] « ... la question de savoir si un document satisfait à la définition pertinente dépend du contenu du document et non de sa forme. Un document qui se définit comme un connaissance n’en sera un que s’il en présente les attributs nécessaires. Inversement, un document peut être un connaissance sans que ce mot y figure » (Aikens, *Bills of Lading*, 2.8).

[94] En résumé, le document d’expédition est non négociable, en raison du terme [TRADUCTION] « NON NÉGOCIABLE À MOINS D’ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE », écrit en lettres moulées, et des mots « NON NÉGOCIABLE » estampillés en gros caractères au recto du document. Le document utilisé est un formulaire hybride intitulé [TRADUCTION] « CONNAISSANCEMENT INTERNATIONAL – NON NÉGOCIABLE À MOINS D’ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE », dans lequel le terme « connaissance » revient fréquemment. La réclamante est à la fois la destinataire et la partie à aviser. Aucun original n’a été délivré, le formulaire n’a pas été signé et la clause d’attestation a été laissée en blanc. Le document d’expédition porte la mention [TRADUCTION] « remise expresse » et la réclamante n’était pas tenue de le présenter pour avoir droit à la délivrance. Il était d’usage entre les parties que de tels documents ne soient pas signés, qu’aucun original ne soit produit et que les documents n’aient pas à être présentés au transporteur ou à son agent pour qu’il y ait délivrance. Sous réserve de la mention « connaissance » imprimée sur le formulaire, je conclus que les autres facteurs sont soit neutres, soit favorables à la thèse du transporteur. Plus précisément, le fait que le document

of carriage, i.e., a bill of lading or other document of title, under the *Hague-Visby Rules*.

[95] The foregoing indicates therefore that the Shipping Document is not a bill of lading or other document of title under the *Hague-Visby Rules*. The Carrier pleads that, instead, the Shipping Document is a waybill. I will therefore consider the characteristics of waybills, before concluding on the true nature and effect of the Shipping Document.

D. *Is the Shipping Document akin to a Waybill?*

[96] As noted previously, as mercantile custom and practice have evolved, so has the documentation used by those involved with the carriage of goods by sea. Conventional negotiable bills of lading have numerous advantages and have developed to facilitate international trade. As addressed previously in section V.A (*Bills of Lading*) of these reasons, above, their function as a document of title permitted the right to possession of the cargo to be transferred and formed part of the mechanism by which property in the cargo passed. A negotiable bill of lading is a useful document for merchants and bankers who wish to buy, sell or borrow against cargo while in transit (*Canadian Maritime Law*, at page 571).

[97] Negotiable and straight bills of lading, however, come with challenges. As they must be presented in order to obtain delivery of the cargo, delays in documentation may well result delays in delivery. A bill of lading will be issued by a carrier once the cargo is loaded onboard. If a shipper is lucky, an original bill of lading will be ready for pick-up the day after the vessel sails, however, it is common place for it to take several days (Susan Beecher, “Can the Electronic Bill of Lading Go Paperless?” (2006), 40:3 *Int’l Law* 627 (Beecher), at page 633). Modern container vessels operate

d’expédition n’a pas été signé, qu’aucun original n’a été délivré et qu’il n’était pas nécessaire de le présenter pour avoir droit à la délivrance de la cargaison sont autant de facteurs qui militent fortement contre la thèse voulant que le document d’expédition soit un contrat de transport, c’est-à-dire un connaissement ou autre document formant titre selon les *Règles de La Haye-Visby*.

[95] Les paragraphes qui précèdent montrent donc que le document d’expédition n’est pas un connaissement ni un autre document formant titre au sens des *Règles de La Haye-Visby*. Le transporteur plaide que le document d’expédition est plutôt une lettre de transport. J’examinerai donc les caractéristiques de la lettre de transport avant de statuer sur la véritable nature du document d’expédition.

D. *Le document d’expédition s’apparente-t-il à une lettre de transport?*

[96] Ainsi qu’il a été mentionné, les documents utilisés pour le transport de marchandises par mer ont évolué, tout comme ont évolué les coutumes et pratiques commerciales. Les connaissements négociables classiques présentent de nombreux avantages et ont été conçus pour faciliter le commerce international. À la section V.A (*Connaissements*) des présents motifs, nous avons vu que ces documents formant titre permettent de transférer le droit à la possession des marchandises et qu’ils font partie du mécanisme par lequel la propriété de la cargaison est transférée. Le connaissement négociable est utile pour les commerçants et les banquiers qui désirent acheter ou vendre des marchandises, ou emprunter en donnant les marchandises en transit en garantie (*Canadian Maritime Law*, à la page 571).

[97] Le connaissement simple et négociable pose toutefois certains problèmes. Comme il doit être présenté pour avoir droit à la délivrance de la cargaison, tout retard dans la présentation peut causer un retard dans la délivrance. Le connaissement est établi par le transporteur après que la cargaison a été chargée à bord du navire. Si l’expéditeur a de la chance, le connaissement original pourra être récupéré le lendemain du départ du navire; cependant, il n’est pas rare que cela prenne plusieurs jours (Susan Beecher, « Can the Electronic Bill of Lading Go Paperless? »

so quickly that they often arrive at the port of discharge before the bills of lading have been processed through the shipping and banking systems (Nicholas Gaskell et al. *Bills of Lading: Law and Contract* (Abingdon: Informa Law, 2000) (Gaskell), at page 20). If a consignee is unable to promptly receive their cargo at the port of discharge due to documentation delays, they are then exposed to financial penalties such as demurrage charges (Beecher, at page 634).

[98] In addition to potential delays and the costs associated thereto, simply obtaining a conventional bill of lading has a cost to it. Carriers charge fees in order to issue such bills of lading. The risk and the cost of the features of a bill of lading are not always necessary. In many instances, the identity of the consignee is known from the outset and the cargo is not being sold or financed while in transit. Take for example, where one company in a group ships cargo overseas to another company in the same group or where there is an in-house transfer within a multinational corporation (Gaskell, at page 20).

[99] Carriers responded to the problems caused by bills of lading by developing simpler documents known as waybills or sea waybills (Gaskell, at page 20; *Canadian Maritime Law*, at page 571). The introduction of computers and technical advancements in the later part of the 20th century also facilitated the development of waybills (*Cami Automotive*, at paragraph 14). Although waybills share certain characteristics with traditional bills of lading, they differ in a number of respects (*The Federal Ems*, at paragraph 51). A waybill, when issued, is made out to a named consignee to whom the cargo is to be delivered. It is effectively a non-negotiable receipt which contains contractual terms (Gaskell, at page 20). A waybill therefore performs two of the three functions of a bill of lading, in that it acts as a receipt for the goods and as evidence of the contract of carriage (Gaskell, at page 20; *Canadian Maritime Law*, at page 571; *Cami Automotive*, at paragraph 17).

(2006), 40:3 *Int'l Law* 627 (Beecher), à la page 633). Les porte-conteneurs modernes se déplacent si rapidement qu'ils arrivent souvent au port de déchargement avant que les connaissements aient été traités par le système d'expédition et le système bancaire (Nicholas Gaskell, et autres. *Bills of Lading : Law and Contract* (Abingdon : Informa Law, 2000) (Gaskell), à la page 20). Le destinataire s'expose ainsi à des sanctions pécuniaires, telles que des frais de surestaries, s'il est incapable de récupérer rapidement sa cargaison au port de déchargement à cause d'un retard lié à la documentation (Beecher, à la page 634).

[98] En plus des retards potentiels et des coûts que ces retards peuvent engendrer, la simple obtention d'un connaissement classique a aussi un coût puisque le transporteur exige des droits pour établir ce document. Les risques et les coûts d'un connaissement ne sont pas toujours nécessaires. Dans bien des cas, l'identité du destinataire est connue dès le départ et la cargaison n'est ni vendue ni financée durant son transport. C'est le cas par exemple de la société membre d'un groupe qui expédie des marchandises à l'étranger à une autre société membre du même groupe, ou encore d'un transfert interne au sein d'une multinationale (Gaskell, à la page 20).

[99] Les transporteurs ont cherché à résoudre les problèmes causés par les connaissements en mettant au point des documents plus simples, appelés lettres de transport ou lettres de transport maritime (Gaskell, à la page 20; *Canadian Maritime Law*, à la page 571). L'arrivée des ordinateurs et les progrès techniques réalisés durant la dernière partie du XX^e siècle ont aussi contribué à l'évolution des lettres de transport (*Cami Automotive*, au paragraphe 14). Bien que les lettres de transport et les connaissements classiques aient certaines caractéristiques en commun, ils diffèrent sur plusieurs aspects (*The Federal Ems*, au paragraphe 51). Au moment de son établissement, la lettre de transport est faite au nom du destinataire à qui la cargaison doit être délivrée. Il s'agit en réalité d'un reçu non négociable qui contient les modalités du contrat (Gaskell, à la page 20). La lettre de transport remplit donc deux des trois fonctions du connaissement : elle sert de reçu attestant de la réception des marchandises, ainsi que de preuve du contrat de transport (Gaskell, à la page 20; *Canadian Maritime Law*, à la page 571; *Cami Automotive*, au paragraphe 17).

[100] A waybill is not a document of title, and thus, it does not have to be presented to the carrier in order to receive delivery of the cargo (*Canadian Maritime Law*, at pages 571–572; *Cami Automotive*, at paragraph 17; Aikens, *Bills of Lading*, at page 22; *The Rafaela S*, at paragraph 46). It is simply documentary evidence of the consignee's right to receive the cargo from the carrier (*Canadian Maritime Law*, at page 572). To receive delivery, a recipient simply provides the carrier with the information required to show that the recipient is the consignee named in the waybill (*Canadian Maritime Law*, at page 572). This is the principal advantage of using a waybill. Cargo interests are not exposed to the inconvenience and cost of having to wait for the bill of lading to arrive with the consignee before the cargo can be delivered by the carrier (Aikens, *Bills of Lading*, at page 22). Unless presentation is required (and possibility negotiability as well), there are good commercial reasons why parties avail themselves of convenient and less costly waybills.

[101] Given that waybills are not considered to be bills of lading or similar documents of title, the *Hague-Visby Rules* do not apply to them by force of law (*Cami Automotive*, at paragraphs 44–45; Aikens, *Bills of Lading*, at page 22; David Colford, “The Federal Courts and Admiralty Law” in Martine Valois et al., eds., *The Federal Court of Appeal and the Federal Court: 50 Years of History*, (Toronto: Irwin Law, 2021), at page 493). As detailed in Section V.C of these reasons, in order for the *Hague-Visby Rules* to be compulsory, there must be a contract of carriage as defined in Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules* meaning one covered by a bill of lading or similar document of title. As such, when a waybill is used, the parties are free of the imposition of the rights and obligations contained in the *Hague-Visby Rules*. This is distinguished from the *Hamburg Rules* and the *Rotterdam Rules*, which do apply to such documents. That is not to say, however, that the *Hague-Visby Rules* are not relevant when considering a waybill, because in practice, the *Hague* or *Hague-Visby Rules* are frequently incorporated by reference into contracts evidenced by waybills. In the

[100] La lettre de transport n'est pas un document formant titre; elle n'a donc pas à être présentée au transporteur pour prendre livraison de la cargaison (*Canadian Maritime Law*, aux pages 571–572; *Cami Automotive*, au paragraphe 17; Aikens, *Bills of Lading*, à la page 22; *The Rafaela S*, au paragraphe 46). Il s'agit simplement d'un élément de preuve documentaire qui atteste du droit du destinataire de recevoir la cargaison du transporteur (*Canadian Maritime Law*, à la page 572). Pour pouvoir prendre livraison, le destinataire n'a qu'à fournir au transporteur les renseignements exigés de manière à prouver qu'il est le destinataire désigné sur la lettre de transport (*Canadian Maritime Law*, à la page 572). Il s'agit du principal avantage de la lettre de transport. Les expéditeurs ne sont pas exposés aux inconvénients et aux coûts résultant du fait d'avoir à attendre que le destinataire reçoive le connaissement avant que le transporteur puisse livrer la cargaison (Aikens, *Bills of Lading*, à la page 22). À moins que la présentation d'un document ne soit nécessaire (et peut-être aussi que le document ne soit négociable), il se peut que, sur le plan commercial, de bonnes raisons justifient le recours aux lettres de transport, qui sont pratiques et moins coûteuses.

[101] Comme les lettres de transport ne sont pas considérées comme des connaissements ou des documents similaires formant titre, elles ne sont pas assujetties aux *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi (*Cami Automotive*, aux paragraphes 44–45; Aikens, *Bills of Lading*, à la page 22; David Colford, « The Federal Courts and Admiralty Law », dans Martine Valois et autres. dir., *The Federal Court of Appeal and the Federal Court : 50 Years of History* (Toronto : Irwin Law, 2021), à la page 493). J'ai expliqué à la section V.C des présents motifs que, pour que les *Règles de La Haye-Visby* s'appliquent, il faut un contrat de transport au sens de l'alinéa 1b) de ces Règles, c'est-à-dire un contrat qui est constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre. Les parties qui ont recours à une lettre de transport échappent à l'application des droits et obligations prévues par les *Règles de La Haye-Visby*. Il en va autrement des *Règles de Hambourg* et des *Règles de Rotterdam* qui, elles, s'appliquent à ce document. Cela ne signifie pas pour autant que les *Règles de La Haye-Visby* ne sont pas utiles pour l'examen d'une lettre de transport, parce que dans les faits,

matter at hand, the Shipping Document provides for US COGSA to apply, a *Hague Rules* based regime.

[102] With respect to non-negotiable documents, the *Hague-Visby Rules* apply by force of law to straight bills of lading, addressed in Section V.C of these reasons, but not to waybills. The legal characterization of a transport document as either a waybill or a straight bill of lading is not always easy (*Canadian Maritime Law*, at page 572; *Carver*, at page 17). *Carver* highlights the distinctions between the two being: the label on the document, whether the document contains clauses found in bills of lading that would be meaningless in the case of a waybill, and whether it is issued in triplicate rather than one original document (*Carver*, at pages 17–18). *Canadian Maritime Law* instructs that the distinction appears to depend on the intention of the maker as can be collected from the document, and may turn on the presence or absence of an attestation clause that asserts the requirement that the document be presented in exchange for delivery (at page 572).

[103] This Court has found that the distinction between a waybill and a straight bill of lading lies with the manner in which the document is entitled, that bills of lading are issued in triplicate while a single copy is issued for waybills, whether presentation is required for delivery of the cargo, and the intention of the parties (*Cami Automotive*, at paragraphs 30–35). The House of Lords has highlighted the differences between the terms, the number of documents issued, and stated that a waybill is never a document of title and no “trader, insurer or banker would assimilate the two” (*The Rafaela S*, at paragraph 46).

[104] In the matter at hand, although the Shipping Document is entitled “INTERNATIONAL BILL OF

les *Règles de La Haye* ou les *Règles de La Haye-Visby* sont souvent incorporées par renvoi dans les contrats constatés par une lettre de transport. Dans l’affaire qui nous occupe, le document d’expédition prévoit l’application de la Loi américaine sur le transport de marchandises par mer, dont le régime est fondé sur les *Règles de La Haye*.

[102] En ce qui concerne les documents non négociables, les *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi, s’appliquent aux connaissements nominatifs dont il est question à la section V.C des présents motifs, mais elles ne s’appliquent pas aux lettres de transport. La qualification juridique d’un titre de transport, selon qu’il s’agit d’une lettre de transport ou d’un connaissance nominatif, n’est pas toujours facile (*Canadian Maritime Law*, à la page 572; *Carver*, à la page 17). *Carver* souligne les différences qu’il y a entre les deux : le titre du document, le fait qu’il contienne des clauses que l’on trouve dans les connaissements et qui seraient inutiles dans une lettre de transport, et le fait qu’il soit produit en trois exemplaires ou en un seul document original (*Carver*, aux pages 17–18). On dit dans *Canadian Maritime Law* que cette distinction semble dépendre de l’intention de l’auteur — pour autant qu’elle puisse être dégagée du document — et de la présence ou non d’une clause d’attestation exigeant la présentation du document en échange de la livraison (à la page 572).

[103] La Cour a conclu que la distinction entre une lettre de transport et un connaissance nominatif réside dans la manière dont le document est intitulé, dans le fait que les connaissements sont délivrés en trois exemplaires alors que les lettres de transport ne le sont qu’en un seul exemplaire, dans l’exigence de présentation du document pour qu’il y ait livraison de la cargaison, et enfin dans l’intention des parties (*Cami Automotive*, aux paragraphes 30–35). La Chambre des lords a souligné les différences qui existent entre les documents quant à leurs modalités et au nombre d’exemplaires délivrés, et elle a déclaré qu’une lettre de transport n’est jamais un document formant titre et qu’aucun [TRADUCTION] « négociant, assureur ou banquier ne confondrait les deux » (*The Rafaela S*, au paragraphe 46).

[104] En l’espèce, même si le document d’expédition est intitulé « CONNAISSEMENT INTERNATIONAL »,

LADING”, I find it was used and treated as a waybill would be. While the Carrier used a hybrid form as the basis for the Shipping Document, the manner in which it was filled in and the portions that were left blank, speak to the document being akin to a waybill. The line indicating the number of originals issued was left blank, as was the remainder of the attestation clause.

[105] While certain printed terms on the Shipping Document did refer to a bill of lading, the document was stamped non-negotiable and “express release”. It is well established that printed terms are subordinate to stamped terms (*Cami Automotive*, at paragraph 25). Moreover, the cargo at issue was in fact released on an express basis. The practice of the Carrier releasing the cargo without presentation of the Shipping Document means that the parties treated it as a waybill.

[106] The Carrier submits that it was also the intention of the parties that the Shipping Documents be treated as waybills. I agree. The evidence contained in the affidavit of Mr. Contreras spoke to the use of the express release format at the request of, and for the convenience of, the Cargo Claimant. Such formats are used by the Carrier, according to Mr. Contreras, for the convenience of their customers when presentation is not required to obtain delivery of the goods. Mr. Contreras contrasts this with the situation where the Carrier issues ordinary bills of lading, which they typically issue in sets of three originals, cause them to be signed by the Carrier’s authorized agent, remitted to the shipper, and would insist on the presentation of an original at delivery in order to surrender custody of the goods to the original bill of lading holder. Mr. Contreras’ evidence on this issue was uncontradicted.

[107] All this aligns with what is common place in the industry: the practice of dispensing with the requirement of presentation, along with the cost and potential inconvenience associated with bills of lading, through the use of waybills when the nature of the shipments do not require bills of lading.

je conclus qu’il a été utilisé et traité comme une lettre de transport. Bien que le transporteur ait utilisé un formulaire hybride comme document d’expédition, la façon dont ce formulaire a été rempli — des sections ont été laissées en blanc — fait que ce document s’apparente à une lettre de transport. La ligne sur laquelle doit être indiqué le nombre d’originaux délivrés a été laissée en blanc, tout comme le reste de la clause d’attestation.

[105] Bien que certains termes imprimés du document d’expédition fassent référence au connaissance, le document porte les estampilles [TRADUCTION] « non négociable » et « remise expresse ». Il est bien établi que les termes imprimés sont subordonnés aux termes estampillés (*Cami Automotive*, au paragraphe 25). Qui plus est, la cargaison en cause a bel et bien fait l’objet d’une remise expresse. Le fait que le transporteur ait remis les marchandises sans exiger la présentation du document d’expédition signifie que les parties considéraient ce document comme une lettre de transport.

[106] Le transporteur prétend que les parties entendaient elles aussi que les documents d’expédition soient considérés comme des lettres de transport. Je suis du même avis. La preuve par affidavit de M. Contreras montre que la formule de remise expresse a été utilisée à la demande de la réclamante et pour accommoder cette dernière. Selon M. Contreras, le transporteur a recours à cette formule pour accommoder ses clients, lorsqu’il n’est pas nécessaire de présenter un document pour pouvoir prendre livraison des marchandises. M. Contreras compare cette façon de procéder au cas où le transporteur délivrerait un connaissance ordinaire, généralement en trois exemplaires, demanderait que le document soit signé par l’agent autorisé du transporteur et soit remis à l’expéditeur, puis insisterait pour que l’original soit présenté à la livraison afin que la possession des marchandises soit remise au porteur du connaissance original. Le témoignage de M. Contreras sur cette question n’a pas été contesté.

[107] Tout cela est conforme à ce qui se fait couramment dans l’industrie : renoncer à l’exigence de présenter le document et utiliser la lettre de transport pour éviter les coûts et les inconvénients potentiels associés au connaissance, lorsque la nature de l’envoi n’exige pas que l’on recoure à ce dernier.

[108] As noted previously, the parties have had a business relationship since 2012. As of June 2019, the Carrier had transported approximately 185 cargos of produce for the Cargo Claimant. The evidence in the record indicates that the parties intended to use an efficient and expedited process, and did so.

[109] I therefore find that the true nature and effect of the Shipping Document is akin to a waybill. It is a receipt for the cargo carried and evidence of the terms of the contract of carriage, however, it is not a document of title. Consequently, the contract of carriage at issue is not evidenced by a bill of lading or similar document of title as per Article 1(b) of the *Hague Visby Rules* and is not the type of contract that would attract the application of the *Hague-Visby Rules* by force of law.

[110] Before moving on to consider the scope of sections 43 and 46 of the Act, I shall first briefly consider the Service Contract, including whether it constitutes a contract of carriage as defined by Article 1(b) of the *Hague-Visby Rules*.

E. *The Service Contract*

[111] The contractual relationship between the parties is evidenced not only by the Shipping Documents pertaining to the cargo at issue, but also the Service Contract. As described in Section II (Facts) of these reasons, over the course of their business relationship, the parties have entered into a series of service contracts. The Service Contract at issue is the third such contract. It provides for discounted rates, as compared to the Carrier's published tariff, provided the minimum cargo commitment is reached. The Service Contract also contains a clause incorporating the terms of the "Carrier's bill of lading" into the Service Contracts and providing that said "bill of lading will determine the terms and conditions of the shipment." In the event of conflict between the provisions of the Service Contract and the terms of the bill of lading, those of the bill of lading prevail. While the Service Contract contains numerous references to United States' legislation and the U.S. Federal Maritime Commission, it is the standard form terms of the Carrier's bill of lading

[108] Comme je l'ai mentionné précédemment, les parties entretenaient une relation d'affaires depuis 2012. En juin 2019, le transporteur avait transporté environ 185 conteneurs de produits frais pour la réclamante. La preuve au dossier montre que les parties avaient l'intention d'utiliser un processus efficace et accéléré, ce qu'elles ont fait.

[109] Je conclus donc que la véritable nature du document d'expédition s'apparente à celle de la lettre de transport. Le document d'expédition est un reçu attestant de la cargaison transportée et des modalités du contrat de transport, mais n'est pas un document formant titre. Par conséquent, le contrat de transport en litige n'est pas constaté par un connaissance ou par tout document similaire formant titre au sens de l'alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*; ce n'est pas non plus un contrat du type qui commande l'application des *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi.

[110] Avant d'examiner le champ d'application des articles 43 et 46 de la Loi, j'examinerai brièvement le contrat de services, notamment pour savoir s'il s'agit d'un contrat de transport au sens de l'alinéa 1b) des *Règles de La Haye-Visby*.

E. *Le contrat de services*

[111] Le rapport contractuel qui unit les parties est attesté non seulement par les documents d'expédition se rapportant à la cargaison en litige, mais aussi par le contrat de services. Comme je l'ai dit à la section II (Faits) des présents motifs, les parties ont conclu plusieurs contrats de services dans le cadre de leur relation d'affaires. Le contrat de services en litige est le troisième de ces contrats. Il prévoit l'application de tarifs réduits par rapport aux tarifs publiés par le transporteur, à condition que l'engagement quant au volume minimal de la cargaison soit respecté. Le contrat de services contient également une clause incorporant les modalités du [TRADUCTION] « connaissance du transporteur », qui prévoit que ce [TRADUCTION] « connaissance déterminera les modalités de l'expédition ». En cas de conflit entre les dispositions du contrat de services et les modalités du connaissance, ces dernières auront préséance. Bien que le contrat de services comprenne de nombreux renvois à la législation américaine et à la Federal Maritime

that contains the governing law clause and the jurisdiction clause (United States District Court, Southern District of New York).

[112] In the United States, service contracts arose as a consequence of the deregulation of the shipping industry. Previously, all the shipping lines' tariffs were publicly available, filed with the Federal Maritime Commission, and no special treatment by the carrier was permitted. Following the reforms in 1984 and 1998, shippers and shipping lines became able to negotiate preferential and confidential rates based on a volume of cargo over a specified time (Proshanto K. Mukherjee et al. "A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules: Selected Issues in Perspective" (2009), 40:4 *Journal of Maritime Law & Commerce* 579 (Mukherjee), at pages 586–588). Subsection 3(19) of the *Shipping Act of 1984* [46 U.S.C. App. § 1702] defined a service contract, by reference to a volume commitment over a fixed period, as follows:

... a written contract, other than a bill of lading or receipt, between one or more shippers and an individual ocean common carrier or an agreement between or among ocean common carriers in which the shipper makes a commitment to provide a certain minimum quantity or portion of its cargo or freight revenue over a fixed time period, and the individual ocean common carrier or the agreement commits to a certain rate or rate schedule and a defined service level, such as, assured space, transit time, port rotation, or similar service features. The contract may also specify provisions in the event of non-performance on the part of any party.

(Mukherjee, at page 583; Title 46 *Code of Federal Regulations*, 46 C.F.R. § 530.3(q) (Service contract).)

[113] The Service Contract falls within the above definition. The Cargo Claimant highlights that the trade relationship between the parties as found in the Service Contract, i.e., the preferential rates, is distinct from the

Commission des États-Unis, la clause relative au droit applicable et la clause attributive de compétence (Cour de district des États-Unis du district Sud de New York) font partie des modalités types du connaissance du transporteur.

[112] Aux États-Unis, les contrats de service ont fait leur apparition dans la foulée de la déréglementation du secteur du transport maritime. Auparavant, tous les tarifs des compagnies maritimes étaient accessibles au public et devaient être déposés auprès de la Federal Maritime Commission; les transporteurs ne pouvaient offrir aucun tarif spécial. Par suite des réformes de 1984 et de 1998, les transporteurs et les compagnies maritimes ont pu négocier des tarifs préférentiels et confidentiels basés sur le volume des cargaisons transportées au cours d'une période déterminée (Proshanto K. Mukherjee et autres., « A Legal and Economic Analysis of the Volume Contract Concept under the Rotterdam Rules : Selected Issues in Perspective » (2009), 40:4 *Journal of Maritime Law & Commerce* 579 (Mukherjee), aux pages 586–588). Le paragraphe 3(19) de la *Shipping Act* de 1984 des États-Unis [46 U.S.C. App. § 1702] définit le contrat de services, en fonction du volume garanti durant une période déterminée, de la façon suivante :

[TRADUCTION] contrat écrit, autre qu'un connaissance ou un récépissé, conclu entre un ou plusieurs expéditeurs et un transporteur maritime général, ou accord conclu entre des transporteurs maritimes généraux, par lequel, d'une part, l'expéditeur s'engage à faire transporter une quantité ou une partie minimale de son fret ou de ses recettes-marchandises sur une période donnée et, d'autre part, le transporteur maritime général s'engage à appliquer un certain tarif ou une certaine échelle tarifaire ainsi qu'à fournir un certain niveau de service, par exemple quant à l'espace réservé, au temps de transit, à la rotation des ports ou autres modalités de services semblables. Le contrat peut aussi prévoir des dispositions en cas d'inexécution par l'une des parties.

(Mukherjee, à la page 583; Titre 46, *Code of Federal Regulations*, 46 C.F.R. § 530.3(q) (Service contract).)

[113] Le contrat de services répond à la définition ci-dessus. La réclamante souligne que le rapport commercial qui unit les parties, tel qu'il est constaté dans le contrat de services, c'est-à-dire les tarifs préférentiels,

liability regime applicable to the carriage of the cargo. In this respect, the Cargo Claimant submits that it is the Shipping Documents that are the best evidence of the contracts of carriage at issue.

[114] The Carrier relies on the terms of Service Contract, including the terms incorporated by reference, alongside the terms contained in the Shipping Documents. The Carrier notes that the definition of a service contract in the *Code of Federal Regulations*, quoted above, states that it is a written contract “other than a bill of lading or receipt”. The Carrier submits that the Service Contract does not attract the application of the *Hague-Visby Rules* nor does it constitute a contract for the carriage of goods by water under either section 43 or section 46 of the Act.

[115] Having considered the Service Contract, I do not find that it is the type of contract that attracts the application of *Hague-Visby Rules* by force of law. While it does govern the commercial relationship between the parties, it cannot be considered to be a bill of lading or similar document of title for any particular shipment. It stands apart from the Shipping Documents, issued for each shipment, which I have determined are akin to waybills. I agree with the Cargo Claimant that, in the present case, the best evidence of the contracts of carriage are the Shipping Documents, albeit the applicable terms of the Service Contract are certainly not to be discounted. Indeed, the Shipping Documents all include a reference to the contract number of the Service Contract between the parties. I find that documents akin to waybills were issued by the Carrier for the shipments at issue, the rates for which were governed by the Service Contract.

F. *Conclusion—Characterization of the Shipping Documents and the Service Contract under the Hague-Visby Rules and section 43 of the Act*

[116] The Cargo Claimant argues that the Shipping Document is a bill of lading, as it is named as such on its face and thus the Carrier should be bound to the meaning of

n’a rien à voir avec le régime de responsabilité qui s’applique au transport des marchandises. À cet égard, la réclamante soutient que ce sont les documents d’expédition qui constituent la meilleure preuve des contrats de transport en litige.

[114] Le transporteur se fonde sur les modalités du contrat de services, y compris celles incorporées par renvoi, ainsi que sur les modalités énoncées dans les documents d’expédition. Il fait valoir que la définition que donne le *Code of Federal Regulations* du contrat de services, citée ci-dessus, précise qu’il s’agit d’un contrat écrit « autre qu’un connaissance ou un réceptionné ». Le transporteur soutient que le contrat de services ne commande pas l’application des *Règles de La Haye-Visby* et qu’il ne constitue pas non plus un contrat de transport de marchandises par eau au sens des articles 43 ou 46 de la Loi.

[115] Après avoir examiné le contrat de services, je ne peux pas conclure qu’il s’agit du type de contrat qui commande l’application des *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi. Bien qu’il régit les relations commerciales entre les parties, il ne saurait être considéré comme un connaissance ou un document similaire formant titre préparé en vue du transport d’une cargaison donnée. Il se distingue des documents d’expédition qui sont établis pour chaque envoi, lesquels, selon mon analyse, s’apparentent à des lettres de transport. Je conviens avec la réclamante que les documents d’expédition constituent en l’espèce la meilleure preuve des contrats de transport, bien qu’il ne faille certainement pas écarter les modalités applicables du contrat de services. De fait, chacun des documents d’expédition renvoie au numéro du contrat de services conclu entre les parties. Je conclus que des documents s’apparentant à des lettres de transport ont été délivrés par le transporteur pour les expéditions en litige, les tarifs applicables étant régis par le contrat de services.

F. *Conclusion — Qualification des documents d’expédition et du contrat de services au regard des Règles de La Haye-Visby et de l’article 43 de la Loi*

[116] La réclamante affirme que le document d’expédition est un connaissance, car c’est ainsi qu’il est désigné au recto du document; le transporteur devrait donc être

this term. The Carrier submits that the Shipping Document is more in the nature of a waybill and neither the Shipping Documents nor the Service Contract fulfill the characteristics and functions of a bill of lading.

[117] As discussed earlier in these reasons, bills of lading fulfill three key functions: (a) to act as a receipt for the goods received by the carrier; (b) to evidence the terms of the contract of carriage; and (c) to act as a “document of title” (*Canadian Maritime Law*, at page 565; *The Maurice Desgagnes*, at pages 220–221; *Cami Automotive*, at paragraph 13; *H. Paulin*, at paragraph 27). In addition to the three key functions, the review of the authorities conducted in section V.C of these reasons demonstrates that bills of lading have a number of other characteristics. As per section V.D of these reasons, while waybills share two of the functions of bills of lading, they are not documents of title and do not require presentation in order to obtain delivery.

[118] The Shipping Document does contain numerous references to a bill of lading, including the header “INTERNATIONAL BILL OF LADING”. Nevertheless, the form that was used was a hybrid form, and ultimately the Shipping Document has the characteristics of a waybill and was used as such. The Shipping Document is not a contract of carriage “covered by a bill of lading or any similar document of title” such that it is the type of document that attracts the *Hague-Visby Rules* by force of law. As determined in section V.E (*The Service Contract*) of these reasons, neither is the Service Contract.

[119] Section 43 of the Act provides that the *Hague-Visby Rules* have the force of law in Canada with respect to “contracts for the carriage of goods by water.” Given that the Shipping Document is not a contract of carriage under the *Hague-Visby Rules*, it is not a “contract for the carriage of goods by water” under section 43 of the Act (*Cami Automotive*, at paragraphs 43–45).

lié par le sens donné à ce terme. Le transporteur soutient pour sa part que le document d’expédition s’apparente davantage à une lettre de transport et que ni le document d’expédition ni le contrat de services n’ont les caractéristiques et ne remplissent les fonctions d’un connaissement.

[117] Comme je l’ai expliqué plus tôt, le connaissement remplit trois fonctions principales : a) il sert de reçu pour les marchandises reçues par le transporteur; b) il sert de preuve des modalités du contrat de transport; et c) il sert de « document formant titre » (*Canadian Maritime Law*, à la page 565; *The Maurice Desgagnes*, aux pages 220–221; *Cami Automotive*, au paragraphe 13; *H. Paulin*, au paragraphe 27). L’examen de la jurisprudence à la section V.C des présents motifs montre que, outre ces trois fonctions principales, le connaissement possède plusieurs autres caractéristiques. Tel que mentionné à la section V.D des présents motifs, la lettre de transport remplit deux des fonctions du connaissement, mais n’est pas un document formant titre qui doit être présenté pour avoir droit à la livraison des marchandises.

[118] Le document d’expédition renvoie à plusieurs reprises au connaissement, notamment dans l’en-tête [TRANSLATION] « CONNAISSEMENT INTERNATIONAL ». Cependant, le formulaire utilisé est un formulaire hybride et le document d’expédition présente, en définitive, les caractéristiques d’une lettre de transport et il a été utilisé comme tel. Le document d’expédition n’est pas un contrat de transport « constaté par un connaissement ou par tout document similaire formant titre »; il ne s’agit donc pas du type de document qui commande l’application des *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi. Pas plus que ne l’est le contrat de services, comme nous l’avons vu à la section V.E (*Le contrat de services*).

[119] L’article 43 de la Loi dispose que les *Règles de La Haye-Visby* ont force de loi au Canada à l’égard des « contrats de transport de marchandises par eau ». Comme le document d’expédition n’est pas un contrat de transport au sens des *Règles de La Haye-Visby*, il ne s’agit pas d’un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 43 de la Loi (*Cami Automotive*, aux paragraphes 43–45).

G. *Does Section 46 of the Act Apply to the Shipping Documents?*

[120] Having found that the nature and effect of the Shipping Document is akin to a waybill that is not covered by the *Hague-Visby Rules* and section 43 of the Act, the issue that now arises is whether a waybill is a “contract for the carriage of goods by water” under section 46 of the Act. As mentioned, the Carrier submits that because the Shipping Document is not a “contract for the carriage of goods by water” under section 43 of the Act, it does not attract the application of section 46 of the Act, which equally applies to a “contract for the carriage of goods by water”. The Cargo Claimant pleads that while the same phrase is used in both sections of the Act, the scope of section 46 is much broader than section 43 given the purpose of the section, and thus the Shipping Document is covered by section 46 of the Act.

[121] If the Shipping Documents are found to be a “contract for the carriage of goods by water” under section 46 of the Act, then the Carrier’s motion would be denied and the claim heard in Canada. If not, then the Cargo Claimant must demonstrate a strong cause as per the test in *The Eleftheria* for the Court to decline to enforce the forum selection clause providing for disputes to be heard in the United States District Court, Southern District Court of New York.

[122] Section 46 of the Act permits a claimant to institute proceedings in Canada, despite a foreign forum selection clause in a contract of carriage, provided certain conditions are met. As mentioned previously in these reasons, my colleague Justice Heneghan determined that the defendants have an agent in Canada, and thus the Cargo Claimant has satisfied this condition.

[123] The focus of the Cargo Claimant’s argument is on the purpose of section 46 of the Act, which it submits is to protect Canadian shippers and receivers. The Cargo Claimant relies on *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, 2006 FCA 284, [2007] 2 F.C.R.

G. *L’article 46 de la Loi s’applique-t-il aux documents d’expédition?*

[120] Comme j’ai conclu que, de par sa nature et ses effets, le document d’expédition s’apparente à une lettre de transport, laquelle n’est pas assujettie aux *Règles de La Haye-Visby* ni à l’article 43 de la Loi, je dois maintenant examiner si une lettre de transport est un « contrat de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 46 de la Loi. Comme je l’ai mentionné, le transporteur fait valoir que, puisque le document d’expédition n’est pas « un contrat de transport de marchandises par eau » visé par l’article 43 de la Loi, il ne commande pas l’application de l’article 46 de la Loi qui s’applique lui aussi aux « contrats de transport de marchandises par eau ». La réclamante soutient pour sa part que, même si les deux dispositions emploient la même expression, l’article 46 a, de par son objet, un champ d’application beaucoup plus large que l’article 43; le document d’expédition est donc assujéti à l’article 46.

[121] Si la Cour conclut que le document d’expédition est un « contrat de transport de marchandises par eau » visé par l’article 46 de la Loi, alors la requête du transporteur sera rejetée et l’action sera instruite au Canada. Dans le cas contraire, la réclamante devra démontrer l’existence de motifs sérieux, comme le requiert le critère de l’arrêt *The Eleftheria*, pour que la Cour refuse de donner effet à la clause d’élection de for selon laquelle les litiges doivent être entendus par la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York.

[122] L’article 46 de la Loi permet au réclamant d’intenter une action au Canada même si le contrat de transport comporte une clause d’élection de for étranger, pourvu que certaines conditions soient respectées. Comme je l’ai mentionné précédemment dans les présents motifs, ma collègue la juge Heneghan a conclu que les défendeurs avaient un agent au Canada, et que la réclamante avait donc satisfait à cette condition.

[123] La réclamante fonde principalement son argumentation sur l’objet de l’article 46 de la Loi qui, allègue-t-elle, est de protéger les chargeurs et les réceptionnaires canadiens. Elle invoque l’arrêt *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, 2006 CAF 284, [2007] 2 R.C.F.

733 (*Magic Sportswear*) in which the Federal Court of Appeal highlighted the history of the section and its aim of protecting Canadian importers and exporters by permitting them to pursue their claims in Canada rather than in foreign jurisdictions.

[124] The Cargo Claimant submits that the present claim, brought by a small Canadian importer faced with the Carrier's foreign jurisdiction clause, is exactly the type of situation that section 46 of the Act seeks to address.

[125] The Carrier pleads that the Shipping Document is not a "contract for the carriage of goods by water" under section 43 of the Act, and thus does not fall under section 46 of the Act because the same phrase is presumed to have the same meaning. The Carrier relies on the *Mercury XII*, in which the Federal Court of Appeal rejected the argument that the phrase sections 43 and 46 of the Act should be interpreted differently on the basis that the sections to serve different purposes (*Mercury XII (Ship) v. MLT-3 (Belle Copper No. 3)*, 2013 FCA 96, 359 D.L.R. (4th) 561 (*Mercury XII*), at paragraphs 32–36). The Carrier submits that the Federal Court of Appeal has pronounced on this question, that the phrase has the same meaning, and thus this Court is bound to follow the decision in *Mercury XII*. The Carrier further relies on *Sullivan on the Construction of Statutes* for the proposition that the same language within a statute in close proximity is strongly presumed to have the same meaning (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. (Markham, Ont.: LexisNexis, 2008) (Sullivan), at pages 214–216; *Mercury XII*, at paragraph 33).

[126] The Cargo Claimant disagrees and pleads that in both the *Mercury XII* and the *Federal Ems*, the issue before the Federal Court of Appeal was with whether charterparties were "contract[s] for the carriage of goods by water" under section 43 and section 46, respectively. The Cargo Claimant submits that not only is this Court not bound by the *Mercury XII* because it was a charterparty case, but the facts at hand dictate that the policy goal of section 46 should bear greater weight than the use of the same language in sections 43 and 46. This case involves cargo shipped as part of the liner trade, where, unlike in the context of charterparties, there exists an imbalance of

733 (*Magic Sportswear*), dans lequel la Cour d'appel fédérale traite de l'historique de cette disposition, ainsi que de son objet qui est de protéger les importateurs et exportateurs canadiens en leur permettant de faire valoir leurs créances au Canada plutôt que dans un pays étranger.

[124] La réclamante soutient que la présente demande, qui a été présentée par un petit importateur canadien aux prises avec la clause attributive de compétence étrangère du transporteur, correspond exactement au type de situation que l'article 46 cherche à corriger.

[125] Le transporteur plaide que le document d'expédition n'est pas un « contrat de transport de marchandises par eau » visé par l'article 43 de la Loi, et qu'il n'est donc pas assujéti à l'article 46 de la Loi, car les mêmes mots sont présumés avoir le même sens. Le transporteur s'appuie sur l'arrêt *Mercury XII*, dans lequel la Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument voulant que l'expression employée aux articles 43 et 46 de la Loi doive être interprétée différemment parce que ces dispositions ont des objectifs différents (*Mercury XII (Ship) c. MLT-3 (Belle Copper No. 3)*, 2013 CAF 96 (*Mercury XII*), aux paragraphes 32–36). Il soutient que la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur cette question, que les mots ont le même sens et que notre Cour est donc liée par l'arrêt *Mercury XII*. Il s'appuie en outre sur l'ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes* pour faire valoir qu'il existe une forte présomption que les mêmes mots apparaissant de façon rapprochée dans une loi ont le même sens (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5^e éd. (Markham, Ont. : LexisNexis, 2008) (Sullivan), aux pages 214–216; *Mercury XII*, au paragraphe 33).

[126] La réclamante n'est pas de cet avis et elle allègue que la question que devait trancher la Cour d'appel fédérale, dans les arrêts *Mercury XII* et *The Federal Ems*, était de savoir si les chartes-parties étaient des « contrat[s] de transport de marchandises par eau » visés par les articles 43 et 46, respectivement. La réclamante soutient non seulement que notre Cour n'est pas liée par l'arrêt *Mercury XII*, car cette affaire portait sur des chartes-parties, mais aussi que les faits de l'espèce commandent que l'on accorde plus de poids à l'objectif de politique générale de l'article 46 qu'au fait que la même expression est utilisée aux articles 43 et 46. La présente

bargaining power (*The Federal Ems*, at paragraph 61). The Cargo Claimant also relies on *Sullivan on the Construction of Statutes*, highlighting that the purpose must be taken into account, and one must do so regardless of whether the legislation is ambiguous or not (Sullivan, 5th ed., at paragraph 2.2).

[127] The Carrier denies that an imbalance of power exists or that the Cargo Claimant is in need of protection. The Carrier submits that the Cargo Claimant is a sophisticated commercial entity and that the evidence establishes that the parties repeatedly entered into service contracts covering large volumes of cargo with preferential rates. The Carrier pleads that the parties have had a business relationship since 2012 and should be held to their bargains.

[128] I agree with the Cargo Claimant as to the purpose of section 46 of the Act. Section 46 was primarily enacted in order to protect Canadian exporters and importers from having to bear the expense, which may be prohibitive, of litigating claims against carriers in foreign jurisdictions (*Magic Sportswear*, at paragraphs 56–58). During parliamentary proceedings, particular concern was expressed that small and medium-sized Canadian shippers and consignees did not have much bargaining power and would thus be at the mercy of carriers who tend to insert exclusive jurisdiction clauses into their documentation (*Magic Sportswear*, at paragraphs 57–58). Section 46 has been described as being designed to redress a perceived power imbalance between carrier and shippers, by favouring the shippers (*Magic Sportswear*, at paragraph 65).

[129] This purpose of seeking to redress a perceived power imbalance was also one of the driving factors behind the development of the various international regimes dealt with in detail in section V.B (The Hague-Visby Rules—*Introduction and Context*) of these reasons (see also *The Federal Ems*, at paragraphs 45–57 and 61). As noted previously, the late 19th and early 20th century legislation that

affaire concerne des marchandises expédiées dans le contexte du trafic de ligne, où, contrairement à celui des chartes-parties, il existe un déséquilibre dans le pouvoir de négociation (*The Federal Ems*, au paragraphe 61). La réclamante invoque également l'ouvrage *Sullivan on the Construction of Statutes*, et souligne qu'il importe de tenir compte de l'objet, que la législation soit ambiguë ou non (Sullivan, 5^e éd., au paragraphe 2.2).

[127] Le transporteur nie qu'il existe un déséquilibre de pouvoir ou que la réclamante a besoin de protection. Il fait valoir que la réclamante est une entité commerciale avisée et que la preuve montre que les parties ont conclu à plusieurs reprises des contrats de service prévoyant l'application de tarifs préférentiels pour le transport de gros volumes de marchandises. Il soutient que les parties entretiennent une relation d'affaires depuis 2012 et qu'elles devraient être tenues de respecter leurs engagements.

[128] Je suis d'accord avec la réclamante quant à l'objet de l'article 46 de la Loi. L'article 46 a été adopté principalement dans le but de protéger les exportateurs et importateurs canadiens contre les coûts, parfois prohibitifs, qu'ils auraient à assumer s'ils devaient faire valoir leurs créances contre des transporteurs dans des pays étrangers (*Magic Sportswear*, aux paragraphes 56–58). Durant les débats parlementaires, des inquiétudes ont notamment été exprimées du fait que les petits et moyens expéditeurs et destinataires canadiens n'avaient pas un grand pouvoir de négociation et qu'ils étaient donc à la merci des transporteurs qui ont tendance à insérer des clauses attributives de compétence exclusive dans leurs documents (*Magic Sportswear*, aux paragraphes 57–58). L'article 46 a été décrit comme un moyen de remédier au déséquilibre apparent entre le pouvoir des transporteurs et celui des chargeurs en favorisant ces derniers (*Magic Sportswear*, au paragraphe 65).

[129] Ce désir de trouver un moyen de remédier à ce déséquilibre de pouvoir apparent est également l'un des facteurs déterminants ayant conduit à l'élaboration des divers régimes internationaux qui ont été examinés en détail à la section V.B (Les Règles de La Haye-Visby — *Introduction et contexte*) des présents motifs (voir aussi *The Federal Ems*, aux paragraphes 45–57 et 61). Ainsi

seeded the *Hague* and *Hague-Visby Rules* may be considered, “the first consumer protection legislation regulating the rights and obligation of ocean carriers under bills of lading.” (*The Federal Ems*, at paragraph 47). Along with seeking to provide certainty and uniformity, the *Hague* and *Hague-Visby Rules* sought to address the mischief of extensive exculpatory clauses in bills of lading issued by carriers (*The Federal Ems*, at paragraphs 46–47 and 61; *Canadian Maritime Law*, at page 596). As discussed in detail in section V.C of these reasons, the *Hague-Visby Rules* have force of law in Canada in respect of contracts for the carriage of goods by water by virtue of section 43 of the Act.

[130] Sections 43 and 46 are contained in Part 5 of the Act entitled Liability for the Carriage of Goods by Water. The purpose of the provisions, as well as the legal context in which they were adopted, speak to an effort to address a power imbalance between carriers operating in the liner trade and the shippers and consignees whose cargo is carried. Given the alignment between the aims of sections 43 and 46, I do not consider that the meaning of the language in section 46 can be divorced from the meaning of the language in section 43. The context and general purpose of Part 5 of the Act is to deal with the rights and obligations of carriers in the liner trade by implementing the *Hague-Visby Rules* and providing for the possible implementation of the *Hamburg Rules* (*The Federal Ems*, at paragraphs 71–80). The general purpose of Part 5 aligns with the specific mischief that section 46 was meant to cure, namely boilerplate jurisdiction clauses dictated by carriers to the detriment of Canadian importers and exporters (*The Federal Ems*, at paragraph 80). It cannot be said, in my view, that the purposes of sections 43 and 46 differ such that a different interpretation of the term “contract for the carriage of goods by water” is warranted.

qu’il a été mentionné précédemment, la législation de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècles, qui a donné naissance aux *Règles de La Haye* et aux *Règles de La Haye-Visby*, peut être considérée comme étant « la première législation sur la protection des consommateurs, quoique dans la sphère commerciale, qui réglementait les droits et les obligations des transporteurs maritimes découlant des connaissements » (*The Federal Ems*, au paragraphe 47). En plus de conférer certitude et uniformité, les *Règles de La Haye* et les *Règles de La Haye-Visby* visaient à corriger les clauses très larges d’exclusion de responsabilité prévues dans les connaissements délivrés par les transporteurs (*The Federal Ems*, aux paragraphes 46–47 et 61; *Canadian Maritime Law*, à la page 596). Comme il est expliqué en détail à la section V.C des présents motifs, les *Règles de La Haye-Visby* ont force de loi au Canada à l’égard des contrats de transport de marchandises par eau aux termes de l’article 43 de la Loi.

[130] Les articles 43 et 46 se trouvent à la partie 5 de la Loi, intitulée Responsabilité en matière de transport de marchandises par eau. L’objet de ces dispositions, de même que le contexte juridique dans lequel elles ont été adoptées, témoigne des efforts qui ont été faits afin de corriger le déséquilibre de pouvoir entre, d’une part, les transporteurs dans le domaine du trafic de ligne et, d’autre part, les chargeurs et destinataires dont les marchandises sont transportées. Comme l’objectif de l’article 43 concorde avec celui de l’article 46, je suis d’avis que le sens du libellé de l’article 46 ne saurait être dissocié de celui de l’article 43. Le contexte et l’objet général de la partie 5 de la Loi définissent les droits et les obligations des transporteurs dans le domaine du trafic de ligne, en donnant force de loi aux *Règles de La Haye-Visby* et en prévoyant la mise en œuvre possible des *Règles de Hambourg* (*The Federal Ems*, aux paragraphes 71–80). L’objet général de la partie 5 correspond au problème précis que l’article 46 visait à corriger, à savoir les clauses de compétence types dictées par les transporteurs au détriment des importateurs et des exportateurs canadiens (*The Federal Ems*, au paragraphe 80). Je suis d’avis qu’on ne peut pas dire que les objets des articles 43 et 46 diffèrent à ce point qu’il faille interpréter différemment l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » dans ces deux dispositions.

[131] A conclusion that the term “contract for the carriage of goods by water” has the same meaning in sections 43 and 46 is further supported by the Federal Court of Appeal’s findings in the *Mercury XII*. While, as the Cargo Claimant pleads, the *Mercury XII* did deal with whether the term as found in sections 43 and 46 should be interpreted consistently in excluding charterparties, I nevertheless find the reasoning to be applicable to the matter at hand. The Federal Court of Appeal highlighted that the presumption that language has the same meaning is particularly difficult to rebut when the words appear relatively close together in a statute and noted that the legal nature of the term “contract for the carriage of goods by water” tends to strengthen this presumption (*Mercury XII*, at paragraph 33; see also *Sullivan*, 5th ed., at pages 214–215). The term “contract for the carriage of goods by water” in section 43 does not include waybills (*Cami Automotive*, at paragraphs 44–45). The same term as used in section 46 should be given the same meaning, and thus also not include waybills.

[132] Such an interpretation is further supported by the scheme of Part 5, in that section 46 is meant to operate alongside the *Hague-Visby Rules* regime in section 43 and Schedule III. As noted previously, the *Hamburg Rules* contains provisions dealing with jurisdiction and arbitration clauses (*The Federal Ems*, at paragraphs 51 and 64), but the *Hague-Visby Rules* do not. Consequently, a number of nations who had not implemented the *Hamburg Rules*, including Canada, Australia, New Zealand, South Africa, Denmark, Finland, Norway and Sweden, enacted domestic legislation to address the use of foreign jurisdiction clauses (*Magic Sportswear*, at paragraph 64; *The Federal Ems*, at paragraph 65). Section 46 of the Act refers to “a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply”. Accordingly, an interpretation of the language of section 46 that has the same meaning as the language in section 43, and operates in conjunction with the *Hague-Visby Rules*, is preferable.

[131] Les constatations de la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Mercury XII* appuient également la conclusion selon laquelle l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » a la même signification aux articles 43 et 46. Même si, comme le fait valoir la réclamante, l’arrêt *Mercury XII* portait sur la question de savoir si l’expression employée aux articles 43 et 46 devait être interprétée de manière uniforme et exclure les chartes-parties, je conclus néanmoins que le raisonnement s’applique en l’espèce. La Cour d’appel fédérale a déclaré que la présomption selon laquelle le libellé a le même sens est particulièrement difficile à réfuter lorsque les mots apparaissent de façon relativement rapprochée dans une loi. Elle a ajouté que la nature juridique de l’expression « contrat de transport de marchandises par eau » tendait à renforcer cette présomption (*Mercury XII*, au paragraphe 33; voir aussi *Sullivan*, 5^e éd., aux pages 214–215). L’expression « contrat de transport de marchandises par eau » à l’article 43 ne vise pas les lettres de transport (*Cami Automotive*, aux paragraphes 44–45). Il convient de donner le même sens à la même expression utilisée à l’article 46 et, donc, de conclure que celle-ci ne vise pas non plus les lettres de transport.

[132] Une telle interprétation est par ailleurs étayée par le régime établi à la partie 5, en ce sens que l’article 46 est destiné à fonctionner parallèlement aux *Règles de La Haye-Visby* incorporées par l’article 43 et figurant à l’annexe 3. Comme je l’ai mentionné, les *Règles de Hambourg* comportent des dispositions relatives aux clauses attributives de compétence et aux clauses d’arbitrage (*The Federal Ems*, aux paragraphes 51 et 64), ce qui n’est pas le cas des *Règles de La Haye-Visby*. Par conséquent, plusieurs des pays qui n’ont pas adopté les *Règles de Hambourg*, notamment le Canada, l’Australie, la Nouvelle-Zélande, l’Afrique du Sud, le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède, ont adopté des lois nationales traitant du recours aux clauses attributives de compétence étrangère (*Magic Sportswear*, au paragraphe 64; *The Federal Ems*, au paragraphe 65). L’article 46 de la Loi fait mention d’« un contrat de transport de marchandises par eau, non assujetti aux règles de Hambourg ». Il est donc préférable d’interpréter l’article 46 de la même manière que l’article 43 et de l’appliquer parallèlement aux *Règles de La Haye-Visby*.

[133] The Cargo Claimant pleads that if the Shipping Documents do not fall within the ambit of section 46, this would have far-reaching and devastating consequences for Canadian shippers and consignees, along with the carriage of goods regime in Canada. The Cargo Claimant submits that those who contract on a door-to-door basis would be denied the protection of section 46 and be forced to abdicate their right to pursue a claim in Canada. The Cargo Claimant further submits that the growing use of non-negotiable documents in multi-modal transport is very real and to restrict the application of section 46 to bills of lading or similar documents of title would frustrate the purpose of section 46 of the Act.

[134] As noted in sections I and IV of these reasons, Canada's carriage of goods regime, a *Hague-Visby Rules* based regime, is rooted in centuries' old concepts and terms. In effect, the Cargo Claimant is seeking to have this Court adopt an expansive interpretation of section 46, of the Act so as to include the Shipping Documents, which I have found to be akin to waybills. The regime in Part 5 of the Act must, in my view, be read harmoniously. The *Hague-Visby Rules* and section 43 do not apply to waybills by force of law (*Cami Automotive*, at paragraphs 44–45; *Canadian Maritime Law*, at page 607; Aikens, *Bills of Lading*, at 2.16). As noted previously, the more modern international conventions, the *Hamburg Rules* and the *Rotterdam Rules*, do cover waybills and other similar non-negotiable documents.

[135] Given that the *Hague-Visby Rules*' limited application in terms of transport documentation by comparison to more modern international conventions, a number of nations have passed legislation extending their carriage regimes to cover waybills and other non-negotiable documents (*Cami Automotive*, at paragraph 46; Tetley, at page 2304). Examples include Australia, United Kingdom, New Zealand, Denmark, Norway, Sweden, Finland, South Africa and Singapore. As noted by Justice Blanchard in *Cami Automotive*, no such legislation has been enacted in Canada (paragraph 46).

[133] La réclamante fait valoir que l'exclusion des documents d'expédition du champ d'application de l'article 46 serait lourde de conséquences et dévastatrice pour les expéditeurs et destinataires canadiens, ainsi pour le régime de transport des marchandises au Canada. Elle soutient que ceux qui concluent des contrats prévoyant un service de porte-à-porte seraient privés de la protection de l'article 46 et devraient renoncer à leur droit d'intenter une action au Canada. Elle ajoute que l'usage croissant de documents non négociables dans le transport multimodal est bien réel et que restreindre l'application de l'article 46 aux connaissements ou autres documents similaires formant titre irait à l'encontre de l'objet de cette disposition.

[134] Ainsi qu'il a été mentionné aux sections I et IV des présents motifs, le régime canadien de transport de marchandises, qui est fondé sur les *Règles de La Haye-Visby*, repose sur des notions et des termes vieux de plusieurs siècles. En réalité, la réclamante demande à la Cour de donner de l'article 46 de la Loi une interprétation large qui englobe les documents d'expédition, lesquels, selon ma conclusion, s'apparentent à des lettres de transport. Le régime établi à la partie 5 de la Loi doit, à mon avis, être interprété de façon harmonieuse. Les *Règles de La Haye-Visby*, qui ont force de loi, et l'article 43 ne s'appliquent pas aux lettres de transport (*Cami Automotive*, aux paragraphes 44–45; *Canadian Maritime Law*, à la page 607; Aikens, *Bills of Lading*, 2.16). Comme je l'ai mentionné, les plus récentes conventions internationales, à savoir les *Règles de Hambourg* et les *Règles de Rotterdam*, s'appliquent aux lettres de transport et autres documents non négociables semblables.

[135] Vu l'application limitée des *Règles de La Haye-Visby* à l'égard des titres de transport par rapport aux conventions internationales plus récentes, plusieurs pays ont adopté des lois visant à élargir leur régime de transport afin qu'ils englobent les lettres de transport et autres documents non négociables (*Cami Automotive*, au paragraphe 46; Tetley, à la page 2304). C'est le cas par exemple de l'Australie, du Royaume-Uni, de la Nouvelle-Zélande, du Danemark, de la Norvège, de la Suède, de la Finlande, de l'Afrique du Sud et de Singapour. Cependant, comme l'a souligné le juge Blanchard dans la décision *Cami Automotive*, aucune législation comparable n'a été adoptée au Canada (paragraphe 46).

[136] The Cargo Claimant's concern that the regime does not apply to it by force of law because of the nature of the documentation holds true for both sections 43 and 46. Both sections had as their purposes to protect shippers and consignees, and neither apply by force of law because the Shipping Documents are not bills of lading or similar documents of title, and therefore are not contracts for the carriage of goods by water under the Act. Canada differs from a number of nations who have extended their carriage regimes, including provisions analogous to section 46, to apply to waybills. By way of example, Australia's equivalent to section 46 of the Act, section 11 of *Carriage of Goods by Sea Act 1991* [(Aust.), No. 160, 1991], applies to "sea carriage documents" which by definition includes not only bills of lading, but waybills, consignment notes and other non-negotiable instruments (Tetley, at pages 2419–2422).

[137] I agree with the Cargo Claimant in that the widespread use of non-negotiable carriage documents may well result in claimants, such as the Cargo Claimant, not being able to avail themselves of rights of action in Canada pursuant to section 46 of the Act. It is not for this Court, however, to broaden the scope of Canada's carriage of goods regime, contained in Part 5 of the Act, so as to include waybills and other similar non-negotiable documents. The Carrier pleads that a future Parliament may choose to extend the scope, but has not done so yet. I agree with the Carrier that the question of whether Canada's carriage of goods regime, and particularly section 46, should be extended to apply to waybills is one for Parliament.

[138] As noted above, the Cargo Claimant submitted that every Canadian shipper or consignee that contracts on a door-to-door basis would be abdicating their rights to pursue a claim in Canada. While cargo shipped door-to-door frequently moves on a waybill basis, that is not to say this is always the case. The terms intermodal bills of lading, multimodal bills of lading, and combined transport bills, refer to bills covering at least two modes of

[136] L'argument avancé par la réclamante — que le régime ne s'applique pas à elle de plein droit en raison de la nature de la documentation — vaut à la fois pour les articles 43 et 46. Les deux dispositions ont pour objet de protéger les expéditeurs et les destinataires, mais aucune ne s'applique de plein droit, parce que les documents d'expédition ne sont pas des connaissements ou autres documents similaires formant titre et qu'il ne s'agit donc pas de contrats de transport de marchandises par eau au sens de la Loi. Le Canada se distingue des pays qui ont élargi leur régime de transport par l'adoption de dispositions analogues à l'article 46 qui englobent les lettres de transport. L'équivalent australien de l'article 46 de la Loi, l'article 11 de la *Carriage of Goods by Sea Act 1991* [(Aust.), No. 160, 1991], s'applique aux [TRADUCTION] « documents de transport maritime » qui, par définition, s'entendent non seulement des connaissements, mais aussi des lettres de transport, des lettres de voiture et autres instruments non négociables (Tetley, aux pages 2419–2422).

[137] Je conviens avec la réclamante que l'utilisation généralisée de documents de transport non négociables pourrait bien faire en sorte que des demandeurs, comme la réclamante en l'espèce, ne puissent faire valoir le droit que leur confère l'article 46 de la Loi d'intenter une action au Canada. Il n'appartient toutefois pas à la Cour d'élargir la portée du régime de transport de marchandises au Canada, établi à la partie 5 de la Loi, afin qu'il englobe les lettres de transport et autres documents non négociables semblables. Le transporteur fait valoir que le législateur pourrait, à l'avenir, décider d'en élargir la portée, mais ne l'a pas encore fait. Je conviens avec le transporteur qu'il appartient au législateur de décider si le régime canadien de transport de marchandises, et plus précisément l'article 46, devrait être élargi afin qu'il s'applique également aux lettres de transport.

[138] Comme je l'ai dit ci-dessus, la réclamante soutient que chaque expéditeur ou destinataire canadien qui passe un contrat de transport de porte-à-porte renoncerait à ses droits d'intenter une action au Canada. Bien que le transport de marchandises de porte-à-porte soit souvent régi par des lettres de transport, cela ne veut pas dire que c'est toujours le cas. Les termes « connaissements intermodaux », « connaissements multimodaux »

transport (Gaskell, at page 15; *Canadian Maritime Law*, at pages 573–574). The term through bills of lading, which are bills that cover both marine and inland portions of the carriage, are referred to in the *Federal Courts Act*, at paragraph 22(2)(f), in respect of the Court’s jurisdiction. The Carrier pleads that there was nothing preventing the Cargo Claimant from requesting through or multimodal bills of lading had the Cargo Claimant wished to contract on that basis. The Carrier highlights that original sets of combined transport bills are used in the industry and covered by the UCP 500, being the instrument used in documentary credit transactions (*Uniform Customs and Practices for Documentary Credits* (UCP) [1993 Revision] issued by the International Chamber of Commerce, at Article 26; see Gaskell, at page 15).

[139] While I agree with the Cargo Claimant that the scope of section 46 of the Act impacts Canadian shippers and consignees of cargo shipped door-to-door, documentation options exist should such shippers and consignees wish to ensure that a “contract for the carriage of goods by water” pursuant to section 46 of the Act is in place. Contrary to the submissions of the Cargo Claimant, I do not find that the interests of justice warrant an expansive interpretation of section 46 to include waybills and consequently the Shipping Document. The Cargo Claimant is not wrong that the current carriage of goods regime is, in a number of respects, out of step with the modern realities of the liner trade and door-to-door transport, but that does not empower me to take a step that Parliament has not chosen to take.

[140] Having found that the contractual arrangements between the parties, namely the Shipping Documents and the Service Contract, do not attract the application of section 46 of the Act, I now turn to the question of whether the forum selection clause in favour of the United States District Court, Southern District of New York, should nevertheless be set aside on the basis of the strong test.

et « connaissements de transport combiné » s’entendent de connaissements qui visent au moins deux modes de transport (Gaskell, à la page 15; *Canadian Maritime Law*, aux pages 573–574). Le terme « connaissement direct », qui désigne le connaissement qui vise à la fois le transport maritime et terrestre, est utilisé à l’alinéa 22(2)f) de la *Loi sur les Cours fédérales*, en lien avec la compétence de la Cour. Le transporteur prétend que rien n’empêchait la réclamante de demander que le contrat soit constaté par un connaissement direct ou multimodal si c’était ce qu’elle voulait. Il souligne que les originaux des connaissements de transport combiné sont utilisés dans l’industrie et qu’ils sont assujettis aux RUUCD 500, l’instrument qui régit les opérations de crédit documentaire (*Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (RUUCD) [révision 1993] publiées par la Chambre de commerce internationale, article 26; voir Gaskell, à la page 15).

[139] Bien que je convienne avec la réclamante que le champ d’application de l’article 46 de la Loi a une incidence sur les expéditeurs et destinataires canadiens de cargaisons transportées de porte-à-porte, il existe d’autres types de document auxquels ceux-ci peuvent recourir s’ils veulent s’assurer de conclure un « contrat de transport de marchandises par eau » visé par l’article 46 de la Loi. Contrairement à la réclamante, j’estime qu’il n’est pas dans l’intérêt de la justice de donner de l’article 46 une interprétation large qui englobe les lettres de transport et, par conséquent, le document d’expédition. La réclamante n’a pas tort de dire que le régime actuel de transport de marchandises n’est pas, à plusieurs égards, en phase avec les réalités modernes du trafic de ligne et du transport de porte-à-porte, mais cela ne m’autorise pas à prendre une mesure que le législateur n’a pas choisi de prendre.

[140] Ayant conclu que les ententes contractuelles conclues entre les parties, à savoir les documents d’expédition et le contrat de services, ne commandent pas l’application de l’article 46 de la Loi, je passe maintenant à la question de savoir si la clause d’élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York devrait néanmoins être annulée sur la base du critère des motifs sérieux.

H. *Is There a Strong Cause Not to Enforce the Forum Selection Clause in Favour of the United States District Court, Southern District of New York?*

[141] Section 46 of the Act is not applicable to the matter at hand. The appropriate test, therefore, on a motion for a stay pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Courts Act*, is the “strong cause” test as set out in *The Eleftheria* and adopted by the Supreme Court of Canada in *Z.I. Pompey (Arc-en-Ciel 2021)*, at paragraph 20). Being satisfied that the Shipping Documents and the Service Contract bind the parties, I must grant the stay unless the Cargo Claimant “can show sufficiently strong reasons to support the conclusion that it would not be reasonable or just in the circumstances to require the plaintiff to adhere to the terms of the clause” (*Z.I. Pompey*, at paragraph 39).

[142] The strong cause test imposes the burden on the party contesting a forum selection clause to satisfy the Court that there is a good reason it should not be bound by the clause (*Z.I. Pompey*, at paragraph 20). The Supreme Court has instructed that it “is essential that courts give full weight to the desirability of holding contracting parties to their agreements” (*Z.I. Pompey*, at paragraph 20). The Supreme Court has further stated that forum selection clauses serve a valuable purpose and “are generally to be encouraged by the courts as they create certainty and security in transaction, derivatives of order and fairness, which are critical components of private international law” (*Douez v. Facebook, Inc.*, 2017 SCC 33, [2017] 1 S.C.R. 751 (*Douez*), at paragraph 24; *Z.I. Pompey*, at paragraph 20).

[143] In *The Eleftheria*, Justice Brandon set out the strong cause test as follows [at page 242]:

- (1) Where plaintiffs sue in England in breach of an agreement to refer disputes to a foreign Court, and the defendants apply for a stay, the English Court, assuming the claim to be otherwise within the jurisdiction, is not bound to grant a stay but has a discretion whether to do so or not.
- (2) The discretion should be exercised by granting a stay

H. *Existe-t-il un motif sérieux de ne pas appliquer la clause d'élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York?*

[141] L'article 46 de la Loi ne s'applique pas à l'espèce. Par conséquent, le critère applicable à l'examen d'une requête en suspension d'instance présentée sur le fondement du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* est le critère des « motifs sérieux » énoncé dans l'arrêt *The Eleftheria* et adopté par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Z.I. Pompey (Arc-en-Ciel 2021)*, au paragraphe 20). Ayant conclu que les documents d'expédition et le contrat de services lient les parties, je dois faire droit à la demande de suspension, à moins que la réclamante « ne fasse valoir des motifs assez sérieux pour [me] permettre de conclure qu'il ne serait pas raisonnable ou juste, dans les circonstances, d'exiger [qu'elle] se conforme à cette clause » (*Z.I. Pompey*, au paragraphe 39).

[142] Le critère des motifs sérieux impose à la partie qui conteste la clause d'élection de for le fardeau de convaincre la Cour qu'un motif valable justifie qu'elle ne soit pas liée par cette clause (*Z.I. Pompey*, au paragraphe 20). La Cour suprême a indiqué qu'il « est essentiel que les tribunaux accordent l'importance voulue au fait qu'il est souhaitable de contraindre les parties contractantes à respecter leurs engagements » (*Z.I. Pompey*, au paragraphe 20). La Cour suprême a également déclaré que la raison d'être des clauses d'élection de for est louable et que les « tribunaux doivent généralement leur faire bon accueil, car elles confèrent aux opérations la certitude et la sûreté dérivées des principes fondamentaux du droit international privé que sont l'ordre et l'équité » (*Douez c. Facebook, Inc.*, 2017 CSC 33, [2017] 1 R.C.S. 751 (*Douez*), au paragraphe 24; *Z.I. Pompey*, au paragraphe 20).

[143] Dans l'arrêt *The Eleftheria*, le juge Brandon a formulé ainsi le critère des motifs sérieux [à la page 242] :

- [TRADUCTION] (1) Lorsque les demandeurs intentent des poursuites en Angleterre, en rupture d'une entente prévoyant que les différends seront soumis à un tribunal étranger, et lorsque les défendeurs demandent une suspension des procédures, le tribunal anglais, à supposer que la réclamation relève autrement de sa compétence, n'est pas

unless strong cause for not doing so is shown. (3) The burden of proving such strong cause is on the plaintiffs. (4) In exercising its discretion the Court should take into account all the circumstances of the particular case. (5) In particular, but without prejudice to (4), the following matters, where they arise, may be properly regarded: (a) In what country the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the English and foreign Courts. (b) Whether the law of the foreign Court applies and, if so, whether it differs from English law in any material respects. (c) With what country either party is connected, and how closely. (d) Whether the defendants genuinely desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages. (e) Whether the plaintiffs would be prejudiced by having to sue in the foreign Court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial.

(*The Eleftheria*; *Z.I. Pompey*, at paragraph 19.)

[144] The Supreme Court has noted that there is some flexibility in the list of factors above and that the list is not a closed list (*Douez*, at paragraph 30). When exercising its discretion under section 50 of the *Federal Courts Act*, the Court should take into account all of the circumstances of a particular case (*Z.I. Pompey*, at paragraph 39; *Douez*, at paragraph 30). The Cargo Claimant pleads, relying on *Douez*, that public policy considerations must enter into consideration, along with such elements as the convenience of the parties, fairness and the interests of justice. The Carrier disagrees and submits that in *Douez* the Supreme Court confirmed (i) the strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in a commercial context, and (ii) public policy considerations come into play in the consumer context, not the commercial context. I shall first address the factors listed in *The Eleftheria* that were raised by the parties and then turn to the public policy issue raised by the Cargo Claimant.

tenu d'accorder une suspension des procédures, mais a le pouvoir discrétionnaire de le faire. (2) Le pouvoir discrétionnaire d'accorder une suspension des procédures devrait être exercé à moins qu'on ne démontre qu'il existe des motifs sérieux pour ne pas le faire. (3) La charge de la preuve en ce qui concerne ces motifs sérieux incombe aux demandeurs. (4) En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal devrait prendre en considération toutes les circonstances de l'affaire en cause. (5) Notamment, mais sans préjudice du point (4), les questions suivantes, s'il y a lieu, devraient être examinées : a) Dans quel pays peut-on trouver, ou se procurer facilement la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant les tribunaux anglais et les tribunaux étrangers? b) Le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il du droit anglais sur des points importants? c) Avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et de quelle nature sont-ils? d) Les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural? e) Les demandeurs subiraient-ils un préjudice s'ils devaient intenter une action devant un tribunal étranger (i) parce qu'ils seraient privés de garantie à l'égard de leur réclamation; (ii) parce qu'ils seraient incapables de faire exécuter le jugement obtenu; (iii) parce qu'ils seraient soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre; ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, ils ne seraient pas en mesure d'obtenir un jugement équitable?

(*The Eleftheria*; *Z.I. Pompey*, au paragraphe 19.)

[144] La Cour suprême a souligné qu'il existait une certaine souplesse dans l'application de la liste précitée de facteurs et que cette liste n'était pas exhaustive (*Douez*, au paragraphe 30). Lorsqu'elle exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*, la Cour doit tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire à l'étude (*Z.I. Pompey*, au paragraphe 39; *Douez*, au paragraphe 30). S'appuyant sur l'arrêt *Douez*, la réclamante plaide que d'autres considérations d'intérêt public doivent être prises en compte, en plus d'éléments tels que les inconvénients pour les parties, l'équité et l'intérêt de la justice. Le transporteur n'est pas de cet avis et soutient que, dans l'arrêt *Douez*, la Cour suprême a confirmé (i) que les considérations liées à l'existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial, et (ii) que des considérations d'intérêt public entrent en jeu dans le contexte d'un contrat de consommation, et

[145] The first factor to be considered is where the evidence on the issues of fact is situated, or more readily available, and the effect of that on the relative convenience and expense of trial as between the Federal Court and the foreign court. The Cargo Claimant submits that the evidence is primarily located in Canada, including: (i) evidence of loss and damage to the cargo because the containers were unsealed in, and the cargo subsequently surveyed in, Canada; (ii) the Cargo Claimant's witnesses are located in Canada because it operates in Canada; and (iii) the Carrier's Canadian agent who has assisted in the processing of the present claims. The Carrier responds that there are a number of jurisdictions involved, notably: (i) Costa Rica where the containers were stuffed and sealed; (ii) Costa Rica where the vessels were loaded; (iii) evidence from the vessels as to their seaworthiness at the beginning of the voyages; (iv) Guatemala where the cargos were transhipped; (v) United States, where the cargos were discharged and then carried by road; (vi) United States, where the Carrier has its principal place of business; and (vii) Canada for the reasons stated previously.

[146] While I accept that evidence on issues of fact is located in Canada, it is not exclusively the case. I further accept that the Cargo Claimant will wish to call witnesses who are based in Canada, which may well cause inconvenience and expense if they were to testify in the United States. The [Federal] Court of Appeal has established, however, that "mere questions of convenience in the marshalling of evidence are not enough to overcome a contractual undertaking to submit a dispute to arbitration or to a foreign court." (*Ultramar Canada v. Lineas Asmar SA*, [1989] F.C.J. No. 242 (QL) (C.A.) (*Ultramar*), at paragraph 1; see also *Seapearl (The Ship M/V) v. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation of Santiago, Chile*, [1983] 2 F.C. 161 (C.A.) (*The Sea Pearl*)). Justice Brandon in *The Eleftheria* found that the inconvenience and expense of having to take witnesses from England

non dans le contexte commercial. J'examinerai d'abord les facteurs énoncés dans l'arrêt *The Eleftheria* qui ont été soulevés par les parties, puis passerai à la question de l'intérêt public soulevée par la réclamante.

[145] Le premier facteur à examiner consiste à déterminer dans quel pays on peut trouver, ou se procurer facilement, la preuve relative aux questions de fait, et quelles conséquences on peut en tirer sur les avantages et les coûts comparés du procès devant la Cour fédérale et le tribunal étranger. La réclamante soutient que la preuve se trouve principalement au Canada, dont : (i) la preuve des pertes et dommages causés à la cargaison, parce que c'est au Canada que les conteneurs ont été descellés et que la cargaison a ensuite été inspectée; (ii) ses témoins, qui se trouvent au Canada parce que c'est dans ce pays que la société exploite son entreprise, et (iii) l'agent du transporteur, qui est Canadien et qui a aidé au traitement des présentes réclamations. Le transporteur répond que plusieurs pays sont concernés, notamment : (i) le Costa Rica, où les conteneurs ont été remplis et scellés; (ii) le Costa Rica, où les navires ont été chargés; (iii) la preuve attestant de l'état de navigabilité des navires au début des voyages; (iv) le Guatemala, où les cargaisons ont été transbordées; (v) les États-Unis, où les cargaisons ont été déchargées, puis transportées par voie terrestre; (vi) les États-Unis, où se situe l'établissement principal du transporteur, et (vii) le Canada, pour les raisons susmentionnées.

[146] Bien que j'accepte que la preuve relative aux questions de fait se trouve au Canada, ce n'est pas exclusivement le cas. Je reconnais en outre que la réclamante voudra convoquer des témoins établis au Canada à qui le fait de devoir témoigner aux États-Unis pourrait occasionner des inconvénients et des frais. La Cour d'appel [fédérale] a toutefois conclu qu'« une simple question de commodité dans la constitution de la preuve ne suffit pas à primer une obligation contractuelle de soumettre un litige à l'arbitrage ou d'en saisir une cour étrangère » (*Ultramar Canada c. Lineas Asmar SA*, [1989] A.C.F. n° 242 (QL) (C.A.) (*Ultramar*), au paragraphe 1; voir aussi *Seapearl (Navire M/V) c. Seven Seas Dry Cargo Shipping Corporation de Santiago, (Chili)*, [1983] 2 C.F. 161 (C.A.) (*Le « Sea Pearl »*)). Dans l'arrêt *The Eleftheria*, le juge Brandon a conclu que les inconvénients

to Greece could not be regarded, in any way, as overwhelming or insuperable (at page 245). This Court has determined that the fact that the language of the Israeli courts is Hebrew and that several witnesses would have to travel to Israel from Canada did not constitute sufficiently strong reasons to not enforce a jurisdiction clause in a bill of lading (*Transcontinental Sales Inc. v. Zim Container Service* (1997), 131 F.T.R. 156 (F.C.T.D.) (*Transcontinental Sales*)).

[147] In addition, as to the location of witnesses, I note that this may be less of an issue in the age of virtual appearances as it has been in the past. Recently, this Court, in the context of a motion for a stay in an action for loss of cargo, found that geographic distance was less of a factor given new technologies and the use of virtual platforms for court proceedings (*Brink's Global Services Ltd. v. Binex Line Corp.*, 2022 FC 571 (*Brink's*), at paragraphs 79–83). My colleague Prothonotary Kevin R. Aalto stated that “we all now live and work in this new digital age... [and] the parties are but a click away from accessing the Court” (*Brink's*, at paragraphs 80 and 83). Prothonotary Aalto also quoted with approval Justice Morgan of the Ontario Superior Court who noted that “a digital-based adjudicative system with a videoconference hearing is as distant and as nearby as the World Wide Web... Chicago and Toronto are all on the same cyber street. They are accessed in the identical way with a voice command or the click of a finger” (*Brink's*, at paragraph 82, citing *Kore Meals LLC v. Freshii Development LLC*, 2021 ONSC 2896 (CanLII), 156 O.R. (3d) 311, at paragraphs 31–32).

[148] The Cargo Claimant relies on *Bomar Navigation Ltée. v. The Hansa Bay*, [1975] 1 F.C. 231 (T.D.) for the proposition that the location of witnesses and evidence in Canada is sufficient grounds to refuse to grant a motion for stay. I prefer the slightly more recent authorities, including those of the [Federal] Court of Appeal, discussed above (*Transcontinental Sales*; *The Sea Pearl*; *Ultramar*; *The Eleftheria*). In addition, given the increased use of

et les frais liés à l'obligation de faire venir des témoins d'Angleterre jusqu'en Grèce ne pouvaient d'aucune façon être considérés comme énormes ou insurmontables (à la page 245). Dans une autre décision, la Cour a conclu que le fait que la langue des tribunaux israéliens était l'hébreu et que plusieurs témoins se trouvant au Canada auraient à se rendre en Israël ne constituait pas un motif suffisamment sérieux pour ne pas appliquer la clause attributive de compétence du connaissance en cause (*Transcontinental Sales Inc. c. Zim Container Service*, [1997] A.C.F. n° 917 (QL) (1^{re} inst.) (*Transcontinental Sales*)).

[147] De plus, s'agissant du lieu où se trouvent les témoins, je souligne que ce problème est peut-être moins important aujourd'hui, à l'ère des comparutions virtuelles, qu'il ne l'était par le passé. Récemment, dans le contexte d'une requête visant à suspendre une action pour perte de cargaison, notre Cour a conclu que la distance géographique était un facteur moins important compte tenu des nouvelles technologies et de l'utilisation de plateformes virtuelles pour les instances judiciaires (*Brink's Global Services Ltd. c. Binex Line Corp.*, 2022 CF 571 (*Brink's*), aux paragraphes 79–83). Mon collègue le protonotaire Kevin R. Aalto a déclaré que « nous vivons et travaillons tous désormais dans cette nouvelle ère numérique [...] [et] il suffit d'un clic pour que les parties accèdent à la Cour » (*Brink's*, aux paragraphes 80 et 83). Le protonotaire Aalto a également cité, en l'approuvant, le juge Morgan de la Cour supérieure de justice de l'Ontario qui a déclaré [TRADUCTION] « qu'un système d'arbitrage fondé sur le numérique, où les audiences sont tenues par vidéoconférence, est aussi proche que distant du World Wide Web. [...] Chicago et Toronto se trouvent toutes deux sur la même voie cybernétique. On y accède de la même manière, par une commande vocale ou un simple clic » (*Brink's*, au paragraphe 82, renvoyant à *Kore Meals LLC v. Freshii Development LLC*, 2021 ONSC 2896 (CanLII), 156 O.R. (3d) 311 aux paragraphes 31–32).

[148] La réclamante invoque la décision *Bomar Navigation Ltée. c. « Hansa Bay »*, [1975] 1 C.F. 231 (1^{re} inst.), à l'appui de la proposition selon laquelle le fait que les témoins et la preuve se trouvent au Canada est un motif suffisant pour refuser de faire droit à la requête en suspension. Je préfère les décisions un peu plus récentes, notamment celles susmentionnées de la Cour d'appel fédérale (*Transcontinental Sales*; *Le « Sea Pearl »*;

virtual platforms in the recent years, it would be challenging to suggest that the expense and inconvenience of having witnesses located in Canada is substantially greater than the similar situations previously addressed by this Court prior to the existence of such platforms.

[149] The Cargo Claimant pleads that the expense of litigation would be much higher in the United States than it would be in Canada. The Carrier responds that no evidence was presented to this effect. I agree that no evidence was presented as to the increased cost. I also note that this Court has found arguments as to the litigation expense or inability to recover costs in a foreign jurisdiction not to be persuasive in the context of declining to grant a stay under the strong cause test (*Trans-Continental Textile Recycling Ltd. v. Erato (The)*, [1996] 1 F.C. 404 (T.D.), at paragraph 30; *Anraj Fish Products Industries Ltd. v. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd.* (2000), 262 N.R. 270, 190 F.T.R. 259, [2000] 4 F.C. D-18 (C.A.) (*Anraj*)). The Cargo Claimant pleads that in *Hitachi Maxco Ltd. v. Dolphin Logistics Company Ltd.*, 2010 FC 853, 373 F.T.R. 232 (*Hitachi*), Justice Harrington dismissed a motion for a stay of proceedings despite the fact that there was a meagre evidentiary record. I do not find that *Hitachi* salvages the Cargo Claimant's position, as I find it to be distinguishable from the matter at hand in that it was decided on the basis of *forum non conveniens* (*Hitachi*, at paragraph 43).

[150] I turn now to the applicable law. In *The Eleftheria*, Justice Brandon, when considering whether an action in England should be stayed in favour of a Greek court, found "of substantial importance the circumstances that Greek law governs, and is, in respects which may be material, different from English law" (at page 246). Justice Brandon found that it is more satisfactory for the law of a foreign country to be decided by the court of that country (at page 246; *Anraj*, at paragraph 8). He further noted that there is a significant difference on appeal in that a question of foreign law decided by a foreign court is appealable as a question of law, while a question of foreign law decided by an English court on the basis of expert evidence is treated as a question of fact for the purposes of appeal, which therefore limits the scope of an appeal (at page 246).

Ultramar; The Eleftheria). De plus, étant donné l'utilisation accrue des plateformes virtuelles au cours des dernières années, il serait difficile d'affirmer que les frais et les inconvénients occasionnés par le fait que les témoins se trouvent au Canada sont nettement plus importants que ceux résultant de cas semblables soumis à la Cour avant l'existence de ces plateformes.

[149] La réclamante fait valoir que les frais judiciaires seraient beaucoup plus élevés aux États-Unis qu'au Canada. Le transporteur répond qu'aucun élément de preuve n'a été présenté à cet effet. J'en conviens. Je souligne également que la Cour a conclu que les arguments relatifs aux frais judiciaires ou à l'impossibilité de recouvrer ces frais dans un pays étranger n'étaient pas convaincants au point de refuser d'accorder une suspension d'instance au titre du critère des motifs sérieux (*Trans-Continental Textile Recycling Ltd. c. Erato (Le)*, [1996] 1 C.F. 404 (1^{re} inst.), au paragraphe 30; *Anraj Fish Products Industries Ltd. c. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd.*, [2000] A.C.F. n° 944 (QL), [2000] 4 C.F. F-18 (C.A.) (*Anraj*)). La réclamante fait valoir que dans la décision *Hitachi Maxco Ltd. c. Dolphin Logistics Company Ltd.*, 2010 CF 853 (*Hitachi*), le juge Harrington a rejeté une requête en suspension de l'instance malgré un dossier de preuve peu étoffé. Je ne crois pas que la décision *Hitachi* puisse étayer la thèse de la réclamante, car cette affaire se distingue de celle dont je suis saisie en ce qu'elle a été tranchée sur le fondement de la doctrine du *forum non conveniens* (au paragraphe 43).

[150] Je passe maintenant au droit applicable. Dans l'arrêt *The Eleftheria*, le juge Brandon, qui devait décider si une action intentée en Angleterre devait être suspendue afin qu'elle puisse être instruite par un tribunal grec, a conclu [TRADUCTION] « les situations régies par le droit grec, lequel diffère du droit britannique à certains égards qui peuvent être importants, revêtent une grande importance » (à la page 246). Le juge Brandon a conclu qu'il était préférable que les affaires relevant du droit d'un pays étranger soit tranchées par les tribunaux du pays en cause (à la page 246; *Anraj*, au paragraphe 8). Il a ajouté qu'il existait une différence importante en appel, c'est-à-dire qu'une question de droit étranger tranchée par un tribunal étranger était susceptible d'appel en tant que question de droit, alors qu'une question de droit étranger tranchée par un tribunal britannique, sur la base d'une

[151] In the matter at hand, the evidence is that the law governing the parties' contractual relationship is the United States *Carriage of Goods by Sea Act*, 1936, the federal law of the United States, and where there is no governing federal law, then the laws of the State of New York. The Court can, and does, decide questions of foreign law on the basis of expert evidence from foreign lawyers. Nevertheless, I find that the fact the United States' law applies to the matter at hand weighs in favour of granting the stay. Moreover, there is no evidence that there are any serious defects in the procedure of the United States District Court that could warrant consideration in the context of the requested stay (*Anraj*, at paragraph 8).

[152] I now consider the connections of the parties to the two forums. The evidence is that the Cargo Claimant is a Canadian company, organized under the laws of Ontario, that imports fresh produce into Canada and distributes it to the local market. The Carrier is a company organized under the law of Bermuda, with its principal place of business in the United States, that provides dry and refrigerated containerized cargo services between Central and North America. The Cargo Claimant is connected to Canada and the Carrier has connections to the United States. This factor, in my view, does not demonstrate a strong reason to displace the forum selection clause.

[153] The next factor is whether a defendant genuinely desires a trial in the foreign country or whether they are only seeking a procedural advantage. The Federal Court of Appeal has noted, citing Justice Brandon in *The El Amria*, that this consideration arose out of a factual situation where the main motive of a defendant in applying for a stay was shown by the evidence to have been to avoid giving security for the plaintiff's claim in England, rather than actually litigating in the foreign forum (*Anraj*, at paragraph 8; *Arata Potato Co. v. Egyptian Navigation Co. (The El Amria)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (Eng. C.A.) (*The El Amria*), at

preuve d'expert, était considérée en appel comme une question de fait, ce qui limitait ainsi la portée de l'appel (à la page 246).

[151] En l'espèce, la preuve établit que la loi qui régit la relation contractuelle entre les parties est la *Carriage of Goods by Sea Act* de 1936, une loi fédérale des États-Unis, et que, si aucune loi fédérale ne s'appliquait, la relation serait alors régie par les lois de l'État de New York. La Cour peut statuer, et de fait statue, sur des questions de droit étranger en se fondant sur la preuve d'expert qui lui est présentée par des avocats étrangers. Je conclus néanmoins que le fait que le droit des États-Unis s'applique à la question qui nous occupe milite en faveur de la suspension de l'instance. Qui plus est, rien ne prouve que la procédure de la Cour de district des États-Unis comporte des lacunes graves qui mériteraient d'être prises en compte dans le contexte de la suspension demandée (*Anraj*, au paragraphe 8(2)).

[152] J'examinerai maintenant les liens des parties avec les deux ressorts. La preuve montre que la réclamante est une société canadienne, constituée sous le régime des lois de l'Ontario, qui importe des fruits et légumes frais au Canada et les distribue sur le marché local. Le transporteur est une société constituée sous le régime des lois des Bermudes, dont le principal lieu d'affaires est situé aux États-Unis, et elle offre des services de transport par conteneurs pour cargaisons sèches et réfrigérées entre l'Amérique centrale et l'Amérique du Nord. La réclamante a des liens avec le Canada et le transporteur en a avec les États-Unis. Ce facteur ne constitue pas, à mon avis, un motif sérieux justifiant d'écarter la clause d'élection de for.

[153] L'autre facteur dont je dois tenir compte consiste à déterminer si le défendeur souhaite vraiment que le procès se déroule dans le pays étranger, ou s'il cherche seulement à bénéficier d'un avantage procédural. La Cour d'appel fédérale a souligné, citant à cet égard le juge Brandon dans l'arrêt *The El Amria*, que ce facteur découlait d'une situation d'où il ressortait que le principal motif pour lequel les défendeurs avaient demandé une suspension était qu'ils cherchaient à éviter de fournir une garantie à l'égard de la réclamation des demandeurs en Angleterre, et non qu'ils souhaitaient porter

page 127). There is no evidence on the record to support a conclusion that the Carrier's motive is only to seek a procedural advantage.

[154] The final factor listed in *The Eleftheria* is whether the plaintiff would be prejudiced by having to litigate in the foreign court because they would (i) be deprived of security for that claim; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time-bar not applicable in England; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial. The sole applicable point for this factor is the issue of the time bar. The terms of the Shipping Documents contain a one-year time bar from the date upon which the cargos were delivered.

[155] When these motions were first heard in 2019, counsel for the Carrier provided an undertaking to refrain from raising the time-bar. In her judgment, Justice Heneghan, stated that the position of the Carrier "while admirable, will not be binding upon a foreign Court, so it is of limited benefit at this time" (*Arc-en-Ciel 2020*, at paragraph 50). On appeal, the [Federal] Court of Appeal stated that "the reasons do not explain why the prejudice associated with the limitation period was not addressed by GWF's undertaking to not pursue that defence, other than to say that the undertaking would not be binding on the American court. While I share the Federal Court's concern about the enforceability in an American court of an oral undertaking given in the course of argument, the reasons, alone, amount to conjecture and do not, again, reflect that the legal obligation to establish prejudice rested with the plaintiff" (*Arc-en-Ciel 2021*, at paragraph 16). The Cargo Claimant relies upon the comments by Justice Heneghan and the [Federal] Court of Appeal, and raises concerns about the legitimacy of the Carrier's waiver of the time-bar by its counsel and the value of the waiver before a foreign court. The Cargo Claimant also submits that the Carrier did not waive the time-bar through an affidavit nor has the Carrier adduced evidence to speak to the effect such a waiver would have under foreign law. In response,

le litige devant un tribunal étranger (*Anraj*, au paragraphe 8(4); *Arata Potato Co. v. Egyptian Navigation Co. (The El Amria)*, [1981] 2 Lloyd's Rep. 119 (C.A. Angl.) (*The El Amria*), à la page 127). Aucune preuve au dossier ne permet de conclure que le transporteur cherche uniquement à bénéficier d'un avantage procédural.

[154] Le dernier facteur énoncé dans l'arrêt *The Eleftheria* est de savoir si le demandeur subirait un préjudice s'il devait intenter une action devant un tribunal étranger, (i) parce qu'il serait privé de garantie à l'égard de sa réclamation; (ii) parce qu'il serait incapable de faire exécuter le jugement obtenu; (iii) parce qu'il serait soumis à un délai de prescription non applicable en Angleterre, ou (iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, il ne serait pas en mesure d'obtenir un procès équitable. Le seul élément applicable de ce facteur est la question du délai de prescription. Les documents d'expédition prévoient un délai de prescription d'un an à partir de la date de livraison des cargaisons.

[155] Lorsque la présente requête a d'abord été entendue en 2019, l'avocat du transporteur s'est engagé à ne pas invoquer le délai de prescription. Dans son jugement, la juge Heneghan a déclaré que la thèse du transporteur, « bien qu'admirable, n'aura pas force obligatoire pour un tribunal étranger, de sorte qu'à ce stade-ci, elle ne présente qu'un intérêt limité » (*Arc-en-Ciel 2020*, au paragraphe 50). En appel, la Cour d'appel fédérale a déclaré que « [l]es motifs n'expliquent cependant pas pourquoi le préjudice lié au délai de prescription n'avait pas été examiné dans le cadre de l'engagement de GWF de ne pas plaider cette défense, si ce n'est pour dire que l'engagement ne lierait pas le tribunal américain. Bien que je partage la réserve exprimée par la Cour fédérale au sujet du caractère exécutoire, devant un tribunal américain, d'un engagement verbal pris à l'audience, les motifs, en soi, sont de simples conjectures et, je le répète, ne traduisent pas l'obligation légale de prouver l'existence d'un préjudice qui incombait à la demanderesse » (*Arc-en-Ciel 2021*, au paragraphe 16). La réclamante se fonde sur les observations formulées par la juge Heneghan et la Cour d'appel fédérale et remet en question la légitimité de la renonciation au délai de prescription par l'avocat du transporteur et la valeur qu'aurait une telle renonciation devant un tribunal étranger. Elle fait également valoir que le

the Carrier submits that its undertaking via counsel is a standard practice before this Court and that the Cargo Claimant has failed to show prejudice on its part.

[156] I agree with Justice Heneghan and the [Federal] Court of Appeal that an oral undertaking made to this Court may well not be enforceable in a foreign court. While one would hope that in the interests of comity, a District Court of the United States would enforce an undertaking made by counsel in written and oral submissions, there is no such guarantee; in any event, that would be a question for the District Court of the United States to determine. This does not mean, however, that the undertaking provided by counsel on behalf of the Carrier to this Court is of no moment. Such an undertaking, given by counsel on behalf of their client, may be relied upon and taken into account when rendering an order.

[157] One-year time bars are common in such cases given that the *Hague* and *Hague-Visby Rules* contain one-year time bars, as do the contracts that incorporate those rules (Tetley, at page 1623 and ff). Where, in an admiralty action, a time-bar has been an issue in the context of a motion for stay, there are numerous instances where this Court has made the stay conditional on an undertaking or waiver of the time-bar (*Anraj; Nissho Iwai Corp. v. Paragon Grand Carriers Corp.* (1987), 11 F.T.R. 134 (F.C.T.D.); *Ocean Star Container Line A.G. v. Iberfreight S.A.* (1989), 104 N.R. 164 (F.C.C.A.) (*Transcontinental Sales*); *Can-Am Produce & Trading Ltd. v. "Senator" (The)* (1996), 112 F.T.R. 255 (F.C.T.D.); *Burrard-Yarrows Corp. v. "Hoegh Merchant" (The)*, [1982] 1 F.C. 248 (T.D.) upheld in [1983] 1 F.C. 495 (C.A.) (*The Hoegh Merchant*)). In a number of cases, the stay has been conditional upon the defendants' undertaking or waiver in writing to be filed within 60 days of the date of the order (*Anraj; Transcontinental Sales; Ocean Star Container Line*).

transporteur n'a pas renoncé par affidavit au délai de prescription, pas plus qu'il n'a présenté de preuve attestant de l'effet qu'aurait une telle renonciation sous le régime du droit étranger. Le transporteur répond que l'engagement qu'il a pris par l'intermédiaire de son avocat est une pratique courante devant notre Cour et que la réclamante n'a pas démontré qu'elle subirait un préjudice.

[156] Je conviens avec la juge Heneghan et la Cour d'appel [fédérale] qu'un engagement verbal pris devant notre Cour pourrait bien ne pas être exécutoire devant un tribunal étranger. Bien que l'on puisse espérer que, par souci de courtoisie, une cour de district des États-Unis respecterait l'engagement pris par un avocat dans ses observations écrites et verbales, rien ne le garantit; quoi qu'il en soit, c'est à la Cour de district des États-Unis qu'il appartiendrait d'en décider. Cela ne signifie toutefois pas que l'engagement présenté à la Cour par l'avocat au nom du transporteur soit sans importance. Un tel engagement, pris par un avocat au nom de son client, peut être pris en compte pour rendre une ordonnance.

[157] Les délais de prescription d'un an sont courants dans les affaires comme celle qui nous occupe, puisque c'est le délai prévu par les *Règles de La Haye* et les *Règles de La Haye-Visby*, ainsi que par les contrats qui incorporent ces règles (Tetley, aux pages 1623 et ss). Dans le contexte d'une action en matière d'amirauté, il est souvent arrivé que, saisie d'une requête en suspension dans le cadre de laquelle le délai de prescription posait problème, la Cour subordonne la suspension à un engagement à renoncer, ou à une renonciation, à ce délai (*Anraj; Nissho Iwai Corp. c. Paragon Grand Carriers Corp.*, [1987] A.C.F. n° 480 (QL) (1^{re} inst.); *Ocean Star Container Line A.G. c. Iberfreight S.A.*, [1989] A.C.F. n° 513 (QL) (C.A.) (*Transcontinental Sales*); *Can-Am Produce & Trading Ltd. c. "Senator" (Le)*, [1996] A.C.F. n° 550 (QL) (1^{re} inst.); *Burrard-Yarrows Corp. c. "Hoegh Merchant" (Le)*, [1982] 1 C.F. 248 (1^{re} inst.), conf. par [1983] 1 C.F. 495 (C.A.) (*Le Hoegh Merchant*)). Dans plusieurs de ces décisions, la suspension était subordonnée au dépôt, par les défendeurs, d'un engagement ou d'une renonciation par écrit dans les 60 jours suivant la date de l'ordonnance (*Anraj; Transcontinental Sales; Ocean Star Container Line*).

[158] I see no reason why such a conditional order in the present matter would not address the argument raised by the Cargo Claimant that the time-bar would cause prejudice. The present action would be stayed, not dismissed, and the Cargo Claimant would have recourse to this Court should the Carrier raise the time-bar in the foreign proceedings. Indeed, I can assure the Cargo Claimant that this Court would take a dim view of a party's failure to comply with such an undertaking and costs remain available as a mechanism to compensate for such non-compliance. Accordingly, I find that the issue of the time-bar does not constitute a strong reason to decline to enforce the forum selection clause.

[159] Finally, as noted above, the Cargo Claimant also raises as a circumstance in the present case the issue of public policy and relies on *Douez*. In response, the Carrier submits that the Supreme Court's finding in *Douez* that public policy considerations play a role in the strong cause test was made within a consumer context, not a commercial one.

[160] The foundation of the Cargo Claimant's argument is the policy and legislative purpose underlying the enactment of section 46 of the Act, discussed above in section V.G of these reasons. The Cargo Claimant submits that the protection of small and medium-sized Canadian importers and exporters should raise sufficient public policy concerns to warrant this Court setting aside the forum selection clause.

[161] In *Douez*, the Supreme Court noted that "the strong cause factors have been interpreted and applied restrictively in the commercial context" and that in a commercial setting, forum selection clauses are generally enforced and to be encouraged (*Douez*, at paragraph 31). The Supreme Court specifically referred to *Z.I. Pompey*, where the Supreme Court enforced a forum selection clause in a bill of lading, noting that the parties in that case were corporations with significant experience in international maritime commerce (*Douez*, at paragraph 32). The Supreme Court stated, however, that commercial and

[158] Je ne vois rien qui empêche, en l'espèce, de répondre à l'argument soulevé par la réclamante, à savoir que le délai de prescription lui causerait préjudice, par une ordonnance conditionnelle de cette nature. La présente action serait suspendue, et non rejetée, et la réclamante pourrait s'adresser à la Cour si le transporteur invoquait la prescription devant le tribunal étranger. De fait, je peux donner à la réclamante l'assurance que la Cour verrait d'un mauvais œil le défaut d'une partie de se conformer à un tel engagement, et je rappelle que l'adjudication de dépens est une mesure de réparation qui demeure disponible en cas de défaut. Par conséquent, je conclus que le délai de prescription ne constitue pas un motif sérieux pour refuser d'appliquer la clause d'élection de for.

[159] Enfin, je rappelle que la réclamante soulève également, à titre de circonstance de l'espèce, la question de l'intérêt public et s'appuie à cet égard sur l'arrêt *Douez*. Le transporteur fait valoir, en réponse, que la conclusion de la Cour suprême dans l'arrêt *Douez*, selon laquelle les considérations d'intérêt public entrent en jeu dans l'application du critère des motifs sérieux, a été formulée dans le contexte d'un contrat de consommation, et non dans un contexte commercial.

[160] La réclamante fonde son argument sur les objectifs d'intérêt public et législatif qui sous-tendent l'adoption de l'article 46 de la Loi et qui ont été examinés à la section V.G des présents motifs. Elle soutient que la protection des petits et moyens importateurs et exportateurs canadiens devrait soulever suffisamment de préoccupations d'ordre public pour justifier l'annulation de la clause d'élection de for par notre Cour.

[161] Dans l'arrêt *Douez*, la Cour suprême a dit que « les considérations liées à l'existence de motifs sérieux ont été interprétées et appliquées de manière restrictive dans le domaine commercial » et que, dans ce contexte, les clauses d'élection de for sont généralement appliquées et que les tribunaux doivent leur faire bon accueil (*Douez*, au paragraphe 31). La Cour suprême a renvoyé plus précisément à l'arrêt *Z.I. Pompey* dans lequel elle avait donné effet à la clause d'élection de for d'un connaissance, en précisant que les parties en cause dans cette affaire étaient des sociétés qui avaient une grande

consumer relationships are very different, and as such, the consumer context may provide strong reasons to not enforce a forum selection clause (*Douez*, at paragraph 33). The Supreme Court highlighted that in a commercial context, forum selection clauses support certainty, security, stability and foreseeability, while in a consumer context, the unequal bargaining power, the rights the consumer relinquishes, and the fact that millions of ordinary people would not foresee or expect the implications of the terms or be deemed to have undertaken a sophisticated analysis of foreign legal systems prior to opening an online account (*Douez*, at paragraphs 31 and 33). The Supreme Court found that “different concerns animate the consumer context than those that this Court considered in *Z.I. Pompey*, where a sophisticated commercial transaction was at issue,” and consequently, modified the strong cause factors in the consumer context to account for “public policy considerations relating to the gross inequality of bargaining power between the parties and the nature of the rights at stake” (*Douez*, at paragraphs 35 and 38). Nevertheless, the Supreme Court emphasized that the burden remains on the party wishing to avoid the clause to establish a strong cause (*Douez*, at paragraph 38).

[162] I am not persuaded that the relationship between the parties in the present case falls properly within the consumer context addressed in *Douez*. In *Douez*, the online contract of adhesion was between an individual consumer and a large multi-billion dollar corporation (*Douez*, at paragraphs 53 and 54). The decisive factors in *Douez* were that the claim involved “a consumer contract of adhesion and a statutory cause of action implicating the quasi-constitutional privacy rights of British Columbians” (*Douez*, at paragraph 50). The present contractual relationship differs markedly from the consumer relationship at issue in *Douez*. The evidence is that since the inception of the relationship between the Cargo Claimant and the Carrier in 2012, they have entered into three different service contracts, including the Service Contract,

expérience du commerce maritime international (*Douez*, au paragraphe 32). Elle a toutefois précisé qu’il existe une grande différence entre les rapports commerciaux et les rapports de consommation et que le fait qu’il s’agit d’un contrat de consommation peut offrir des motifs sérieux de refuser de donner effet à une clause d’élection de for (*Douez*, au paragraphe 33). Elle a ajouté que, dans un contexte commercial, les clauses d’élection de for confèrent certitude, sûreté, stabilité et prévisibilité; dans le contexte d’un contrat de consommation, toutefois, il y a inégalité du pouvoir de négociation entre les parties, les consommateurs doivent renoncer à des droits et des millions de gens ordinaires pourraient ne pas prévoir les conséquences du contrat ou ne pas s’y attendre, ou ne pourraient être réputés s’être livrés à une analyse pointue du système juridique étranger avant d’ouvrir un compte en ligne (*Douez*, aux paragraphes 31 et 33). La Cour suprême a conclu qu’« un contrat de consommation soulève des préoccupations différentes de celles considérées par notre Cour dans l’arrêt *Z.I. Pompey*, lequel porte sur une opération commerciale conclue par des parties averties »; elle a donc modifié le critère des motifs sérieux lorsqu’il s’applique à un contrat de consommation afin de tenir compte des « considérations d’intérêt public touchant l’inégalité flagrante du pouvoir de négociation des parties et la nature des droits en jeu » (*Douez*, aux paragraphes 35 et 38). La Cour suprême a néanmoins insisté sur le fait qu’il incombe toujours à la partie qui entend se soustraire à l’application de la clause de faire la preuve de motifs sérieux (*Douez*, au paragraphe 38).

[162] Je ne crois pas que la relation qui lie les parties en l’espèce s’inscrive dans le contexte du contrat de consommation examiné dans l’arrêt *Douez*. Dans cette affaire, le contrat d’adhésion en ligne avait été conclu entre un consommateur et une grande société multimilliardaire (*Douez*, aux paragraphes 53 et 54). Ce qui a été décisif, c’est que la demande visait un « contrat de consommation qui tient du contrat d’adhésion, ainsi [qu’]une cause d’action conférée par la loi qui fait intervenir les droits quasi constitutionnels des Britanno-Colombiens à la protection de leur vie privée » (*Douez*, au paragraphe 50). La relation contractuelle en l’espèce diffère sensiblement du rapport de consommation en litige dans l’arrêt *Douez*. Les éléments de preuve montrent que la relation entre la réclamante et le transporteur a débuté en 2012 et que

with preferential rates as compared to the tariff rates. As of June 2019, the Carrier had transported approximately 185 containers of produce for the Cargo Claimant, more than half of which were transported under the service contracts. The Cargo Claimant is not a newcomer to maritime commerce and, as of the hearing, the parties have continued to work together for close to a decade.

[163] As noted previously, the Cargo Claimant was, however, subject to the Carrier's standard form terms, including the forum selection clause contained within the standard terms and conditions on the back of the Shipping Documents. These standard form terms do not, in my view, render the present matter analogous to *Douez*. Rather, this matter remains a commercial matter, not a consumer one. I find that cases such as *Z.I. Pompey*, *The Eleftheria*, *Transcontinental Sales*, *Anraj* and *The Hoegh Merchant*, which address forum selection clauses in contracts of carriage by sea, are properly applicable.

[164] In addition, even if the public policy of protecting small and medium-sized Canadian importers and exporters were to be a consideration, I do not find that it warrants setting aside the forum selection clause in this case. Section 46 of the Act was primarily enacted to protect Canadian importers and exporters from having to bear the expense of litigating claims against carriers in foreign jurisdictions (see section V.G of these reasons above). I have determined, above, that the Shipping Documents fall outside the scope of section 46 of the Act. Were I to decline to enforce the forum selection clause based on a policy of protecting the Cargo Claimant from having to litigate in the United States against the Carrier, I would simply be doing indirectly what I cannot do directly.

[165] The starting point under the strong cause test is that parties should be held to their bargain (*Z.I. Pompey*, at paragraph 21). In all but exceptional circumstances, the Court is to give effect to the parties' agreement (*Z.I. Pompey*, at paragraph 21). Taking into account all the

ces parties ont conclu trois contrats de service différents, dont un contrat de services prévoyant des taux préférentiels plutôt que les taux tarifaires. En date de juin 2019, le transporteur avait transporté quelque 185 conteneurs de produits frais pour la réclamante, dont plus de la moitié dans le cadre de contrats de service. La réclamante n'est pas une nouvelle venue dans le secteur du commerce maritime et, en date de l'audience, les parties entretenaient des liens d'affaires depuis près d'une décennie.

[163] Comme je l'ai mentionné précédemment, la réclamante était malgré tout assujettie aux modalités types fixées par le transporteur, y compris la clause d'élection de for qui faisait partie des modalités inscrites au verso des documents d'expédition. Je suis d'avis que ces modalités types ne rendent pas la présente affaire semblable à l'affaire *Douez*. La présente espèce relève du domaine commercial, et non de celui de la consommation. Je conclus que des décisions telles que *Z.I. Pompey*, *The Eleftheria*, *Transcontinental Sales*, *Anraj* et *Le Hoegh Merchant*, qui portent sur des clauses d'élection de for dans le contexte de contrats de transport par mer, s'appliquent à bon droit.

[164] De plus, même si je devais tenir compte de l'objectif d'intérêt public de protection des petits et moyens importateurs et exportateurs canadiens, je ne crois pas que cela justifierait l'annulation de la clause d'élection de for en l'espèce. L'article 46 de la Loi a principalement été adopté dans le but d'empêcher que les importateurs et exportateurs canadiens aient à supporter les frais liés aux procédures judiciaires intentées contre des transporteurs dans des pays étrangers (voir la section V.G des présents motifs). J'ai déjà conclu que les documents d'expédition ne relevaient pas du champ d'application de l'article 46 de la Loi. Si je devais refuser d'appliquer la clause d'élection de for sur le fondement d'une politique visant à protéger la réclamante de l'obligation de faire valoir sa créance contre le transporteur aux États-Unis, je ferais indirectement ce que je ne peux pas faire directement.

[165] L'application du critère des motifs sérieux part du principe que les parties doivent être tenues de respecter leur entente (*Z.I. Pompey*, au paragraphe 21). La Cour doit donner effet à l'entente conclue entre les parties, sauf circonstances exceptionnelles (*Z.I. Pompey*, au

circumstances of the present case, I am of the view that the Cargo Claimant has not met its burden of showing sufficiently strong reasons to conclude that it would not be reasonable or just to enforce the forum selection clause (*Anraj*, at paragraph 9).

VI. Conclusion

[166] I have concluded that contractual arrangements between the Carrier and the Cargo Claimant, namely the Shipping Documents and the Service Contract, fall outside the scope of section 46 of the Act. I find the Shipping Documents are akin to waybills, namely non-negotiable receipts that are not documents of title. The Service Contract, akin to a volume contract in the United States, is not a bill of lading or similar document of title. Accordingly, neither the Shipping Documents nor the Service Contract are “contract(s) for the carriage of goods by water” pursuant to section 46 of the Act.

[167] Given that I have concluded that section 46 of the Act is not applicable, in order to have this matter heard in Canada, the Cargo Claimant bore the burden of demonstrating a strong cause as to why the forum selection clause should not be enforced (*Arc-en-Ciel 2021*, at paragraph 20). I find that the Cargo Claimant has not met its burden. Consequently, the Carrier’s motions for a stay of the proceedings, pursuant to subsection 50(1) of the *Federal Courts Act*, by reason of the forum selection clause in favour of the United States District Court, Southern District of New York, are granted.

[168] The Carrier, through its counsel, has provided an undertaking to waive the contractual time-bar. In granting a stay, this Court may impose such conditions as it considers just. Consequently, the stay is granted conditional upon such a waiver being provided in writing and filed in the Court record within 60 days of the date of these reasons.

paragraphe 21). Vu les circonstances de l’espèce, je suis d’avis que la réclamante ne s’est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de démontrer l’existence de motifs suffisamment sérieux pour conclure qu’il ne serait ni raisonnable ni juste d’appliquer la clause d’élection de for (*Anraj*, au paragraphe 9).

VI. Conclusion

[166] Je conclus que les accords contractuels intervenus entre le transporteur et la réclamante, à savoir les documents d’expédition et le contrat de services, ne sont pas assujettis à l’article 46 de la Loi. J’estime que les documents d’expédition s’apparentent à des lettres de transport, c’est-à-dire que ce sont des récépissés non négociables qui ne sont pas des documents formant titre. Le contrat de services, qui ressemble au contrat fondé sur le volume qui a cours aux États-Unis, n’est pas un connaissance ou un document similaire formant titre. Par conséquent, ni les documents d’expédition ni le contrat de services ne sont des « contrat[s] de transport de marchandises par eau » au sens de l’article 46 de la Loi.

[167] Comme j’ai conclu que l’article 46 de la Loi ne s’appliquait pas, il incombait à la réclamante de démontrer qu’il existait des motifs sérieux de refuser de donner effet à la clause d’élection de for afin que l’affaire soit instruite au Canada (*Arc-en-Ciel 2021*, au paragraphe 20). Je conclus que la réclamante ne s’est pas acquittée de ce fardeau. Par conséquent, les requêtes en suspension d’instance présentées par le transporteur en vertu du paragraphe 50(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* sont, en raison de la clause d’élection de for attribuant compétence à la Cour de district des États-Unis du district Sud de New York, accueillies.

[168] Le transporteur, par l’intermédiaire de son avocat, s’est engagé à renoncer au délai de prescription prévu au contrat. Lorsqu’elle accorde une suspension, la Cour peut imposer toutes les conditions qu’elle estime justes. Par conséquent, la suspension est accordée, à la condition qu’une telle renonciation soit faite par écrit et versée au dossier de la Cour dans les 60 jours suivant la date des présents motifs.

JUDGMENT in T-2184-18 and T-2185-18JUGEMENT dans les dossiers T-2184-18
et T-2185-18

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

LA COUR ORDONNE :

1. The motions for stays of the proceedings are granted, conditional upon the defendant, Great White Fleet, providing an undertaking in writing to waive any applicable time-bar and/or defence based thereon, to be served and filed into the Court record within 60 days of the date of this judgment.
2. Costs are awarded to the defendant, Great White Fleet.
3. The parties are encouraged to resolve the issue of costs. If the parties are unable to do so, then brief submissions not exceeding three pages may be made along with a draft bill of costs, to be served and filed within 30 days of the date of this judgment.
4. This judgment shall be placed on files T-2185-18 and T-2184-18.

1. Les requêtes en suspension d’instance sont accueillies, à la condition que la défenderesse, Great White Fleet, s’engage par écrit à renoncer à tout délai de prescription applicable ou à toute défense fondée sur celui-ci, et que cette renonciation soit signifiée et déposée au dossier de la Cour dans les 60 jours suivant la date du présent jugement.
2. Les dépens sont adjugés à la défenderesse, Great White Fleet.
3. La Cour encourage les parties à régler entre elles la question des dépens. Si elles n’y parviennent pas, de brèves observations d’au plus trois pages, accompagnées d’un projet de mémoire de frais, pourront être signifiées et déposées dans les 30 jours suivant la date du présent jugement.
4. Le présent jugement est versé aux dossiers T-2185-18 et T-2184-18.

APPENDIX A

GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD.

INTERNATIONAL BILL OF LADING

SHIPPER (COMPLETE NAME AND ADDRESS) ARCSAM DE COSTA RICA S.A. TELEFAX (506) 2481-0851 TICAPRODUCE@HOTMAIL.COM SAN RAMON, CHACHAGUA, EBAIS 800 MTS OESTE		BOOKING NO. 3033164A		BILL OF LADING NO. GWFT3033164A	
CONSIGNEE (COMPLETE NAME AND ADDRESS) ARC-EN-CIEL PRODUCE INC. 122 THE WEST MALL ETOBICOKE, TORONTO, ONTARIO CANADA M9C 1B9		FORWARDER / SHIPPER REFERENCE NO. B-KABELMA 02/2240			
NOTIFY PARTY (COMPLETE NAME AND ADDRESS) SAME AS CNEE ATTN: MRS DEBBIE BOSCO & SAM HAK PHONE: (416) 236-4949/TIFAX: (416) 236-4915 MOBILE DEBBIE: (647) 228- 8237*		FORWARDING AGENT/ F M C NO. *MOBILE SAM: (647) 400-3855			
INITIAL CARRIAGE BY (MODE)		PLACE OF RECEIPT CHACHAGUA, CR		SERVICE CONTRACT NUMBER SC20173855	
VESSEL / VOYAGE MSC BELLE LE750A		PORT OF LOADING PUERTO LIMON, CR		LOADING PIER/TERMINAL	
PORT OF DISCHARGE PUERTO BARRIOS, GT		PLACE OF DELIVERY ETOBICOKE, ONT		TYPE OF MOVE (IF MIXED, USE DESCRIPTION OF GOODS BLOCK)	
CARRIER'S RECEIPT		PARTICULARS FURNISHED BY SHIPPER - CARRIER NOT RESPONSIBLE			
MARKS / CONTAINER NOS	NO. OF PKGS	DESCRIPTION OF PACKAGES AND GOODS	GROSS WEIGHT	MEASURE	
TEMU9449765 40HR SN# CBA2475158 SC20173855 NO.RYAN 76396703	1	732 BOXES OF CASSAVA 16 KGS 540 BOXES OF EDDOES 16 KGS 1272 BOXES TOTAL 1X40'HR CNTR SLAC: ***TEMP: +48 DEG. FAHR***	22132KG 48793LB		
SHIPPER LOAD, STOW AND COUNT "CARRIER SHALL NOT BE LIABLE FOR ANY LOSS, DAMAGE OR DELAY HOWSOEVER ARISING OR RESULTING FROM ANY ACTS, INCLUDING BUT NOT LIMITED TO HIJACKINGS, OF THIEVES, PIRATES, OR ASSAILING THIEVES OCCURING AT ANY STAGE OF TRANSPORTATION. MERCHANTS ATTENTION IS ALSO DRAWN TO THE TERMS AND CONDITIONS OF THIS BILL OF LADING IN RESPECT TO LIABILITIES AND LIMITATIONS ARISING DURING INTERMODAL CARRIAGE"					
		TOTALS	22132KG 48793LB		
DECLARED VALUE \$		(SEE CLAUSE 19 ON THE REVERSE SIDE OF THIS BILL OF LADING)	TEMPERATURE SET POINT +48 F VENTS: 10% OPEN		
FREIGHT		RECEIVED from the Merchant in apparent good order and condition (unless otherwise noted), the number of packages or customary freight units set forth under the Carrier's Receipt above, to be transported hereunder to the Place of Delivery named herein for, if not so named, to the Port of Discharge named herein to the Consignee, holder of this Bill of Lading, or on-carrier. Such transport is subject to the terms and conditions on both sides of this Bill of Lading and applicable, the Carrier's tariff, and the Merchant in accepting this Bill of Lading agrees to be bound by all such terms and conditions. The Shipper's Memorandum is not a term of this Bill of Lading but contains particulars furnished by the shipper solely for its use (including the description, weight and measurement of the goods) and by the Shipper to be contained in the shipper's, and the Carrier has no knowledge of and makes no representation as to the accuracy of any particulars in The Shipper's Memorandum.			
INTERMODAL IM	.00 C	IN WITNESS WHEREOF, the Carrier has signed _____ original Bills of Lading, all of the tenor and date, and if one is accomplished the others shall be void.			
VESSEL BUNKER FUE VF	.00 C	DATED _____ SIGNATURE: _____			
FOREIGN INTERMODA FI	.00 C	On Behalf of Carrier GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD. Directly, or Through the Following Agent:			
US SECURITY CHARG SE	.00 C	NAME OF AGENT (IF ANY): _____			
INLAND FUEL RECOV IF	.00 C				
LOW SULFUR FUEL S LF	.00 C				
COSTA RICA SECURI CS	.00 C				
WHARFAGE CHARGE WF	.00 C				
CONTINUED ON PAGE 2					

*Applicable only where the place of receipt or delivery differs from the port of loading or discharge, respectively.

GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD.

INTERNATIONAL BILL OF LADING

SHIPPER (COMPLETE NAME AND ADDRESS) ARCSAM DE COSTA RICA S.A. TELEFAX (506) 2481-0851 TICAPRODUCE@HOTMAIL.COM SAN RAMON, CHACHAGUA, EBAIS 800 MTS ORSTE		BOOKING NO. 3033164A		BILL OF LADING NO. GWFT3033164A	
CONSIGNEE (COMPLETE NAME AND ADDRESS) ARC-EN-CIEL PRODUCE INC. 122 THE WEST MALL ETOBICOKE, TORONTO, ONTARIO CANADA M9C 1B9		FORWARDER / SHIPPER REFERENCE NO. B-KABELMA 02/2240			
NOTIFY PARTY (COMPLETE NAME AND ADDRESS) SAME AS CNEE ATTN: MRS DEBBIE BOSCO & SAM HAK PHONE: (416) 236-4949/TIFAX: (416) 236-4915 MOBILE DEBBIE: (647) 228-8237*		FORWARDING AGENT/ M C NO. *MOBILE SAM: (647) 400-3855			
INITIAL CARRIAGE BY (MODE)		PLACE OF RECEIPT CHACHAGUA, CR		POINT AND COUNTRY OF ORIGIN CHACHAGUA, CR	
VESSEL / VOYAGE MSC BELLE LE750A		PORT OF LOADING PUERTO LIMON, CR		EXPORT INSTRUCTIONS EXPRESS RELEASE	
PORT OF DISCHARGE PUERTO BARRIOS, GT		PLACE OF DELIVERY ETOBICOKE, ONT		SERVICE CONTRACT NUMBER SC20173855	
CARRIER'S RECEIPT		PARTICULARS FURNISHED BY SHIPPER - CARRIER NOT RESPONSIBLE			
MARKS / CONTAINER NOS.	NO. OF PKGS.	DESCRIPTION OF PACKAGES AND GOODS	GROSS WEIGHT	MEASURE	
WON-ARCSAM PAID wire JAN 9/18 2018010923657					
DECLARED VALUE \$		TEMPERATURE SET POINT +48 F VENTS: 10% OPEN			
FREIGHT CONTINUATION - PAGE 2 TICA SURCHARGE TS .00 C TOTAL PREPAID USD TOTAL COLLECT USD .00		RECEIVED from the Merchant, in apparent good order and condition (unless otherwise noted), the number of packages or customer helpd units and both under the Carrier's Receipt above, to be transported hereunder to the Place of Delivery named herein (or, if not so named, to the Port of Discharge named herein) to the Consignee, holder of this Bill of Lading, or endorser. Such transport is subject to the terms and conditions on both sides of this Bill of Lading and to the terms and conditions of all other documents issued by the Carrier in connection with such transport (including, if applicable, the Carrier's tariff, and the Merchant in accepting this Bill of Lading agrees to be bound by all such terms and conditions. The Shipper's Memorandum is not a term of this Bill of Lading but contains particulars furnished by the shipper solely for its use (including the description, weight and measurement of the goods sent by the shipper to be contained in the shipment), and the Carrier has no knowledge of and makes no representation as to the accuracy of any particulars in the Shipper's Memorandum. IN WITNESS WHEREOF, the Carrier has signed _____ original Bills of Lading, all of the tenor and date, and if one is accomplished the others shall be void. DATED _____ SIGNATURE: _____ On Behalf of Carrier GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD. Directly, or Through the Following Agent: NAME OF AGENT (IF ANY): _____ 15 DEC 17 MONTREAL, QC			

*Applicable only where the place of receipt or delivery differs from the port of loading or discharge, respectively.

ANNEXE A

GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD.		CONNAISSEMENT INTERNATIONAL	
		NON NÉGOCIABLE À MOINS D'ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE	
EXPÉDITEUR (NOM ET ADRESSE COMPLETS)		N° DU CONTRAT D'AFFRÈTEMENT	N° DU CONNAISSEMENT
ARCSAM DE COSTA RICA S.A.		3033164A	GWFT3033164A
TÉLÉCOPIEUR 506-2481-0851		N° DE RÉFÉRENCE DU TRANSITAIRE/DE L'EXPÉDITEUR	
TICAPRODUCE@HOTMAIL.COM		B-KABELMA	
SAN RAMON, CHACHAGUA, EBAIS		02/2240	
800 MTS OESTE			
DESTINATAIRE (NOM ET ADRESSE COMPLETS)		N° TRANSITAIRE/FMC	
ARC-EN-CIEL PRODUCE INC.		* CELLULAIRE – SAM : 647-400-3855	
122 THE WEST MALL		POINT ET PAYS D'ORIGINE	
ETOBICOKE, TORONTO (ONTARIO)		CHACHAGUA, COSTA RICA	
CANADA M9C 1B9			
PARTIE À AVISER (NOM ET ADRESSE COMPLETS)		INSTRUCTIONS D'EXPORTATION	
MÊME QUE DESTINATAIRE		REMISE EXPRESSE	
À L'ATTENTION DE M ^{ME} DEBBIE BOSCO ET DE M. SAM HAK			
TÉLÉPHONE : 416-236-4949/TÉLÉCOPIEUR : 416-236-4915 CELLULAIRE DEBBIE : 647-228-8237*			
TRANSPORT INITIAL PAR (MODE)	LIEU DE RÉCEPTION	NUMÉRO DU CONTRAT DE SERVICES	
	CHACHAGUA, COSTA RICA	Sc20173855	
NAVIRE/VOYAGE	PORT DE CHARGEMENT	QUAI/TERMINAL DE CHARGEMENT	
LE750A	PUERTO LIMON, COSTA RICA		
MSC BELLE			

PORT DE DÉCHARGEMENT PUERTO BARRIOS, GUATEMALA		LIEU DE LIVRAISON ETOBICOKE (ONTARIO)	TYPE DE TRANSFERT (SI MIXTE, UTILISER LE CHAMP « DESCRIPTION DES MARCHANDISES ») BOUT EN BOUT	
RÉCÉPISSÉ DU TRANSPORTEUR		PRÉCISIONS FOURNIES PAR L'EXPÉDITEUR – TRANSPORTEUR NON RESPONSABLE		
MARQUES/N ^{OS} DES CONTENEURS	N ^{brc} DE COLIS	DESCRIPTION DES COLIS ET MARCHANDISES	POIDS BRUT	MESURE
TEMU9449765 40HR SN# CBA2475158 SC20173855 NO.RYAN 76396703	1	732 BOÎTES DE MANIOC 16 KG 540 BOÎTES DE CHOU-CHINE 16 KG 1 272 BOÎTES AU TOTAL 1 conteneur frigorifique H.C. de 40 pieds – ECVE : ***TEMPÉRATURE : +48 °F	22 132 KG 48 793 LB	
ENVOI CHARGÉ ET VÉRIFIÉ PAR L'EXPÉDITEUR (ECVE)				
« LE TRANSPORTEUR NE PEUT ÊTRE TENU RESPONSABLE DE QUELQUE PERTE, AVARIE OU RETARD DÉCOULANT OU RÉSULTANT D'UN ACTE, Y COMPRIS MAIS SANS S'Y LIMITER, D'UN DÉTOURNEMENT ILLICITE PAR DES VOLEURS, DES PIRATES OU DES BRIGANDS, SURVENANT À QUELQUE ÉTAPE DU TRANSPORT. NOUS INVITONS ÉGALEMENT LES COMMERÇANTS À PRENDRE CONNAISSANCE DES MODALITÉS DU PRÉSENT CONNAISSEMENT RELATIVEMENT AUX RESPONSABILITÉS ET AUX RESTRICTIONS APPLICABLES DURANT LE TRANSPORT INTERMODAL. »				
		TOTAL :	22 132 KG 48 793 LB	
VALEUR DÉCLARÉE (\$) (VOIR LA CLAUSE 19 AU VERSO DU PRÉSENT CONNAISSEMENT)		POINT DE CONSIGNE DE LA TEMPÉRATURE +48 °F ÉVENTS : OUVERTURE DE 10 %		

FRET	A reçu du commerçant en bon état apparent (sauf indications contraires) le nombre de colis ou d'unités de fret indiqué sur le récépissé précité du transporteur, afin qu'ils soient transportés au lieu de livraison désigné aux présentes (ou, si aucun lieu n'est désigné, au port de déchargement désigné aux présentes) et livrés au destinataire, détenteur du présent connaissement, ou du transporteur subséquent. Ce transport est assujéti aux modalités énoncées au recto et au verso du présent connaissement, ainsi qu'aux modalités de tout autre document délivré par le transporteur en lien avec la présente livraison (notamment, s'il y a lieu, les tarifs du transporteur); en acceptant le présent connaissement, le commerçant accepte d'être lié par toutes ces conditions.
INTERMODAL IM .00 C	Le mémorandum de l'expéditeur n'est pas une condition du présent connaissement, mais contient des détails fournis par l'expéditeur et destinés à son usage exclusif (notamment la description, le poids et la mesure des marchandises qui, selon l'expéditeur, sont contenues dans la livraison); le transporteur n'est pas au courant des renseignements figurant dans le mémorandum de l'expéditeur et ne formule aucune observation quant à leur exactitude.
COMBUSTIBLE DE SOUTE VF .00 C	
TRANSPORT INTERMODAL À L'ÉTRANGER FI .00 C	EN FOI DE QUOI, le transporteur a signé ____ connaissements originaux, tous de même teneur et de même date., les autres devenant nuls à la signature de l'un d'eux.
TAXE DE SÛRETÉ – É-U SE .00 C	
SUPPLÉMENT CARBURANT POUR TRANSPORT TERRESTRE IF .00 C	DATE ____ SIGNATURE : Au nom du transporteur, GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD.
CARBURANT À BASSE TENEUR EN SOUFRE S LF .00 C	
TAXE DE SÛRETÉ – COSTA RICA CS .00 C	Directement, ou par l'intermédiaire de l'agent suivant :
DROIT DE QUAI WF .00 C	
SUITE À LA PAGE 2	NOM DE L'AGENT (LE CAS ÉCHÉANT) : 15 DÉCEMBRE 2017 MONTRÉAL (QUÉBEC)
* S'applique uniquement si le lieu de réception ou de livraison diffère du port de chargement ou de déchargement, respectivement.	

CONNAISSEMENT INTERNATIONAL		
GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD. NON NÉGOCIABLE À MOINS D'ÊTRE CONSIGNÉ À ORDRE		
EXPÉDITEUR (NOM ET ADRESSE COMPLETS) ARCSAM DE COSTA RICA S.A. TÉLÉCOPIEUR 506 2481-0851 <u>TICAPRODUCE@HOTMAIL.COM</u> SAN RAMON, CHACHAGUA, EBAIS 800 MTS OESTE	N° DU CONTRAT D'AFFRÈTEMENT 3033164A	N° DU CONNAISSEMENT GWFT3033164A
	N° DE RÉFÉRENCE DU TRANSITAIRE/DE L'EXPÉDITEUR B-KABELMA 02/2240	
	N° TRANSITAIRE/FMC * CELLULAIRE – SAM : 647-400-3855	
	POINT ET PAYS D'ORIGINE CHACHAGUA, COSTA RICA	
DESTINATAIRE (NOM ET ADRESSE COMPLETS) ARC-EN-CIEL PRODUCE INC. 122 THE WEST MALL ETOBICOKE, TORONTO (ONTARIO) CANADA M9C 1B9	INSTRUCTIONS D'EXPORTATION REMISE EXPRESSE	
PARTIE À AVISER (NOM ET ADRESSE COMPLETS) MÊME QUE DESTINATAIRE À L'ATTENTION DE M ^{ME} DEBBIE BOSCO ET DE M. SAM HAK TÉLÉPHONE : 416-236-4949/TÉLÉCOPIEUR : 416-236-4915 CELLULAIRE DEBBIE : 647-228-8237*	NUMÉRO DU CONTRAT DE SERVICES Sc20173855	
TRANSPORT INITIAL PAR (MODE) LIEU DE RÉCEPTION CHACHAGUA, COSTA RICA	PORT DE CHARGEMENT PUERTO LIMON, COSTA RICA	QUAI/TERMINAL DE CHARGEMENT
NAVIRE/VOYAGE LE750A MSC BELLE		

PORT DE DÉCHARGEMENT PUERTO BARRIOS, GUATEMALA		LIEU DE LIVRAISON ETOBICOKE (ONTARIO)	TYPE DE TRANSFERT (SI MIXTE, UTILISER LE CHAMP « DESCRIPTION DES MARCHANDISES ») BOUT EN BOUT	
RÉCÉPISSÉ DU TRANSPORTEUR		PRÉCISIONS FOURNIES PAR L'EXPÉDITEUR – TRANSPORTEUR NON RESPONSABLE		
MARQUES/N ^{OS} DES CONTENEURS	N ^{bre} DE COLIS	DESCRIPTION DES COLIS ET MARCHANDISES	POIDS BRUT	MESURE
VALEUR DÉCLARÉE (\$) (VOIR LA CLAUSE 19 AU VERSO DU PRÉSENT CONNAISSEMENT)			POINT DE CONSIGNE DE LA TEMPÉRATURE +48 °F ÉVENTS : OUVERTURE DE 10 %	

FRET	A reçu du commerçant en bon état apparent (sauf indications contraires) le nombre de colis ou d'unités de fret indiqué sur le récépissé précité du transporteur, afin qu'ils soient transportés au lieu de livraison désigné aux présentes (ou, si aucun lieu n'est désigné, au port de déchargement désigné aux présentes) et livrés au destinataire, détenteur du présent connaissance, ou du transporteur subséquent. Ce transport est assujéti aux modalités énoncées au recto et au verso du présent connaissance, ainsi qu'aux modalités de tout autre document délivré par le transporteur en lien avec la présente livraison (notamment, s'il y a lieu, les tarifs du transporteur); en acceptant le présent connaissance, le commerçant accepte d'être lié par toutes ces conditions.
SUITE – PAGE 2	
SURCHARGE TICA TS .00 C	
PORT PAYÉ TOTAL (USD)	
TOTAL PERÇU (USD) .00	
	Le memorandum de l'expéditeur n'est pas une condition du présent connaissance, mais contient des détails fournis par l'expéditeur qui sont destinés à son usage exclusif (notamment la description, le poids et la mesure des marchandises qui, selon l'expéditeur, sont contenues dans la livraison); le transporteur n'est pas au courant des renseignements figurant dans le memorandum de l'expéditeur et ne formule aucune observation quant à leur exactitude.
	EN FOI DE QUOI, le transporteur a signé ____ connaissances originaux, tous de même teneur et de même date, les autres devenant nuls à la signature de l'un d'eux.
	DATE _____ SIGNATURE : _____
	Au nom du transporteur, GREAT WHITE FLEET LINER SERVICES LTD.
	Directement, ou par l'intermédiaire de l'agent suivant :
	NOM DE L'AGENT (LE CAS ÉCHÉANT) : _____
	15 DÉCEMBRE 2017 MONTRÉAL (QUÉBEC)
* S'applique uniquement si le lieu de réception ou de livraison diffère du port de chargement ou de déchargement, respectivement.	

APPENDIX B

Institution of Proceedings in Canada**Claims not subject to Hamburg Rules**

46 (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

(a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;

(b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or

(c) the contract was made in Canada.

Agreement to designate

(2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.

ANNEXE B

Procédure intentée au Canada**Créances non assujetties aux règles de Hambourg**

46 (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujetti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe :

a) le port de chargement ou de déchargement — prévu au contrat ou effectif — est situé au Canada;

b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;

c) le contrat a été conclu au Canada.

Accord

(2) Malgré le paragraphe (1), les parties à un contrat visé à ce paragraphe peuvent d'un commun accord désigner, postérieurement à la créance née du contrat, le lieu où le réclamant peut intenter une procédure judiciaire ou arbitrale.

T-982-20
2022 FC 1228

T-982-20
2022 CF 1228

Certified Class Action

Todd Sweet (Plaintiff)

v.

Her Majesty the Queen (Defendant)

INDEXED AS: SWEET v. CANADA

Federal Court, Southcott J.—Vancouver, May 11–13; Ottawa, August 25, 2022.

Practice — Class Proceedings — Motion for order certifying action relating to data breaches as class proceeding under Federal Courts Rules, r. 334.16 — Online Government of Canada accounts vulnerable to hackers from June to August 2020 — Plaintiff, proposed class representative, alleged that hackers committed, inter alia, identity theft, Canada Emergency Response Benefit fraud, accessed sensitive and personal information including social insurance numbers — Proposed class defined as “[a]ll persons whose personal or financial information in their Government of Canada Online Account was disclosed to a third party without authorization on or after March 1, 2020” — Plaintiff advanced causes of action against defendant based on torts of systemic negligence, breach of confidence, intrusion upon seclusion — Pled that he, other class members suffered damages including identity theft — Defendant submitted, inter alia, that plaintiff failed to plead any facts to support relationship of proximity necessary to establish prima facie duty of care; that negligence claim cannot succeed because it challenges core policy decision immune from liability; that claim should fail because it seeks to impose duty of care in circumstances that would result in indeterminate liability to indeterminate class — Also submitted that plaintiff did not show that proximity existing between proposed class members, defendant such as would make it just to impose duty of care in circumstances of this case — Whether plaintiff satisfied criteria of r. 334.16 for certification of proceeding — Requirements for certification met — First requirement was that pleadings disclose reasonable cause of action — Plaintiff advancing cause action in systemic negligence — Relevant principles for determining duty of care are those derived from Anns v. Merton London Borough Council as applied in Cooper v. Hobart — First stage of Anns/Cooper test asking whether circumstances disclosing reasonably foreseeable harm, proximity sufficient to establish prima facie duty of care — Reasoning of Supreme Court of British Columbia in Tucci v. Peoples Trust Company

Recours collectif autorisé

Todd Sweet (demandeur)

c.

Sa Majesté la Reine (défenderesse)

RÉPERTORIÉ : SWEET c. CANADA

Cour fédérale, juge Southcott—Vancouver, 11 au 13 mai; Ottawa, 25 août 2022.

Pratique — Recours collectifs — Requête visant l’obtention d’une ordonnance autorisant une action comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des Règles des Cours fédérales — Des comptes en ligne du gouvernement du Canada étaient vulnérables aux pirates informatiques entre juin et août 2020 — Le demandeur, le représentant demandeur proposé, a allégué que les pirates ont pu commettre, entre autres choses, un vol d’identité et une fraude liée à la Prestation canadienne d’urgence, et accéder à des renseignements personnels et de nature délicate, notamment des numéros d’assurance sociale — Le demandeur a sollicité la certification du groupe défini comme [TRADUCTION] « [t]oute personne dont les renseignements personnels ou financiers contenus dans son compte en ligne du Gouvernement du Canada ont été divulgués à un tiers sans autorisation à compter du 1^{er} mars 2020 » — Il a avancé des causes d’action contre la défenderesse fondées sur les délits de négligence systémique, d’abus de confiance et d’intrusion dans l’intimité — Il a plaidé que lui et les autres membres du groupe ont subi des dommages dont le vol d’identité — La défenderesse a soutenu que le demandeur a omis de plaider des faits étayant un lien de proximité nécessaire pour établir une obligation de diligence prima facie; que la demande fondée sur la négligence ne pouvait être accueillie parce qu’elle contestait une décision de politique fondamentale qui est à l’abri de toute responsabilité; et que la demande devait être rejetée parce qu’elle visait à imposer une obligation de diligence dans des circonstances qui entraîneraient une responsabilité indéterminée à l’égard d’un groupe indéterminé — Il s’agissait de déterminer si le demandeur satisfaisait aux critères de la règle 334.16, de sorte que la présente instance devait être autorisée — Les conditions d’autorisation ont été remplies — La première exigence est que les actes de procédure doivent révéler une cause d’action valable — Le demandeur a avancé des causes d’action s’appuyant sur la négligence systémique — Les principes régissant la reconnaissance d’une obligation de diligence dans une affaire donnée alléguant

(Tucci) persuasive — Here, as in Tucci, reasonably foreseeable that proposed class members would suffer categories of harm alleged by plaintiff resulting from data breaches — Plaintiff's pleaded facts sufficiently asserted basis for proximity consistent with that recognized in Tucci — Finding in Tucci sufficient authority for comparable finding in case at hand — Plaintiff argued that requisite proximity arising from relationship between Government entities offering online access to data, individuals availing themselves of that access in expectation that their personal, financial information kept secure — This was reasonably arguable position, such that not plain, obvious that first stage of Anns/Cooper test not met — Second stage of Anns/Cooper test asking whether residual policy considerations which justify denying liability exist — In case at hand, plaintiff emphasized proposing class composed of only those persons who established relationship with Government by registering for online portals that store personal, financial information, giving rise to what plaintiff argued was duty by Government to secure those portals reasonably — Not plain, obvious that plaintiff did not disclose viable cause of action in systemic negligence — Plaintiff's pleading sufficient to perform its role of identifying issues for defendant — Could not be concluded that plaintiff's cause of action in breach of confidence doomed to fail — As to cause of action in intrusion by seclusion, not possible to conclude it was bound to fail — Regarding proposed class, definition thereof intended to be objective rather than merits-based, notwithstanding that result may be over-inclusiveness — Proposed class herein not inappropriate — With respect to requirement for certification, i.e. that there be some basis in fact for claims of class members raising common questions of law or fact, potential differences among class members' claims were not necessarily impediment to certification — Variation in types of accounts, information breached dwarfed by commonality — Decisions in Condon v. Canada (F.C.A.), Canada v. John Doe (F.C.A.), instructive in resolving parties' disagreement on whether evidence demonstrated basis in fact for class members' damages claim — Not plain, obvious that plaintiff failing in asserting claim for categories of damages such as mental stress, anxiety or out-of-pocket expenses related to risk of identity theft — Plaintiff's proposed common questions on aggregate, punitive damages certified — Plaintiff's action meeting goals that animate class proceedings — Judicial economy achieved — Class proceeding preferable procedure for just, efficient resolution of common questions in this matter — Plaintiff falling within class definition — Motion to certify action as class proceeding granted.

la responsabilité d'une autorité publique sont ceux qui sont tirés de l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, ainsi qu'il a été appliqué dans l'arrêt *Cooper c. Hobart* — À la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie* — Le raisonnement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Tucci v. Peoples Trust Company (Tucci)* est convaincant — En l'espèce, comme dans l'arrêt *Tucci*, il était raisonnablement prévisible que les membres du groupe proposé subiraient les catégories de dommages allégués par le demandeur à la suite des atteintes à la protection des données — Les faits allégués dans la déclaration du demandeur ont affirmé de manière suffisante un fondement de proximité conforme à celui reconnu dans la décision *Tucci* — Cette conclusion dans l'arrêt *Tucci* constitue un précédent suffisant pour tirer une conclusion comparable en l'espèce — Le demandeur a soutenu que la proximité requise découle de la relation entre les entités gouvernementales qui ont offert l'accès en ligne aux données et les personnes qui se sont prévaluées de cet accès et ont créé des profils dans l'attente que leurs renseignements personnels et financiers soient protégés — Il s'agissait d'une position raisonnablement défendable, de sorte qu'il n'était ni clair ni évident que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'était pas respectée — À la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité — En l'espèce, le demandeur a souligné qu'il proposait un groupe composé uniquement des personnes qui ont établi une relation avec le gouvernement en s'inscrivant à des portails en ligne qui stockent des renseignements personnels et financiers, donnant lieu à ce qu'il a soutenu être une obligation du gouvernement d'assurer raisonnablement la sécurité de ces portails — On ne pouvait pas conclure qu'il était clair et évident que le demandeur n'a pas divulgué une cause d'action valable fondée sur la négligence systémique — Les actes de procédure du demandeur étaient suffisants pour remplir leur rôle, soit de cerner des questions pour la défenderesse — On ne pouvait pas conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'abus de confiance était vouée à l'échec — On ne pouvait pas non plus conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'intrusion dans l'intimité était vouée à l'échec — En ce qui concerne le groupe proposé, la définition se veut objective plutôt que basée sur le fond, même si cela peut entraîner une portée trop vaste — Le groupe proposé n'était pas inapproprié — Pour ce qui est de l'exigence de certification, c.-à-d. qu'il soit démontré l'existence d'un certain fondement factuel relativement aux demandes des membres du groupe qui soulèvent des points de droit ou de fait communs, les différences possibles entre les demandes des membres du groupe ne constituaient pas nécessairement un obstacle à l'autorisation — La variation des types de comptes et de renseignements qui ont fait l'objet d'une violation est éclipsée par le caractère commun — Les arrêts *Condon c.*

This was a motion seeking an order to certify an action relating to data breaches as a class proceeding under rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*.

The plaintiff is the proposed class representative for the proposed class proceeding. The plaintiff is one of a potential class of thousands of people whose online Government accounts (including Canada Revenue Agency (CRA) accounts (My Account), Service Canada accounts (My Service Canada Account or MSCA), and other online accounts accessed via the Government of Canada Branded Credential Service Key (GCKey)) were vulnerable to hackers from approximately June to August of 2020, due to what the plaintiff alleged were operational failures by the defendant to properly secure the portals providing access to these accounts. The plaintiff alleged that hackers were able to commit identity theft and Canada Emergency Response Benefit fraud, and access sensitive and personal information including social insurance numbers, direct deposit banking information, tax information, dates of birth, records of employment, information regarding employment insurance, and other benefits information. The plaintiff sought certification of a class defined as “[a]ll persons whose personal or financial information in their Government of Canada Online Account was disclosed to a third party without authorization on or after March 1, 2020”. The plaintiff advanced causes of action against the defendant based on the torts of systemic negligence, breach of confidence, and intrusion upon seclusion, as well as invoking the vicarious liability provisions of the *Crown Liability and Proceedings Act*. The plaintiff pled that he and the other class members have suffered damages including identity theft, damage to credit reputation, mental distress, and credit card fraud. The plaintiff’s motion included certifying certain proposed common questions, including whether the defendant owed the class members a duty of care. The defendant took the position that the request for certification should be denied, arguing that none of the requirements for certification were met. The defendant submitted that the plaintiff had failed to plead any facts to support a relationship of proximity necessary to

Canada (C.A.F.) et Canada c. Untel (C.A.F.) étaient instructifs pour ce qui est de résoudre le désaccord des parties quant à la question de savoir si la preuve démontrait un fondement factuel pour la demande en dommages-intérêts des membres du groupe — Il n’était pas clair et évident que le demandeur ne pourrait pas faire valoir une demande pour des catégories de préjudices comme le stress mental et l’anxiété ou les dépenses personnelles liées au risque de vol d’identité — Les points proposés par le demandeur sur la nature des dommages-intérêts globaux et sur les dommages-intérêts punitifs ont été autorisés — L’économie judiciaire a été réalisée — Un recours collectif était le meilleur moyen pour assurer le règlement juste et efficace des points communs en l’espèce — Le demandeur était visé par la définition du groupe — Requête autorisant l’action comme recours collectif accueillie.

Il s’agissait d’une requête visant l’obtention d’une ordonnance autorisant une action comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles).

Le demandeur est le représentant demandeur proposé du groupe pour le recours collectif envisagé. Le demandeur fait partie d’une catégorie potentielle de milliers de personnes dont les comptes en ligne du gouvernement (y compris les comptes de l’Agence du revenu du Canada (ARC) (Mon dossier), les comptes de Service Canada (Mon dossier Service Canada), et les autres comptes en ligne accessibles par l’intermédiaire du Service de justificatifs d’identité portant la marque du gouvernement du Canada (CléGC)) étaient vulnérables aux pirates informatiques entre juin et août 2020 environ, en raison de ce que le demandeur a allégué être des manquements opérationnels de la défenderesse à sécuriser adéquatement les portails donnant accès à ces comptes. Le demandeur a allégué que les pirates ont pu commettre un vol d’identité et une fraude liée à la Prestation canadienne d’urgence, et accéder à des renseignements personnels et de nature délicate, notamment des numéros d’assurance sociale, des renseignements bancaires pour le dépôt direct, des renseignements fiscaux, des dates de naissance, des relevés d’emploi, des renseignements sur l’assurance-emploi et d’autres renseignements sur les prestations. Le demandeur a sollicité la certification du groupe défini comme [TRADUCTION] « [t]oute personne dont les renseignements personnels ou financiers contenus dans son compte en ligne du Gouvernement du Canada ont été divulgués à un tiers sans autorisation à compter du 1^{er} mars 2020 ». Le demandeur a avancé des causes d’action contre la défenderesse fondées sur les délits de négligence systémique, d’abus de confiance et d’intrusion dans l’intimité et invoque les dispositions de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*. Le demandeur a plaidé que lui et les autres membres du groupe ont subi des dommages dont le vol d’identité, l’atteinte à la réputation en matière de crédit, la souffrance morale, et la fraude par carte de crédit. La requête du demandeur comprenait la certification de points communs proposés, dont la question à savoir si la défenderesse était tenue de

establish a *prima facie* duty of care; that the negligence claim cannot succeed because it challenges a core policy decision that is immune from liability; and that the claim should fail because it seeks to impose a duty of care in circumstances that would result in indeterminate liability to an indeterminate class. The defendant relied on *Del Giudice v. Thompson (Del Giudice)*, in support of its position that the harm to the plaintiff and the proposed class members in the case at hand was not reasonably foreseeable. The defendant also submitted that the plaintiff did not show that proximity exists between the proposed class members and the defendant such as would make it just to impose a duty of care in the circumstances of this case.

The main issue was whether the plaintiff satisfied the criteria of rule 334.16, such that this proceeding should be certified.

Held, the motion to certify the action as a class proceeding should be granted.

The requirements for certification were met. The first requirement for certification is that prescribed by paragraph 334.16(1)(a) of the Rules, that the pleadings disclose a reasonable cause of action. The plaintiff advanced a cause of action in systemic negligence. The principles governing whether a duty of care will be recognized in a given case alleging liability of a public authority are those derived from *Anns v. Merton London Borough Council (Anns)*, as applied in *Cooper v. Hobart (Cooper)*. At the first stage of the *Anns/Cooper* test, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. Considering the authorities that analyse foreseeability in the context of a data breach, the reasoning of the Supreme Court of British Columbia in *Tucci v. Peoples Trust Company (Tucci)* is persuasive. In the case at hand, the plaintiff pled that the online Government accounts of the proposed class members contained detailed personal and financial information, including financial records, banking information, and information on income. As in *Tucci*, it was arguably reasonably foreseeable that the proposed class members would suffer the categories of harm alleged by the plaintiff resulting from the data breaches. The pleaded facts in the plaintiff's statement of claim, as identified in the plaintiff's submission, sufficiently asserted a basis for proximity consistent with that recognized in *Tucci*. *Tucci* found that it was not plain and obvious that the first stage of the *Anns/Cooper* test was not met. That finding was sufficient authority for a comparable finding in the case at hand. The plaintiff argued that the requisite proximity arises from the relationship between Government entities who have offered online access to data and individuals who have availed themselves of that access and created profiles in the expectation that their personal and financial information would be kept secure. This was a reasonably arguable position, such that it was not plain and obvious that the first stage of the *Anns/Cooper* test was not met. The second stage of the *Anns/Cooper*

faire preuve de diligence à l'égard du groupe. La défenderesse était d'avis que la requête en autorisation devait être refusée, faisant valoir qu'aucune des exigences d'autorisation n'avait été respectée. La défenderesse a soutenu que le demandeur a omis de plaider des faits étayant un lien de proximité nécessaire pour établir une obligation de diligence *prima facie*; que la demande fondée sur la négligence ne pouvait être accueillie parce qu'elle contestait une décision de politique fondamentale qui est à l'abri de toute responsabilité; et que la demande devait être rejetée parce qu'elle visait à imposer une obligation de diligence dans des circonstances qui entraîneraient une responsabilité indéterminée à l'égard d'un groupe indéterminé.

Il s'agissait de déterminer principalement si le demandeur a satisfait aux critères de la règle 334.16, de sorte que la présente instance devrait être autorisée.

Ordonnance : la requête visant à autoriser la présente action comme recours collectif doit être accueillie.

Les conditions d'autorisation ont été remplies. La première exigence pour obtenir l'autorisation est celle prescrite par l'alinéa 334.16(1)a) des Règles, à savoir que les actes de procédure doivent révéler une cause d'action valable. Le demandeur a avancé des causes d'action s'appuyant sur la négligence systémique. Les principes régissant la reconnaissance d'une obligation de diligence dans une affaire donnée alléguant la responsabilité d'une autorité publique sont ceux qui sont tirés de l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, ainsi qu'il a été appliqué dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*. À la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. Compte tenu des précédents qui analysent la prévisibilité dans le contexte d'une atteinte à la protection des données, le raisonnement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Tucci v. Peoples Trust Company (Tucci)* est convaincant. En l'espèce, le demandeur a fait valoir que les comptes gouvernementaux en ligne des membres du groupe proposé, qui ont été visés par les atteintes à la protection des données, contiennent des renseignements personnels et financiers détaillés, y compris des dossiers financiers, des renseignements bancaires et des renseignements sur le revenu. Comme dans l'arrêt *Tucci*, il était raisonnablement prévisible que les membres du groupe proposé subiraient les catégories de dommages allégués par le demandeur à la suite des atteintes à la protection des données. Les faits allégués dans la déclaration du demandeur, ainsi qu'ils sont énoncés dans l'observation du demandeur, ont affirmé de manière suffisante un fondement de proximité conforme à celui reconnu dans la décision *Tucci*. Il n'était pas clair et évident dans l'arrêt *Tucci* que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'avait pas été respectée. Cette conclusion constituait un précédent suffisant pour tirer une conclusion comparable en l'espèce.

test asks whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. Residual policy considerations include, among other things, the effect of recognizing that duty of care on other legal obligations, its impact on the legal system and, in a less precise but important consideration, the effect of imposing liability on society in general. The indeterminate liability argument was among the strongest of the defendant's submissions in opposing the plaintiff's certification motion in that the duty of care that the plaintiff seeks to impose could potentially apply to any public entity storing personal or confidential information through an online portal. In the case at hand, the plaintiff emphasized that he was proposing a class composed of only those persons who established a relationship with the Government by registering for online portals that store personal and financial information, giving rise to what he argued was a duty by the Government to secure those portals reasonably. The factual matrix available on the pleadings did not allow for an assessment of the breadth of the Government's practice of employing such portals. It could not be concluded that it was plain and obvious that the plaintiff did not disclose a viable cause of action in systemic negligence. To succeed in a claim for breach of confidence, a plaintiff must prove: (a) that the plaintiff conveyed confidential information to the defendant; (b) that the information was conveyed in confidence; and (c) that the defendant then misused the information to the plaintiff's detriment. The plaintiff's pleading was sufficient to perform its role of identifying the issues for the defendant. The plaintiff relied on *Condon v. Canada* (F.C.A.) and *Canada v. John Doe* (F.C.A.), both of which allowed the certification of breach of confidence claims in circumstances where the Government failed to adequately safeguard confidential information. Neither case dealt expressly with the present issue, i.e. whether the requirement of misuse in the tort of breach of confidence can be met in the absence of intention on the part of the alleged tortfeasor. However, the plaintiff's reliance on these authorities was understandable, as both involved the Government failing in some manner to properly safeguard confidential information. Given, *inter alia*, that level of similarity, the fact that certification was granted in both cases, and the fact that they represent decisions of the Federal Court of Appeal, it could not be concluded that the plaintiff's cause of action in breach of confidence was doomed to fail. The plaintiff expressly pleaded recklessness on the part of the defendant in ignoring reports by class members and service providers of unauthorized data breaches of class members' online Government accounts. It had to be assumed that these factual allegations were sufficient to disclose a reasonable cause of action in intrusion by seclusion, if recklessness in failing to prevent a data breach by a third party is legally sufficient to support this tort. That question remained unsettled. It was therefore not possible to conclude that the plaintiff's cause of action in intrusion by seclusion was bound to fail. Paragraph 334.16(1)(b) of the Rules requires the Court to consider whether there is some basis in fact to conclude that there is an identifiable class of two or more persons. It also entails identifying an appropriate definition for the proposed class.

Le demandeur a soutenu que la proximité requise découle de la relation entre les entités gouvernementales qui ont offert l'accès en ligne aux données et les personnes qui se sont prévaluées de cet accès et ont créé des profils dans l'attente que leurs renseignements personnels et financiers soient protégés. Il s'agissait d'une position raisonnablement défendable, de sorte qu'il n'était ni clair ni évident que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'était pas respectée. À la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité. De telles considérations comprennent notamment l'effet qu'aurait la reconnaissance d'une telle obligation de diligence sur d'autres obligations légales, son incidence sur le système juridique et, d'une façon moins précise mais tout aussi importante, l'effet qu'aurait l'imposition d'une responsabilité sur la société en général. L'argument de la responsabilité indéterminée était l'un des arguments les plus solides de la défenderesse pour s'opposer à la requête en autorisation du demandeur en ce sens que l'obligation de diligence que le demandeur cherche à imposer pourrait s'appliquer à toute entité publique qui stocke des renseignements personnels ou confidentiels au moyen d'un portail en ligne. En l'espèce, le demandeur a souligné qu'il proposait un groupe composé uniquement des personnes qui ont établi une relation avec le gouvernement en s'inscrivant à des portails en ligne qui stockent des renseignements personnels et financiers, donnant lieu à ce qu'il a soutenu être une obligation du gouvernement d'assurer raisonnablement la sécurité de ces portails. La trame factuelle disponible dans les actes de procédure ne permettait pas d'évaluer l'ampleur de l'utilisation de tels portails par le gouvernement. On ne pouvait conclure qu'il était clair et évident que le demandeur n'a pas divulgué une cause d'action valable fondée sur la négligence systémique. Pour obtenir gain de cause dans une demande fondée sur l'abus de confiance, le demandeur doit prouver : a) que le demandeur a communiqué des renseignements confidentiels à la défenderesse; b) que les renseignements ont été communiqués à titre confidentiel; et c) que la défenderesse a ensuite utilisé de manière abusive les renseignements au détriment du demandeur. Les actes de procédure du demandeur étaient suffisants pour remplir leur rôle, soit de cerner des questions pour la défenderesse. Le demandeur s'est appuyé sur les arrêts *Condon c. Canada* (C.A.F.) et *Canada c. Untel* (C.A.F.), qui ont tous deux permis l'autorisation de demandes fondées sur l'abus de confiance dans des circonstances où le gouvernement n'avait pas protégé adéquatement les renseignements confidentiels. Aucun de ces arrêts n'a traité expressément de la question en l'espèce, c'est-à-dire de la question de savoir si l'exigence relative à l'utilisation abusive dans le cadre du délit d'abus de confiance peut être satisfaite en l'absence d'intention de la part de l'auteur allégué du délit. Toutefois, on pouvait comprendre que le demandeur ait invoqué ces précédents, car tous deux concernaient le défaut du gouvernement, d'une manière ou d'une autre, de protéger adéquatement les renseignements confidentiels. Compte tenu, entre

The defendant submitted that the proposed class definition was overly broad and would capture persons whose information was disclosed without authorization as a result of a data breach not attributable to any conduct by the defendant. However, this did not make the proposed class definition inappropriate. The definition is intended to be objective rather than merits-based, notwithstanding that this may result in it being over-inclusive. The objective nature of the definition resulted from the class members being able to identify as having been subject to data breaches within the relevant temporal limits. The next requirement, prescribed by paragraph 334.16(1)(c), is that the plaintiff demonstrate some basis in fact for the claims of the class members raising common questions of law or fact, regardless of whether those common questions predominate over questions affecting only individual members. While not all online Government accounts that were accessed in the data breaches would necessarily have contained sensitive information, and while some class members' accounts suffered a higher level of intrusion than others, these potential differences among class members' claims were not necessarily an impediment to certification. The variation in the types of accounts and information that were breached was dwarfed by the commonality, in the sense that all persons whose accounts were breached registered for online accounts, and there was commonality in the alleged flaws that permitted the breaches, including requiring insufficiently robust passwords, misconfiguration of the security question protocol, and a lack of two-factor authentication. The decisions in *Condon FCA* and *John Doe FCA* were instructive in resolving the parties' disagreement on whether the evidence demonstrated a basis in fact for the class members' damages claim. These authorities support a conclusion that, in a breach of privacy case, it is not plain and obvious that a plaintiff will fail in asserting a claim for categories of damages such as mental stress and anxiety or out-of-pocket expenses related to the risk of identity theft. The low threshold represented by some basis in fact was met. The plaintiff's proposed common questions on aggregate and on punitive damages should be certified. The next requirement (paragraph 334.16(1)(d)) is that a class proceeding be the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions. The preferability inquiry is to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice. The plaintiff's action met the goals that animate class proceedings. Access to justice is achieved in circumstances where such access would otherwise likely be unavailable due to the applicable economics. Here, judicial economy was achieved, because there was at least some aspects of the litigation that could be advanced in common and therefore would not require repetition multiple times. A class proceeding was the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions in this matter. The final requirement for certification is that there is a representative plaintiff who meets certain conditions prescribed by paragraph 334.16(1)(e) of the Rules, including that they would fairly and adequately represent the

autres choses, de ce degré de similitude, du fait que l'autorisation a été accordée dans les deux cas, et du fait qu'il s'agit de décisions de la Cour d'appel fédérale, on ne pouvait conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'abus de confiance était vouée à l'échec. Le demandeur a expressément plaidé l'insouciance de la défenderesse faisant fi des rapports des membres du groupe et des fournisseurs de services au sujet d'accès non autorisés aux données des comptes du gouvernement en ligne des membres du groupe. Il devait être présumé que ces allégations factuelles étaient suffisantes pour révéler une cause d'action valable fondée sur l'intrusion dans l'intimité, si l'insouciance dont il a été fait preuve dans le défaut d'empêcher une atteinte à la protection des données par un tiers est juridiquement suffisante pour confirmer ce délit. Cette question n'était toujours pas réglée. Il n'a donc pas été possible de conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'intrusion dans l'intimité était vouée à l'échec. L'alinéa 334.16(1)b) des Règles exige que la Cour examine s'il y a un certain fondement factuel pour conclure qu'il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes. L'exigence de cet alinéa suppose également que le groupe proposé soit adéquatement défini. La défenderesse a soutenu que la définition du groupe proposée était trop large et inclurait les personnes dont les renseignements ont été communiqués sans autorisation en raison d'une atteinte à la protection des données qui n'est pas attribuable à une conduite de la défenderesse. Toutefois, cela ne rendait pas la définition du groupe proposée inappropriée. La définition se veut objective plutôt que basée sur le fond, même si cela peut entraîner une portée trop vaste. La nature objective de la définition découle du fait que les membres du groupe peuvent s'identifier comme ayant fait l'objet d'atteintes à la protection des données dans les limites temporelles pertinentes. La condition suivante, prévue à l'alinéa 334.16(1)c) des Règles, consiste à ce que le demandeur démontre l'existence d'un certain fondement factuel relativement aux demandes des membres du groupe qui soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre. Bien que tous les comptes du gouvernement en ligne qui ont été consultés dans le cadre des atteintes à la protection des données ne contenaient pas nécessairement des renseignements de nature délicate, et bien que les comptes de certains membres du groupe ont subi un niveau d'intrusion plus élevé que d'autres, les différences possibles entre les demandes des membres du groupe ne constituaient pas nécessairement un obstacle à l'autorisation. La variation des types de comptes et de renseignements qui ont fait l'objet d'une violation est éclipsée par le caractère commun, en ce sens que toutes les personnes dont les comptes ont fait l'objet d'une violation sont inscrites à des comptes en ligne, et il y avait des points communs dans les failles alléguées qui ont permis les manquements, y compris l'exigence de mots de passe insuffisamment robustes, une mauvaise configuration du protocole des questions de sécurité et l'absence d'authentification à deux facteurs. Les arrêts *Condon C.A.F.* et *Untel C.A.F.* étaient instructifs pour ce qui est de

interests of the class. There was clearly a basis in fact to conclude that the plaintiff's CRA My Account was accessed without authorization in the summer of 2020 and that he therefore fell within the class definition. Any differences between the plaintiff and other class members would not undermine the plaintiff's ability or motivation to fairly and adequately represent the interests of the class.

résoudre le désaccord des parties quant à la question de savoir si la preuve démontrait un fondement factuel pour la demande en dommages-intérêts des membres du groupe. Ces précédents étaient la conclusion selon laquelle, dans une affaire d'atteinte à la vie privée, il n'est pas clair et évident qu'un demandeur ne pourra pas faire valoir une demande pour des catégories de préjudices comme le stress mental et l'anxiété ou les dépenses personnelles liées au risque de vol d'identité. Le seuil peu élevé représenté par un certain fondement factuel a été atteint. Les points proposés par le demandeur sur la nature des dommages-intérêts globaux et sur les dommages-intérêts punitifs ont été autorisés. L'exigence suivante (alinéa 334.16(1)d)) est qu'un recours collectif doit constituer le meilleur moyen pour assurer le règlement juste et efficace des points communs. L'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice. En l'espèce, l'action du demandeur répondait aux objectifs qui animent les recours collectifs. L'accès à la justice est obtenu dans des circonstances où un tel accès serait autrement probablement impossible en raison des facteurs économiques applicables. L'économie judiciaire a été réalisée, parce qu'il y avait au moins certains aspects du litige qui pouvaient être mis de l'avant en commun et qui, par conséquent, ne nécessiteraient pas de répétitions multiples. Un recours collectif était le meilleur moyen pour assurer le règlement juste et efficace des points communs en l'espèce. La dernière exigence d'autorisation est qu'il y ait un représentant demandeur qui répond à certaines conditions prescrites par l'alinéa 334.16(1)e) des Règles, notamment représenter de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe. Il existait clairement un fondement factuel pour conclure que le compte du demandeur sur le service Mon dossier de l'ARC a été consulté sans autorisation à l'été 2020 et qu'il était donc visé par la définition du groupe. Dans la mesure où il pouvait y avoir des différences entre le demandeur et les autres membres du groupe, de telles différences ne mineraient pas la capacité ou la motivation du demandeur à représenter équitablement et adéquatement les intérêts du groupe.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 81(1), 334.16, 334.17, 334.39, 348.28.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, c. 165.
Ontario Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 24(1)(c).
Privacy Act, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 8(1).

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.B.C. 1996, ch. 165.
Loi de 1992 sur les recours collectifs en Ontario, L.O. 1992, ch. 6, art. 24(1)c).
Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 8(1).
Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 334.16, 334.17, 334.39, 348.28.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Mohan, [1994] 2 S.C.R. 9, 114 D.L.R. (4th) 419; *Angelcare Development Inc. v. Munchkin, Inc.*, 2020 FC 1185; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.); *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Tucci v. Peoples Trust Company*, 2017 BCSC 1525, revd in part 2020 BCCA 246, 451 D.L.R. (4th) 302; *Arsenault v. Canada*, 2008 FC 299, 330 F.T.R. 8; *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3.

DISTINGUISHED:

Condon v. Canada, 2015 FCA 159, 474 N.R. 300, revg 2014 FC 250, 450 F.T.R. 216; *John Doe v. Canada*, 2015 FC 916, revd in part 2016 FCA 191, 486 N.R. 223; *Ari v. Insurance Corporation of British Columbia*, 2015 BCCA 468, 392 D.L.R. (4th) 671.

CONSIDERED:

Hollick v. Toronto (City), 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *McCrea v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 592; *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2020 ONSC 4288 (CanLII), 66 C.C.E.L. (4th) 244, affd 2022 ONCA 115, 160 O.R. (3d) 173; *Cuzzetto v. Business in Motion International Corporation*, 2014 FC 17, 445 F.T.R. 261; *Tippett v. Canada*, 2019 FC 869; *Del Giudice v. Thompson*, 2021 ONSC 5379 (CanLII), 71 E.T.R. (4th) 23; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587; *Obodo v. Trans Union of Canada, Inc.*, 2021 ONSC 7297 (CanLII); *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Nelson (City) v. Marchi*, 2021 SCC 41, 463 D.L.R. (4th) 1; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Kaplan v. Casino Rama Services Inc.*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736; *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241; *Owsianik v. Equifax Canada Co.*, 2021 ONSC 4112 (CanLII), 75 C.C.L.T. (4th) 243; *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545; *Lin v. Airbnb Inc.*, 2019 FC 1563; *Campbell v. Flexwatt Corp.*, 1997 CanLII 4111 (B.C.C.A.); *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Reddock v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONSC 5053 (CanLII), 441 C.R.R. (2d) 1, revd on other grounds 2020 ONCA 184, 149 O.R. (3d) 705; *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2018 FC 814; *MacKinnon v. Pfizer Canada Inc.*, 2022 BCCA 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269, revg in part

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9, 1994 CanLII 80; *Angelcare Development Inc. c. Munchkin, Inc.*, 2020 CF 1185; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.); *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Tucci v. Peoples Trust Company*, 2017 BCSC 1525, inf. en partie par 2020 BCCA 246, 451 D.L.R. (4th) 302; *Arsenault c. Canada*, 2008 CF 299; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Condon c. Canada, 2015 CAF 159, infirmant 2014 CF 250; *M. Untel c. Canada*, 2015 CF 916, inf. en partie par 2016 CAF 191; *Ari v. Insurance Corporation of British Columbia*, 2015 BCCA 468, 392 D.L.R. (4th) 671.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Hollick c. Toronto (Ville), 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *McCrea c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 592; *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2020 ONSC 4288 (CanLII), 66 C.C.E.L. (4th) 244, conf. par 2022 ONCA 115, 160 O.R. (3d) 173; *Cuzzetto c. Business in Motion International Corporation*, 2014 CF 17; *Tippett c. Canada*, 2019 CF 869; *Del Giudice v. Thompson*, 2021 ONSC 5379 (CanLII), 71 E.T.R. (4th) 23; *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587; *Obodo v. Trans Union of Canada, Inc.*, 2021 ONSC 7297 (CanLII); *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Kaplan v. Casino Rama Services Inc.*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736; *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241; *Owsianik v. Equifax Canada Co.*, 2021 ONSC 4112 (CanLII), 75 C.C.L.T. (4th) 243; *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545; *Lin c. Airbnb Inc.*, 2019 CF 1563; *Campbell v. Flexwatt Corp.*, 1997 CanLII 4111 (C.A. C.-B.); *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Reddock v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONSC 5053 (CanLII), 441 C.R.R. (2d) 1, inf. pour d'autres motifs par 2020 ONCA 184, 149 O.R. (3d) 705; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2018 CF 814; *MacKinnon v. Pfizer Canada Inc.*, 2022 BCCA 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269, infirmant en

2021 BCSC 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269; *Williamson v. Johnson & Johnson*, 2020 BCSC 1746.

REFERRED TO:

Kish v. Facebook Canada Ltd., 2021 SKQB 198 (CanLII); *Williams v. Canon Canada Inc.*, 2011 ONSC 6571 (CanLII); *Thorpe v. Honda Canada, Inc.*, 2010 SKQB 39 (CanLII), 352 Sask. R. 78; *Canada v. Greenwood*, 2021 FCA 186, [2021] 4 F.C.R. 635; *Johnson v. Ontario*, 2016 ONSC 5314 (CanLII), 364 C.R.R. (2d) 17; *Halford v. Seed Hawk Inc.*, 2003 FCT 141, 24 C.P.R. (4th) 220, [2003] 4 F.C. D-62; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Jensen v. Samsung Electronics Co. Ltd.*, 2021 FC 1185; *Mancuso v. Canada (National Health and Welfare)*, 2015 FCA 227, 476 N.R. 219; *Tiboni v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2008 CanLII 37911, 295 D.L.R. (4th) 32 (Ont. S.C.J.); *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 488; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Setoguchi v. Uber B.V.*, 2021 ABQB 18 (CanLII), 72 C.C.L.T. (4th) 107; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949; *T.L. v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2006 ABQB 104 (CanLII), 395 A.R. 327; *Canada (Attorney General) v. Jost*, 2020 FCA 212; *Fehr v. Life Assurance Company of Canada*, 2015 ONSC 6931 (CanLII), 56 C.C.L.I. (5th) 15; *Piett v. Global Learning Group Inc.*, 2021 SKQB 232 (CanLII), 2021 D.T.C. 5115.

AUTHORS CITED

Duffy, A. “CRA lockout of account holders to prevent security breach irks many”, *Times Colonist* (17 February 2021)

MOTION for an order certifying an action relating to data breaches as a class proceeding under rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*. Motion to certify action as class proceeding granted.

APPEARANCES

Anthony Leoni and Matthew Burtini for plaintiff.

Sharon Johnston, Stephen Kurelek and Jamie Hansen for defendant.

SOLICITORS OF RECORD

Rice Harbut Elliott LLP, Vancouver, for plaintiff.

Deputy Attorney General of Canada for defendant.

partie 2021 BCSC 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269; *Williamson c. Johnson & Johnson*, 2020 BCSC 1746.

DÉCISIONS MENTIONNÉES :

Kish v. Facebook Canada Ltd., 2021 SKQB 198 (CanLII); *Williams v. Canon Canada Inc.*, 2011 ONSC 6571 (CanLII); *Thorpe v. Honda Canada, Inc.*, 2010 SKQB 39 (CanLII); *Canada c. Greenwood*, 2021 CAF 186, [2021] 4 R.C.F. 635; *Johnson v. Ontario*, 2016 ONSC 5314 (CanLII), 364 C.R.R. (2d) 17; *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2003 CFPI 141, [2003] 4 C.F. F-62; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Jensen c. Samsung Electronics Co. Ltd.*, 2021 CF 1185; *Mancuso c. Canada (Santé nationale et Bien-être social)*, 2015 CAF 227; *Tiboni v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2008 CanLII 37911, 295 D.L.R. (4th) 32 (C. sup. Ont.); *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 488; *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595; *Setoguchi v. Uber B.V.*, 2021 ABQB 18 (CanLII), 72 C.C.L.T. (4th) 107; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *T.L. v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2006 ABQB 104 (CanLII), 395 A.R. 327; *Canada (Procureur général) c. Jost*, 2020 CAF 212; *Fehr v. Life Assurance Company of Canada*, 2015 ONSC 6931 (CanLII), 56 C.C.L.I. (5th) 15; *Piett v. Global Learning Group Inc.*, 2021 SKQB 232 (CanLII), 2021 D.T.C. 5115.

DOCTRINE CITÉE

Duffy, A. « CRA lockout of account holders to prevent security breach irks many », *Times Colonist* (17 février 2021)

REQUÊTE visant l'obtention d'une ordonnance autorisant une action comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*. Requête autorisant l'action comme recours collectif accueillie.

ONT COMPARU :

Anthony Leoni et Matthew Burtin pour le demandeur.

Sharon Johnston, Stephen Kurelek et Jamie Hansen pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Rice Harbut Elliott LLP, Vancouver, pour le demandeur.

Le sous-procureur général du Canada pour la défenderesse.

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

SOUTHCOTT J.:

I. Overview

[1] This decision relates to a motion by the plaintiff dated December 2, 2021, seeking an order certifying this action as a class proceeding under rule 334.16 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) and granting an order under rule 334.17. This action relates to data breaches in which hacker(s) gained access to the personal, financial and other information of what appears to be thousands of Canadians through Government of Canada websites.

[2] As explained in greater detail below, the plaintiff's motion is granted, because I have found that the plaintiff has satisfied the requirements of rule 334.16.

II. Procedural Background

[3] The plaintiff, Todd Sweet, is the proposed class representative for the proposed class proceeding. He is a resident of Clinton, British Columbia. The defendant, Her Majesty the Queen, is named as representative of the Government of Canada (the Government) including the Minister of National Revenue of Canada (the Minister responsible for the Canada Revenue Agency (CRA)) and the Minister of Families, Children, and Social Development (the Minister responsible for Employment and Social Development Canada (ESDC)).

[4] The plaintiff asserts that, on July 2, 2020, he logged in to his CRA online account after receiving emails notifying him that his email address had been removed from his account. He discovered that his direct deposit information had been changed and that, on June 29, 2020, using his account, an unknown and unauthorized individual had made four applications for the Canada Emergency Response Benefit (CERB), a program initiated by the Government to provide financial assistance to qualifying Canadians during the COVID-19 pandemic.

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

LE JUGE SOUTHCOTT :

I. Résumé

[1] La présente décision concerne une requête du demandeur, datée du 2 décembre 2021, visant l'obtention d'une ordonnance autorisant la présente action comme recours collectif en vertu de la règle 334.16 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) et d'une ordonnance en vertu de la règle 334.17. Cette mesure concerne les atteintes à la sécurité des renseignements personnels au cours desquelles des pirates ont eu accès, par l'entremise des sites Web du gouvernement du Canada, à des renseignements personnels, financiers et autres de ce qui semble être des milliers de Canadiens.

[2] Comme il est expliqué de façon détaillée ci-dessous, la requête du demandeur est accueillie parce que j'ai conclu qu'il avait rempli les conditions prévues à la règle 334.16.

II. Contexte procédural

[3] Monsieur Todd Sweet est le représentant demandeur proposé du groupe pour le recours collectif envisagé. Il habite à Clinton, en Colombie-Britannique. La défenderesse, Sa Majesté la Reine, est nommée représentante du Gouvernement du Canada (le Gouvernement), y compris le ministre du Revenu national du Canada (le ministre responsable de l'Agence du revenu du Canada (l'ARC)) et le ministre de la Famille, des Enfants et du Développement social (ministre responsable d'Emploi et Développement social Canada (EDSC)).

[4] Le demandeur affirme que, le 2 juillet 2020, il a ouvert une session dans son compte en ligne de l'ARC après avoir reçu des courriels l'avisant que son adresse courriel avait été retirée de son compte. Il a découvert que ses renseignements sur le dépôt direct avaient été modifiés et que, le 29 juin 2020, une personne inconnue et non autorisée avait présenté, au moyen de son compte, quatre demandes de Prestation canadienne d'urgence (PCU), un programme lancé par le gouvernement pour fournir une aide financière aux Canadiens admissibles pendant la pandémie de COVID-19.

[5] The plaintiff is one of a potential class of what appears to be thousands of people whose online Government accounts (including CRA accounts (styled for users as My Accounts), My Service Canada Accounts for which ESDC is responsible, and other online accounts accessed via the Government of Canada Branded Credential Service Key (GCKey)) were vulnerable to hackers from approximately June to August of 2020, due to what the plaintiff alleges were operational failures by the defendant to properly secure the portals providing access to these accounts. The plaintiff further alleges that, by obtaining unauthorized access to those accounts, hacker(s) were able to commit identity theft and CERB fraud and access sensitive and personal information including, e.g., social insurance numbers (SINs), direct deposit banking information, tax information, dates of birth, records of employment, information regarding employment insurance, and other benefits information.

[6] On August 24, 2020, the law firm Murphy Battista LLP (Murphy Battista) commenced this action in the Federal Court on behalf of proposed class representatives who alleged that their online Government accounts had been accessed by hackers. However, in early April 2021, that firm experienced its own data breach, in which unauthorized parties were able to gain access to the firm's networks. The defendant subsequently brought a motion to stay this action, because the Federal Court lacks the jurisdiction to hear a third party claim that the defendant intended to pursue against the law firm, seeking contribution and indemnity in relation to any liability of the defendant to members of the proposed class who may have had their information compromised in both the Government data breaches and the law firm data breach.

[7] Present plaintiff's counsel, Rice Harbut Elliott LLP (Rice Harbut), subsequently replaced Murphy Battista and, in opposing the defendant's stay motion, prepared pleading amendments intended to narrow the proposed class and the scope of its claim (to exclude persons who

[5] Le demandeur fait partie d'une catégorie potentielle de ce qui semble être des milliers de personnes dont les comptes en ligne du gouvernement (y compris les comptes de l'ARC (appelés « Mon dossier » pour les utilisateurs), Mon dossier Service Canada dont EDSC est responsable, et les autres comptes en ligne accessibles par l'intermédiaire du Service de justificatifs d'identité portant la marque du gouvernement du Canada (CléGC)) étaient vulnérables aux pirates informatiques entre juin et août 2020 environ, en raison de ce que le demandeur allègue être des manquements opérationnels de la défenderesse à sécuriser adéquatement les portails donnant accès à ces comptes. Le demandeur allègue en outre qu'en obtenant un accès non autorisé à ces comptes, le ou les pirates ont pu commettre un vol d'identité et une fraude liée à la PCU et accéder à des renseignements personnels et de nature délicate, notamment des numéros d'assurance sociale (NAS), des renseignements bancaires pour le dépôt direct, des renseignements fiscaux, des dates de naissance, des relevés d'emploi, des renseignements sur l'assurance-emploi et d'autres renseignements sur les prestations.

[6] Le 24 août 2020, le cabinet d'avocats Murphy Battista LLP (Murphy Battista) a intenté la présente action devant la Cour fédérale au nom des représentants demandeurs proposés du groupe, qui ont allégué que des pirates avaient accédé à leurs comptes du gouvernement en ligne. Cependant, au début d'avril 2021, ce cabinet a lui-même été victime d'une atteinte à la protection des données, au cours de laquelle des parties non autorisées ont pu accéder à ses réseaux. La défenderesse a par la suite présenté une requête en sursis la présente action, parce que la Cour fédérale n'a pas compétence pour entendre une demande de mise en cause que la défenderesse avait l'intention de déposer contre le cabinet d'avocats pour obtenir une contribution et une indemnité relativement à toute responsabilité de la défenderesse envers les membres du groupe proposé dont les renseignements pourraient avoir été compromis dans les atteintes à la protection des données du gouvernement et du cabinet d'avocats.

[7] Le cabinet d'avocats qui représente actuellement le demandeur, soit Rice Harbut Elliott LLP (Rice Harbut), a par la suite remplacé Murphy Battista et, s'opposant à la requête en sursis de la défenderesse, a préparé des modifications à l'acte de procédure visant à restreindre

contacted Murphy Battista about this class action) such that the defendant would no longer have a basis to assert its claim for contribution and indemnity. Those amendments culminated with a draft third amended statement of claim (Third SOC), which would also replace the previously proposed class representatives with Mr. Sweet as plaintiff.

[8] This proceeding is being case managed by the undersigned and Associate Justice Ring. By order and reasons dated December 20, 2021, I dismissed the defendant's stay motion and, by order dated January 20, 2022, I approved the filing of the Third SOC and the substitution of Mr. Sweet as the proposed representative plaintiff for the class.

[9] The parties subsequently completed the service and filing of their records for the certification motion, which they argued orally in Vancouver on May 11–13, 2022. The plaintiff's filings culminated with a Reply Memorandum of Fact and Law, which attached a draft fourth further amended statement of claim (Fourth SOC) that the plaintiff seeks leave to file (opposed by the defendant) in the event the amendments therein are necessary to respond to certain of the defendant's arguments. The plaintiff seeks certification of a class defined as follows (with the underlined portion representing the only change from the Third SOC to the Fourth SOC):

All persons whose personal or financial information in their Government of Canada Online Account was disclosed to a third party without authorization on or after March 1, 2020, excluding Excluded Persons.

“Government of Canada Online Account” means:

- a) Canada Revenue Agency account;
- b) My Service Canada account; or
- c) another Government of Canada online account, where that account is accessed using the Government of Canada Branded Credential Service (GCKey).

le groupe proposé et la portée de sa demande (pour exclure les personnes qui ont communiqué avec Murphy Battista au sujet du présent recours collectif) de sorte que la défenderesse n'aurait plus de fondement pour faire valoir sa demande de contribution et d'indemnité. Ces modifications ont abouti à l'ébauche d'une troisième déclaration modifiée (la troisième DM) qui remplacerait par M. Sweet les représentants demandeurs du groupe proposés précédemment.

[8] La présente instance est gérée par le soussigné et la juge adjointe Ring. Par ordonnance et motifs datés du 20 décembre 2021, j'ai rejeté la requête en sursis de la défenderesse et, par ordonnance datée du 20 janvier 2022, j'ai approuvé le dépôt de la troisième DM et la désignation de M. Sweet comme représentant demandeur proposé pour le groupe.

[9] Les parties ont par la suite terminé la signification et le dépôt de leurs dossiers pour la requête en autorisation, qu'elles ont plaidée oralement à Vancouver du 11 au 13 mai 2022. Les dépôts du demandeur ont abouti à un mémoire des faits et du droit en réponse, accompagné d'une ébauche de déclaration modifiée de nouveau (quatrième DM) pour laquelle une autorisation de dépôt est sollicitée par le demandeur (contestée par la défenderesse) dans le cas où les modifications qui y sont apportées seraient nécessaires pour répondre à certains des arguments de la défenderesse. Le demandeur sollicite la certification du groupe défini comme suit (la partie soulignée représentant la seule différence entre la troisième DM et la quatrième DM) :

[TRADUCTION] Toute personne dont les renseignements personnels ou financiers contenus dans son compte en ligne du Gouvernement du Canada ont été divulgués à un tiers sans autorisation à compter du 1^{er} mars 2020, à l'exclusion des personnes exclues.

« Compte en ligne du Gouvernement du Canada » signifie :

- a) compte de l'Agence du revenu du Canada;
- b) Mon dossier Service Canada;
- c) un autre compte en ligne du Gouvernement du Canada, auquel on accède au moyen du Service de justificatifs d'identité portant la marque du gouvernement du Canada (CléGC).

“Excluded Persons” means all persons who contacted Murphy Battista LLP about the CRA privacy breach class action, with Federal Court file number T-982-20 prior to June 24, 2021.

(Collectively “Class” or “Class Members”).

[10] The plaintiff advances causes of action against the defendant based on the torts of systemic negligence, breach of confidence, and intrusion upon seclusion, as well as invoking the vicarious liability provisions of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50. He pleads that he and the other class members have suffered damages including: costs incurred in preventing identity theft; identity theft; increased risk of future identity theft; damage to credit reputation; mental distress and comparable effects; monies withdrawn from their bank accounts without their consent; loans applied for in their names without their consent; credit card fraud; inability to access benefits and payments they were entitled to and other losses resulting therefrom; out-of-pocket expenses; time lost in communication with the CRA, ESDC and other Crown agencies to address the data breaches; and time lost in precautionary communications with third parties such as credit agencies to inform them of the potential that personal and financial information may have been compromised.

[11] The present motion seeks an order certifying this action as a class action and granting an order under rule 334.17 in connection with such certification. This includes certifying the following proposed common questions:

Systemic Negligence

- A. Did the defendant owe the Class a duty of care?
- B. If so, what was the applicable standard of care?

On entend par « personnes exclues » toutes les personnes qui ont communiqué avec Murphy Battista LLP, avant le 24 juin 2021, au sujet du recours collectif contre l’ARC pour atteinte à la vie privée, dont le numéro de dossier de la Cour fédérale est le T-982-20.

(collectivement « groupe » ou « membres du groupe »).

[10] Le demandeur avance des causes d’action contre la défenderesse fondées sur les délits de négligence systémique, d’abus de confiance et d’intrusion dans l’intimité et invoque les dispositions de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 en matière de responsabilité du fait d’autrui. Il plaide que lui et les autres membres du groupe ont subi des dommages, y compris : les coûts engagés pour prévenir le vol d’identité; le vol d’identité; le risque accru de vol d’identité futur; l’atteinte à la réputation en matière de crédit; la souffrance morale et les effets comparables; les sommes retirées de leurs comptes bancaires sans leur consentement; les prêts demandés en leur nom sans leur consentement; la fraude par carte de crédit; l’incapacité d’accéder aux prestations et aux paiements auxquels ils avaient droit et les autres pertes qui en découlent; les dépenses personnelles; le temps perdu dans les communications avec l’ARC, EDSC et d’autres organismes de la Couronne pour régler les atteintes à la protection des données; et le temps perdu dans les communications préventives avec des tiers, comme les organismes de crédit, pour les informer de la possibilité que des renseignements personnels et financiers aient été compromis.

[11] La présente requête vise à obtenir une ordonnance autorisant la présente action comme recours collectif et une ordonnance en vertu de la règle 334.17 relativement à cette ordonnance. Elle comprend la certification des points communs proposés suivants :

Négligence systémique

- A. La défenderesse était-elle tenue de faire preuve de diligence à l’égard du groupe?
- B. Dans l’affirmative, quelle était la norme de diligence applicable?

C. Did the defendant breach the applicable standard of care?

D. Did the defendant's breach of duty cause damage to the Class?

Breach of Confidence

A. Is the defendant liable for the tort of breach of confidence vis-à-vis Class Members?

Intrusion Upon Seclusion

A. Is the defendant liable for the tort of intrusion upon seclusion vis-à-vis Class Members?

Damages

A. Can the Court make an aggregate assessment of all or part of the damages suffered by Class Members and, if so, in what amount?

B. Does the conduct of the defendant merit an award of punitive damages and, if so, in what amount?

[12] The defendant takes the position that the request for certification should be denied, arguing that none of the requirements for certification are met. The defendant has also filed motions, asking that the Court strike an affidavit of one of the plaintiff's factual witnesses (Elizabeth Emery) and strike certain paragraphs of the report of one of the plaintiff's experts (Dr. Douglas Allen) or alternatively ascribe little weight to such evidence. These motions were argued at the commencement of the hearing of the certification motion and are addressed in these reasons.

III. Issues

[13] Based on the parties' written and oral submissions, the issues for the Court's determination are as follows:

C. La défenderesse a-t-elle enfreint la norme de diligence applicable?

D. Le manquement de la défenderesse à son obligation a-t-il causé des préjudices au groupe?

Abus de confiance

A. La défenderesse est-elle responsable du délit d'abus de confiance à l'égard des membres du groupe?

Intrusion dans l'intimité

A. La défenderesse est-elle responsable du délit d'intrusion dans l'intimité à l'égard des membres du groupe?

Dommages

A. La Cour peut-elle procéder à une évaluation globale de tout ou partie des dommages subis par les membres du groupe et, dans l'affirmative, dans quelle mesure?

B. La conduite de la défenderesse justifie-t-elle l'octroi de dommages-intérêts punitifs et, dans l'affirmative, dans quelle mesure?

[12] La défenderesse est d'avis que la requête en autorisation devrait être refusée, faisant valoir qu'aucune des exigences d'autorisation n'est respectée. La défenderesse a également déposé des requêtes demandant à la Cour de radier un affidavit de l'un des témoins de fait du demandeur (Elizabeth Emery) et de radier certains paragraphes du rapport de l'un des experts du demandeur (Douglas Allen) ou, subsidiairement, d'accorder peu de poids à de tels éléments de preuve. Ces requêtes ont été présentées au début de l'audition de la requête en autorisation et sont traitées dans les présents motifs.

III. Questions en litige

[13] D'après les observations écrites et orales des parties, les questions que la Cour doit trancher sont les suivantes :

- A. Should the Court strike certain paragraphs of Dr. Allen's expert report?
- B. Should the Court strike the affidavit of Elizabeth Emery?
- C. Has the plaintiff satisfied the criteria of rule 334.16, such that this proceeding should be certified?

- A. La Cour devrait-elle radier certains paragraphes du rapport d'expert de M. Allen?
- B. La Cour devrait-elle radier l'affidavit d'Elizabeth Emery?
- C. Le demandeur a-t-il satisfait aux critères de la règle 334.16, de sorte que la présente instance devrait être autorisée?

[14] I note that the plaintiff's Memorandum of Fact and Law raised as additional issues whether Rice Harbut should be appointed as class counsel and whether the defendant should be required to disclose to Rice Harbut and the notice provider the names, mailing addresses, and email addresses of all class members, where that information is within the knowledge of the defendant. However, the appointment of Rice Harbut has already been confirmed in my order dated January 20, 2022, and at the hearing of the present motion, the plaintiff's counsel advised that he was advancing no particular submissions on the disclosure issue at this juncture. Counsel proposed that, if the proceeding is certified, this issue can be addressed subsequently through the case management process. This judgment and reasons therefore do not address that issue.

[14] Je remarque que le mémoire des faits et du droit du demandeur soulève des questions supplémentaires, à savoir si le cabinet Rice Harbut devrait être nommé avocat du groupe et si la défenderesse devrait être tenue de divulguer à Rice Harbut et au fournisseur d'avis, lorsqu'elle les connaît, les noms, les adresses postales et les adresses électroniques de tous les membres du groupe. Cependant, la nomination du cabinet Rice Harbut a déjà été confirmée dans mon ordonnance datée du 20 janvier 2022, et, à l'audition de la présente requête, l'avocat du demandeur a indiqué qu'il ne présentait pas d'observations particulières sur la question de la divulgation à ce stade. L'avocat a proposé que, si l'instance est autorisée, cette question puisse être examinée par la suite dans le cadre du processus de gestion de l'instance. Le présent jugement et les motifs ne traitent donc pas de cette question.

IV. Analysis

A. *General Principles*

[15] Before turning to analysis of the issues, it is useful to set out some general principles that apply to the certification of class proceedings. As I understand it, none of these principles are in dispute between the parties. This motion is governed principally by subsections 334.16(1) and (2) [of the Rules], which provide as follows:

Certification

Conditions

334.16 (1) Subject to subsection (3), a judge shall, by order, certify a proceeding as a class proceeding if

IV. Analyse

A. *Principes généraux*

[15] Avant de passer à l'analyse des questions en litige, il est utile d'énoncer certains principes généraux qui s'appliquent à l'autorisation d'une instance comme recours collectif. Si je comprends bien, aucun de ces principes n'est contesté entre les parties. La présente requête est régie principalement par les paragraphes 334.16(1) et (2) des Règles, qui sont ainsi libellés :

Autorisation

Conditions

334.16 (1) Sous réserve du paragraphe (3), le juge autorise une instance comme recours collectif si les conditions suivantes sont réunies :

(a) the pleadings disclose a reasonable cause of action;

(b) there is an identifiable class of two or more persons;

(c) the claims of the class members raise common questions of law or fact, whether or not those common questions predominate over questions affecting only individual members;

(d) a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact; and

(e) there is a representative plaintiff or applicant who

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

(ii) has prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing,

(iii) does not have, on the common questions of law or fact, an interest that is in conflict with the interests of other class members, and

(iv) provides a summary of any agreements respecting fees and disbursements between the representative plaintiff or applicant and the solicitor of record.

Matters to be considered

(2) All relevant matters shall be considered in a determination of whether a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions of law or fact, including whether

(a) the questions of law or fact common to the class members predominate over any questions affecting only individual members;

(b) a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate proceedings;

(c) the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceeding;

a) les actes de procédure révèlent une cause d'action valable;

b) il existe un groupe identifiable formé d'au moins deux personnes;

c) les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre;

d) le recours collectif est le meilleur moyen de régler, de façon juste et efficace, les points de droit ou de fait communs;

e) il existe un représentant demandeur qui :

(i) représenterait de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe,

(ii) a élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement,

(iii) n'a pas de conflit d'intérêts avec d'autres membres du groupe en ce qui concerne les points de droit ou de fait communs,

(iv) communique un sommaire des conventions relatives aux honoraires et débours qui sont intervenues entre lui et l'avocat inscrit au dossier.

Facteurs pris en compte

(2) Pour décider si le recours collectif est le meilleur moyen de régler les points de droit ou de fait communs de façon juste et efficace, tous les facteurs pertinents sont pris en compte, notamment les suivants :

a) la prédominance des points de droit ou de fait communs sur ceux qui ne concernent que certains membres;

b) la proportion de membres du groupe qui ont un intérêt légitime à poursuivre des instances séparées;

c) le fait que le recours collectif porte ou non sur des réclamations qui ont fait ou qui font l'objet d'autres instances;

(d) other means of resolving the claims are less practical or less efficient; and

(e) the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.

[16] As a general statement of the objectives of class action legislation, Chief Justice McLachlin provided the following explanation in *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at paragraph 15:

The Act reflects an increasing recognition of the important advantages that the class action offers as a procedural tool. As I discussed at some length in *Western Canadian Shopping Centres* (at paras. 27-29), class actions provide three important advantages over a multiplicity of individual suits. First, by aggregating similar individual actions, class actions serve judicial economy by avoiding unnecessary duplication in fact-finding and legal analysis. Second, by distributing fixed litigation costs amongst a large number of class members, class actions improve access to justice by making economical the prosecution of claims that any one class member would find too costly to prosecute on his or her own. Third, class actions serve efficiency and justice by ensuring that actual and potential wrongdoers modify their behaviour to take full account of the harm they are causing, or might cause, to the public.

[17] Other than the first requirement of subsection 334.16(1) [of the Rules]—that the pleadings disclosing a reasonable cause of action, the test for which will be explained later in these reasons—the threshold for meeting the requirements for certification is the establishment of “some basis in fact” to support the certification order. The law is clear that the “some basis in fact” threshold does not require that the party seeking certification establish the certification requirements on a balance of probabilities. Indeed, this standard does not require that the Court resolve conflicting facts and evidence at the certification stage. Rather, it reflects the fact that, at the certification stage, the Court is ill-equipped to resolve conflicts in the evidence or to engage in finely calibrated assessments of evidentiary weight (see *Pro-Sys Consultants Ltd.*

d) l’aspect pratique ou l’efficacité moindres des autres moyens de régler les réclamations;

e) les difficultés accrues engendrées par la gestion du recours collectif par rapport à celles associées à la gestion d’autres mesures de redressement.

[16] En guise d’énoncé général concernant les objectifs des dispositions législatives régissant les recours collectifs, la juge en chef McLachlin a fourni, dans l’arrêt *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, au paragraphe 15, l’explication suivante :

La Loi traduit la reconnaissance croissante des avantages importants qu’offre le recours collectif comme instrument de procédure. J’explique en détail dans *Western Canadian Shopping Centres* (par. 27-29) que le recours collectif a trois avantages majeurs sur les poursuites individuelles multiples. Premièrement, par le regroupement d’actions individuelles semblables, le recours collectif permet de faire des économies de ressources judiciaires en évitant la duplication inutile de l’appréciation des faits et de l’analyse du droit. Deuxièmement, en répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les intenter individuellement. Troisièmement, le recours collectif sert l’efficacité et la justice en faisant en sorte que les malfaisants actuels ou éventuels prennent pleinement conscience du préjudice qu’ils infligent ou qu’ils pourraient infliger au public et modifient leur comportement en conséquence.

[17] Mis à part la première exigence du paragraphe 334.16(1) des Règles, à savoir que les actes de procédure doivent révéler une cause d’action valable, dont le critère sera expliqué plus loin dans les présents motifs, le seuil pour satisfaire aux exigences d’autorisation est l’établissement d’un « certain fondement factuel » pour étayer l’ordonnance d’autorisation. Il est clairement établi en droit que la norme relative à l’existence d’un « certain fondement factuel » n’exige pas que la partie qui cherche à obtenir l’autorisation établisse selon la prépondérance des probabilités que les conditions relatives à l’autorisation sont respectées. En effet, cette norme n’exige pas que le tribunal se prononce sur les éléments de fait et les éléments de preuve contradictoires à l’étape de l’autorisation. Elle reflète plutôt le fait que, à l’étape de l’autorisation, la Cour

v. Microsoft Corporation, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477 (*Pro-Sys*), at paragraphs 101–102).

B. Should the Court strike certain paragraphs of Dr. Allen's expert report?

[18] The plaintiff's certification motion record includes a report dated December 11, 2020, by Dr. Douglas Allen, an economist with Delta Economic Group Inc. As identified in his report, Dr. Allen was instructed to address two questions:

- A. What would an economist consider is the scope of costs associated with identity theft?
- B. What methodologies exist to estimate an average cost of this particular identity theft?

[19] The plaintiff relies on Dr. Allen's evidence as relevant to the following proposed common issue that he seeks to certify:

Can the Court make an aggregate assessment of all or part of the damages suffered by Class Members and, if so, in what amount?

[20] In response to Dr. Allen's report, the defendant's motion record includes a report dated July 13, 2021, by Chris Polson and Jake Dwhyte of PricewaterhouseCoopers LLP (the PWC Report). The plaintiff in turn served a reply report by Dr. Allen dated July 22, 2021. The defendant subsequently cross-examined Dr. Allen on both his reports.

[21] The defendant's motion relates to the first of Dr. Allen's reports (the Allen Report) and seeks:

- A. to strike certain paragraphs on the basis that they violate a jurisprudential prohibition, applicable at the certification stage of a proceeding, against introducing evidence quantifying damages; and

n'est pas en mesure de statuer sur les éléments contradictoires de la preuve ni de déterminer sa valeur probante à l'issue d'une analyse nuancée (voir *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477 (*Pro-Sys*), aux paragraphes 101 et 102).

B. La Cour devrait-elle radier certains paragraphes du rapport d'expert de M. Allen?

[18] Le dossier de la requête en autorisation du demandeur comprend un rapport, daté du 11 décembre 2020, de M. Douglas Allen, économiste chez Delta Economic Group Inc. Comme il est indiqué dans son rapport, M. Allen a reçu l'instruction de répondre à deux questions :

- A. Quelle est, selon un économiste, l'ampleur des coûts associés au vol d'identité?
- B. Quelles sont les méthodologies permettant d'estimer le coût moyen de ce vol d'identité en particulier?

[19] Le demandeur s'appuie sur le témoignage de M. Allen en tant qu'élément pertinent relativement au point commun proposé suivant qu'il cherche à faire certifier :

La Cour peut-elle procéder à une évaluation globale de tout ou partie des dommages subis par les membres du groupe et, dans l'affirmative, dans quelle mesure?

[20] En réponse au rapport de M. Allen, le dossier de requête de la défenderesse comprend un rapport, daté du 13 juillet 2021, de Chris Polson et Jake Dwhyte de PricewaterhouseCoopers LLP (le rapport de PWC). Le demandeur a à son tour signifié en réponse un rapport émanant de M. Allen, daté du 22 juillet 2021. La défenderesse a par la suite contre-interrogé M. Allen sur ses deux rapports.

[21] La requête de la défenderesse a trait au premier rapport de M. Allen (le rapport Allen) et vise à obtenir ce qui suit :

- A. la radiation de certains paragraphes au motif qu'ils contreviennent à une interdiction établie dans la jurisprudence de présenter des éléments de preuve quantifiant les dommages-intérêts, cette interdiction étant applicable à l'étape de l'autorisation d'une instance;

B. to strike certain other paragraphs on the basis that they violate a jurisprudential prohibition, applicable at the certification stage of a proceeding, against using a random sampling of actual class members to calculate damages.

[22] Invoking the criteria prescribed by *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, 114 D.L.R. (4th) 419 (*Mohan*) for the admissibility of expert evidence, the defendant argues that these two sets of paragraphs of the Allen Report are inadmissible, because they are both irrelevant and unnecessary to assist the Court in deciding the certification motion.

[23] First, the defendant challenges paragraphs 12a, 14a, 21a (last sentence), 26–28, 31 and 38 of the Allen Report. These paragraphs relate to the first of two methodologies the Allen Report proposes for estimating the average cost of the identify theft that is the subject of this action. That methodology involves using information that is publicly available from a random sampling survey on identity theft. Dr. Allen explains how such information could be employed in that quantification methodology, including arriving at what he refers to as a base or floor estimate of the average cost per person.

[24] The defendant recognizes that the Court can consider at the certification stage whether aggregate damages can be considered a common issue, but it emphasizes that the quantification of damages is not a matter to be considered at this stage. The defendant relies, *inter alia*, on *Pro-Sys*, at paragraphs 113–115, which noted that, during a certification proceeding, a court may contemplate whether loss to the class members can be established on a class-wide basis and that this process may require the use of expert evidence. However, the Supreme Court explained that it is not necessary at the certification stage that the methodology establish the actual loss to the class, only that there is a methodology capable of doing so.

B. la radiation de certains autres paragraphes au motif qu'ils contreviennent à une interdiction établie dans la jurisprudence d'utiliser un échantillonnage au hasard de membres réels du groupe pour calculer les dommages-intérêts, cette interdiction étant applicable à l'étape de l'autorisation d'une instance.

[22] Invoquant les critères prescrits par l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, 1994 CanLII 80 (*Mohan*) pour l'admissibilité de la preuve d'expert, la défenderesse soutient que ces deux ensembles de paragraphes du rapport Allen sont inadmissibles, parce qu'ils sont à la fois non pertinents et inutiles pour aider la Cour à trancher la requête en autorisation.

[23] Premièrement, la défenderesse conteste les paragraphes 12a, 14a, 21a (dernière phrase), 26 à 28, 31 et 38 du rapport Allen. Ces paragraphes ont trait à la première des deux méthodologies proposées dans le rapport Allen pour estimer le coût moyen du vol d'identité qui fait l'objet de la présente action. Cette méthodologie consiste à utiliser l'information accessible au public provenant d'un sondage par échantillonnage au hasard sur le vol d'identité. M. Allen explique comment cette information pourrait être utilisée dans cette méthodologie de quantification, y compris pour arriver à ce qu'il appelle une estimation de base ou seuil du coût moyen par personne.

[24] La défenderesse reconnaît que la Cour peut déterminer à l'étape de l'autorisation si les dommages-intérêts globaux peuvent être considérés comme un point commun, mais elle souligne que la quantification des dommages-intérêts n'est pas une question à examiner à cette étape. La défenderesse s'appuie, entre autres, sur l'arrêt *Pro-Sys*, aux paragraphes 113 à 115, où il est souligné que, lors d'une procédure d'autorisation, un tribunal peut se pencher sur la question de savoir si la perte pour les membres du groupe peut être circonscrite à l'échelle du groupe et que ce processus peut nécessiter le recours à une preuve d'expert. Cependant, la Cour suprême a expliqué qu'il n'est pas nécessaire, à l'étape de l'autorisation, que la méthodologie établisse la perte réelle pour le groupe, seulement qu'il existe une méthodologie permettant de le faire.

[25] Against this jurisprudential backdrop, I do not find the first set of impugned paragraphs of the Allen Report problematic. The plaintiff offers that evidence not for the purpose of quantifying his damages or those of the proposed class members but rather to support his position that there is an available methodology for quantifying the class members' damages on an aggregate basis. This is a purpose expressly contemplated by *Pro-Sys* as relevant to the certification stage of a proceeding. As explained by the Court of Appeal for Ontario in *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346 (*Fulawka*), at paragraph 81 (cited by the Federal Court in *McCrea v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 592 (*McCrea*), at paragraph 351), a plaintiff is required to adduce supporting evidence to demonstrate that there is a workable methodology for determining issues of causation or damages, if proposed, on a class-wide basis.

[26] Next, the defendant argues that paragraphs 14b, 32–36, and 39 of the Allen Report are inadmissible for violating a certification stage prohibition against using a random sampling of actual class members to calculate damages. As previously noted, Dr. Allen proposes two methodologies for calculating damages. The second methodology involves conducting a survey of a random sample of class members. The defendant submits that such a methodology is prohibited by law, because it requires proof by individual class members.

[27] In support of this position, the defendant relies on the decision of the Court of Appeal for Ontario in *Fulawka*, at paragraph 137, which rejected an expert's random sampling methodology because it impermissibly required proof from individual class members in order to arrive at an aggregate damages figure. The Court reasoned that this methodology was antithetical to the requirement in paragraph 24(1)(c) of the *Ontario Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (the Ontario Act), which authorizes a common issues trial judge to assess damages on an aggregate basis where the aggregate amount of the defendant's liability can reasonably be determined without proof by individual class members.

[25] Dans ce contexte jurisprudentiel, je suis d'avis que la première série de paragraphes contestés du rapport Allen n'est pas problématique. Le demandeur présente cette preuve non pas dans le but de quantifier ses dommages-intérêts ou ceux des membres du groupe proposé, mais plutôt pour étayer sa position selon laquelle il existe une méthodologie permettant de quantifier les dommages-intérêts des membres du groupe sur une base globale. Il s'agit d'un objectif expressément envisagé par l'arrêt *Pro-Sys* comme étant utile à l'étape de l'autorisation d'une instance. Comme l'a expliqué la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346 (*Fulawka*), au paragraphe 81, (cité par la Cour fédérale dans la décision *McCrea c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 592 (*McCrea*), au paragraphe 351), le demandeur doit démontrer, par des éléments de preuve, qu'il existe une démarche utilisable pour déterminer les questions de causalité et de dommages, le cas échéant, à l'échelle du groupe.

[26] Ensuite, la défenderesse soutient que les paragraphes 14b, 32 à 36 et 39 du rapport Allen sont inadmissibles pour violation d'une interdiction, à l'étape de l'autorisation, d'utiliser un échantillonnage aléatoire de membres réels du groupe pour calculer les dommages-intérêts. Comme il a été mentionné précédemment, M. Allen propose deux méthodologies de calcul des dommages-intérêts. La deuxième méthodologie consiste à effectuer un sondage par échantillonnage au hasard auprès de membres du groupe. La défenderesse soutient qu'une telle méthodologie est interdite par la loi, parce qu'elle exige une preuve par des membres individuels du groupe.

[27] Pour étayer cette position, la défenderesse invoque la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Fulawka*, au paragraphe 137, qui a rejeté la méthodologie par échantillonnage au hasard d'un expert parce qu'elle exigeait de façon inacceptable une preuve de chaque membre du groupe pour calculer le montant global des dommages-intérêts. La Cour a conclu que cette méthodologie allait à l'encontre de l'exigence énoncée à l'alinéa 24(1)c) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs en Ontario*, L.O. 1992, ch. 6 (la Loi de l'Ontario), qui autorise un juge, en présence de points communs, à évaluer les dommages-intérêts sur une base globale lorsque le montant total de la responsabilité du défendeur peut

[28] In response, the plaintiff identifies other authorities from courts in Ontario and British Columbia that he argues support his position that *Fulawka* is a jurisprudential outlier on the point on which the defendant relies. These authorities include a recent decision of the Ontario Superior Court of Justice in *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2020 ONSC 4288 (CanLII), 66 C.C.E.L. (4th) 244, at paragraphs 20–22, in which Justice Belobaba described the decision on this point in *Fulawka* as an outlier, inconsistent with other jurisprudence of the Court of Appeal for Ontario and the language of the Ontario Act. Justice Belobaba invited the Court of Appeal to revisit this point.

[29] However, in the appeal from Justice Belobaba's decision, the Court of Appeal for Ontario declined this invitation, neither affirming nor departing from *Fulawka* (see *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2022 ONCA 115, 160 O.R. (3d) 173, at paragraphs 89–90). The Court concluded that any ruling on the disputed point would have to wait until the completion of the plaintiff's proposed damages report, when it would be known whether statistical sampling would be used to fill any evidentiary gaps.

[30] While these cases upon which the plaintiff relies may suggest that the law in Ontario on this point is somewhat unsettled, it remains the case that *Fulawka* represents the most recent pronouncement on the law in Ontario by its Court of Appeal. However, I find compelling the plaintiff's argument that *Fulawka* is based on a provision of the Ontario Act that does not appear in the Rules of the Federal Court that apply to the present proceeding. The defendant acknowledges that the Rules do not contain a provision similar to paragraph 24(1)(c) but argues that, in *McCrea*, at paragraph 351, the Federal Court explicitly reviewed and adopted the principles of certification set out in *Fulawka*.

raisonnablement être établi sans que des membres du groupe aient à en faire la preuve individuellement.

[28] En réponse, le demandeur mentionne d'autres décisions de tribunaux de l'Ontario et de la Colombie-Britannique qui, soutient-il, étayaient sa position selon laquelle l'arrêt *Fulawka* est une aberration jurisprudentielle à l'égard du point sur lequel la défenderesse s'appuie. Parmi ces décisions, on compte une décision récente de la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2020 ONSC 4288 (CanLII), 66 C.C.E.L. (4th) 244, aux paragraphes 20 à 22, dans laquelle le juge Belobaba a décrit la décision rendue sur ce point dans l'arrêt *Fulawka* comme étant une aberration, incompatible avec la jurisprudence de la Cour d'appel de l'Ontario et le libellé de la Loi de l'Ontario. Le juge Belobaba a invité la Cour d'appel à revenir sur ce point.

[29] Toutefois, dans l'appel de la décision du juge Belobaba, la Cour d'appel de l'Ontario a refusé cette invitation, n'affirmant ni n'excluant l'arrêt *Fulawka* (voir *Fresco v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2022 ONCA 115, 160 O.R. (3d) 173, aux paragraphes 89 à 90). La Cour a conclu que toute décision sur le point litigieux devra attendre la rédaction du rapport de dommages-intérêts proposé par le demandeur; c'est alors que l'on saura si l'échantillonnage statistique servira à combler les lacunes en matière de preuve.

[30] Bien que la jurisprudence sur laquelle le demandeur s'appuie puisse soutenir que le droit de l'Ontario sur ce point est quelque peu incertain, il demeure que l'arrêt *Fulawka* représente la plus récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario sur le droit. Toutefois, je conclus que l'argument du demandeur selon lequel l'arrêt *Fulawka* est fondé sur une disposition de la Loi sur l'Ontario qui ne figure pas dans les Règles de la Cour fédérale qui s'appliquent à la présente instance est convaincant. La défenderesse reconnaît que les Règles ne contiennent pas de disposition semblable à l'alinéa 24(1)c), mais soutient que, dans la décision *McCrea*, au paragraphe 351, la Cour fédérale a examiné et adopté explicitement les principes d'autorisation énoncés dans l'arrêt *Fulawka*.

[31] In my view, *McCrea* does not assist the defendant, who relies on Justice Kane's summary at paragraphs 350–352 of a list of principles set out at paragraph 81 of *Fulawka* regarding the establishment of a common issue. *McCrea* does not refer to, and I do not read it as necessarily endorsing, the analysis at paragraph 137 of *Fulawka*, based on paragraph 24(1)(c) of the Ontario Act, upon which the defendant's argument relies.

[32] The plaintiff notes that rule 348.28 addresses the Federal Court's authority to make aggregate assessments in class proceedings as follows:

Assessment of monetary relief

334.28 (1) A judge may make any order in respect of the assessment of monetary relief, including aggregate assessments, that is due to the class or subclass.

...

Special modes of proof

(3) For the purposes of this rule, a judge may order any special modes of proof.

[33] I agree with the plaintiff's submission that these provisions do not include the restriction found in paragraph 24(1)(c) of the Ontario Act. Indeed, subsection 334.28(3) expresses in broad terms the Court's authority to order special modes of proof in connection with an aggregate assessment.

[34] The plaintiff also notes that, in *Cuzzetto v. Business in Motion International Corporation*, 2014 FC 17, 445 F.T.R. 261 (*Cuzzetto*), at paragraphs 102–103, Justice Rennie (then of the Federal Court) cited rule 334.28 and stated that aggregate damages awards are available even if identifying class members who would be entitled to an award would be impractical or would require a case-by-case analysis. This statement appears inconsistent with the principle from *Fulawka* upon which the defendant relies. Moreover, Justice Rennie explained in *Cuzzetto* that some guidance as to the appropriate amount of an aggregate award could be derived from an analysis which

[31] À mon avis, la décision *McCrea* n'aide pas la défenderesse, qui s'appuie sur le résumé de la juge Kane aux paragraphes 350 à 352 d'une liste de principes énoncés au paragraphe 81 de l'arrêt *Fulawka* concernant l'établissement d'un point commun. La décision *McCrea* ne fait pas référence à l'analyse figurant au paragraphe 137 de l'arrêt *Fulawka*, fondée sur l'alinéa 24(1)c) de la Loi de l'Ontario, sur laquelle repose l'argument de la défenderesse, et je ne l'interprète pas nécessairement comme un appui de cette analyse.

[32] Le demandeur fait remarquer que la règle 348.28 traite du pouvoir de la Cour fédérale d'effectuer des évaluations globales dans des recours collectifs.

Évaluation d'une réparation

334.28 (1) Le juge peut rendre toute ordonnance relativement à l'évaluation d'une réparation pécuniaire, y compris une évaluation globale, qui est due au groupe ou au sous-groupe.

[...]

Modes de preuve spéciaux

(3) Pour l'application de la présente règle, le juge peut ordonner le recours à des modes de preuve spéciaux.

[33] Je souscris à l'observation du demandeur selon laquelle ces dispositions ne comprennent pas la restriction énoncée à l'alinéa 24(1)c) de la Loi de l'Ontario. En effet, le paragraphe 334.28(3) des Règles exprime en termes généraux le pouvoir de la Cour d'ordonner des modes de preuve spéciaux relativement à une évaluation globale.

[34] Le demandeur fait également remarquer que, dans la décision *Cuzzetto c. Business in Motion International Corporation*, 2014 CF 17 (*Cuzzetto*), aux paragraphes 102 à 103, le juge Rennie (alors juge à la Cour fédérale) a cité la règle 334.28 et a déclaré qu'il est possible d'octroyer des dommages-intérêts globaux même si l'identification des membres du groupe admissibles à en recevoir était peu pratique et nécessiterait une analyse au cas par cas. Cette déclaration semble incompatible avec le principe énoncé dans l'arrêt *Fulawka* sur lequel la défenderesse s'appuie. De plus, le juge Rennie a expliqué dans la décision *Cuzzetto* qu'une certaine orientation quant au montant

included data provided by class members in response to a survey conducted by counsel (at paragraphs 99, 100 and 106).

[35] The defendant also advances an argument that the prohibition against random sampling described in *Fulawka* should apply to this proposed class proceeding, because there is no commonality among the proposed class members in relation to any damages to which they might be entitled as a result of the data breaches. Therefore, says the defendant, a methodology employing a random sampling of the losses of actual class members would not assist the Court in accurately calculating aggregate damages.

[36] In my view, this argument does not speak to the admissibility of Dr. Allen's evidence. It is available to the defendant to take the position on the main certification motion that the test for identification of common issues, including the application of that test to the proposed aggregate damages issue in particular, is not met. However, I do not see how this argument supports a conclusion that the impugned paragraphs of the Allen Report are inadmissible pursuant to a prohibition that is absent from the Rules.

[37] In relation to both sets of impugned paragraphs, I find that the evidence in the Allen Report is relevant to the Court's task of determining whether to certify the proposed common issue surrounding aggregate damages. I also accept the plaintiff's submissions that economic models for assessing the cost of identity theft are beyond the ordinary understanding of a Court. I therefore consider the impugned evidence to satisfy both the relevance and necessity criteria of *Mohan*.

[38] The defendant notes that Dr. Allen acknowledged in cross-examination that his report is based on certain assumptions, including that all losses suffered by the proposed class members resulted from the data breaches at issue, that the harm suffered was common throughout

adéquat d'une indemnité globale pourrait être tirée d'une analyse comprenant des données fournies par les membres du groupe en réponse à un sondage mené par un avocat (aux paragraphes 99, 100 et 106).

[35] La défenderesse fait également valoir que l'interdiction de procéder par échantillonnage au hasard exposée dans l'arrêt *Fulawka* devrait s'appliquer au présent recours collectif envisagé parce qu'il n'y a pas de points communs entre les membres du groupe proposé relativement aux dommages-intérêts auxquels ils pourraient avoir droit à la suite des atteintes à la protection des données. La défenderesse affirme que, par conséquent, une méthodologie utilisant un échantillonnage au hasard pour déterminer les pertes réelles des membres du groupe n'aiderait pas la Cour à calculer avec exactitude le montant total des dommages-intérêts.

[36] À mon avis, cet argument n'a rien à voir avec l'admissibilité du témoignage de M. Allen. Il est loisible à la défenderesse de faire valoir que, à l'égard de la requête principale en autorisation, le critère de détermination des points communs, y compris l'application de ce critère à la question des dommages-intérêts globaux proposés, en particulier, n'est pas respecté. Cependant, je ne vois pas en quoi cet argument corrobore une conclusion selon laquelle les paragraphes contestés du rapport Allen sont irrecevables en vertu d'une interdiction qui n'est pas prévue dans les Règles.

[37] En ce qui concerne les deux séries de paragraphes contestés, je conclus que la preuve contenue dans le rapport Allen est utile à la Cour pour déterminer s'il faut autoriser le point commun proposé concernant les dommages-intérêts globaux. J'accepte également les observations du demandeur selon lesquelles les modèles économiques d'évaluation du coût du vol d'identité dépassent la compréhension ordinaire d'un tribunal. Par conséquent, j'estime que la preuve contestée satisfait aux critères de pertinence et de nécessité de l'arrêt *Mohan*.

[38] La défenderesse fait remarquer que M. Allen a reconnu en contre-interrogatoire que son rapport est fondé sur certaines hypothèses, notamment que toutes les pertes subies par les membres du groupe proposé découlaient des atteintes à la protection des données en cause,

the class, that the Court has already found that the defendant had a common duty to the class, and that the Court has ruled in the plaintiff's favour concerning causation and the applicable standard of care. The defendant argues that such assumptions are prejudicial, because they depend on a finding of liability not yet made. The defendant also submits that it is prejudicial for the Allen Report to be presenting a quantification figure.

[39] I find no merit to these arguments. It is not uncommon for an expert to make assumptions about the resolution of factual or legal issues upon which the expert is not personally opining. Obviously, if the assumptions turn out to be inaccurate, that may undermine the value of the opinion on the issue on which the expert is opining or indeed may eliminate that issue. However, I disagree with the defendant's position that the fact the assumptions underlying the opinion are favourable to one party serves to prejudice the other party and thereby render the opinion inadmissible. The Court is capable of recognizing assumptions for what they are.

[40] Similarly, the fact that the Allen Report arrives at a floor or base quantification figure in demonstrating one of its proposed methodologies does not detract from the Court's ability to consider the methodological evidence, as distinct from its possible result, for the purpose that is relevant to the certification motion.

[41] I find the impugned paragraphs of the Allen Report admissible in the certification motion. The defendant also relies on the evidence in the PWC Report in support of an argument that, if the impugned paragraphs are admitted, the Allen Report should be afforded little weight. I will return to that argument later in these reasons, when analysing whether the plaintiff has satisfied the criteria of rule 334.16 such that this proceeding should be certified.

que le préjudice subi était courant dans l'ensemble du groupe, que la Cour a déjà conclu que la défenderesse avait une obligation commune envers le groupe et que la Cour a tranché en faveur du demandeur en ce qui concerne la causalité et la norme de diligence applicable. La défenderesse soutient que de telles hypothèses sont préjudiciables, parce qu'elles dépendent d'une conclusion de responsabilité qui n'a pas encore été tirée. La défenderesse soutient également qu'il est préjudiciable que le rapport Allen présente un chiffre de quantification.

[39] J'estime que ces arguments ne sont pas fondés. Il n'est pas rare qu'un expert formule des hypothèses au sujet de la résolution de questions factuelles ou juridiques sur lesquelles il ne se prononce pas personnellement. Évidemment, si les hypothèses s'avèrent inexactes, cela peut miner la valeur de l'opinion à l'égard de la question sur laquelle l'expert se prononce, voire éliminer cette question. Cependant, je ne souscris pas à la position de la défenderesse selon laquelle le caractère favorable, pour une partie, des hypothèses qui sous-tendent l'opinion vient nuire à l'autre partie et rend donc l'opinion irrecevable. La Cour est capable de reconnaître les hypothèses pour ce qu'elles sont.

[40] De même, le fait que le rapport Allen arrive à un chiffre de quantification de base ou seuil en démontrant l'une des méthodologies proposées n'empêche pas la Cour d'examiner la preuve méthodologique séparément de son résultat possible, pour les besoins de la requête en autorisation.

[41] Je conclus que les paragraphes contestés du rapport Allen sont admissibles en ce qui concerne la requête en autorisation. La défenderesse s'appuie également sur la preuve contenue dans le rapport de PWC pour corroborer un argument selon lequel, si les paragraphes contestés sont admis, le rapport Allen devrait avoir peu de poids. Je reviendrai sur cet argument plus loin dans les présents motifs, lorsque j'analyserai la question de savoir si le demandeur a satisfait aux critères de la règle 334.16, faisant en sorte que la présente instance devrait être autorisée.

C. Should the Court strike the affidavit of Elizabeth Emery?

[42] The defendant seeks to strike the second affidavit of Elizabeth Emery, affirmed on July 23, 2021 (the Second Emery Affidavit), contained in the plaintiff's reply motion record for certification on the basis that it fails to identify the source of the affiant's information and belief, is irrelevant to the certification criteria, contains unreliable opinion evidence, and constitutes improper reply.

[43] To place the Second Emery Affidavit in context, it is useful to explain briefly the evidentiary record before the Court in the certification motion. In its original motion record, the plaintiff filed a number of affidavits from proposed class members (or those who would have been members of the proposed class before the change in the proposed definition explained above), a first affidavit from Ms. Emery (then an articulated clerk and now a lawyer at Murphy Battista, the law firm representing the previous plaintiffs in this matter), and two expert reports (including the Allen Report referenced earlier in these reasons). The defendant's response includes affidavits from various government officials and expert reports of PricewaterhouseCoopers LLP (including the PWC Report referenced earlier in these reasons). The plaintiff's reply evidence contains additional affidavits including the Second Emery Affidavit.

[44] The Second Emery Affidavit appends various newspaper articles reporting on the wait times for the CRA helpline, the precautionary suspension of My Accounts by CRA in February and March of 2021, and the impact of CERB fraud on taxpayers' income tax. Ms. Emery also appends a news release indicating that the Taxpayers' Ombudsperson will conduct a review of the communications CRA provided to taxpayers when it locked users out of their My Accounts in February 2021, as well as a statement from CRA regarding its decision to lock users' My Accounts to prevent unauthorized access.

C. La Cour devrait-elle radier l'affidavit d'Elizabeth Emery?

[42] La défenderesse cherche à faire radier le deuxième affidavit d'Elizabeth Emery, souscrit le 23 juillet 2021 (le deuxième affidavit Emery), contenu dans le dossier en réponse du demandeur, au motif qu'il n'identifie pas la source des renseignements et des croyances de l'auteur de l'affidavit, ne s'applique pas aux critères d'autorisation, contient un témoignage d'opinion qui n'est pas fiable, et constitue une réponse inappropriée.

[43] Pour mettre en contexte le deuxième affidavit Emery, il est utile d'expliquer brièvement le dossier de preuve présenté à la Cour dans le cadre de la requête en autorisation. Dans son dossier de requête initial, le demandeur a déposé des affidavits émanant de membres du groupe proposé (ou de personnes qui auraient été membres du groupe proposé avant la modification de la définition proposée expliquée précédemment), un premier affidavit de M^{me} Emery (alors stagiaire et maintenant avocate chez Murphy Battista, le cabinet d'avocats représentant les demandeurs précédents dans la présente affaire), et deux rapports d'experts (y compris le rapport Allen mentionné précédemment dans les présents motifs). La réponse de la défenderesse comprend des affidavits émanant de divers fonctionnaires et des rapports d'experts de PricewaterhouseCoopers LLP (y compris le rapport de PWC mentionné précédemment dans les présents motifs). La contre-preuve du demandeur contient des affidavits supplémentaires, y compris le deuxième affidavit Emery.

[44] Le deuxième affidavit Emery contient en annexe divers articles de journaux faisant état des temps d'attente sur la ligne d'assistance de l'ARC, de la suspension préventive de comptes du service Mon dossier par l'ARC en février et en mars 2021, et de l'incidence qu'a eu la fraude liée à la PCU sur l'impôt sur le revenu des contribuables. M^{me} Emery joint également un communiqué indiquant que l'ombudsman des contribuables effectuera un examen des communications que l'ARC a fournies aux contribuables lorsqu'elle a bloqué l'accès des utilisateurs à leurs comptes du service de Mon dossier en février 2021, ainsi qu'une déclaration de l'ARC concernant sa décision de bloquer l'accès des utilisateurs à Mon dossier pour empêcher tout accès non autorisé.

[45] Ms. Emery states that her affidavit is affirmed in reply to the defendant's responding motion record and specifically the PWC Report (which, as previously explained, responds to the Allen Report's opinion on methodologies for quantifying damages) and the affidavits of two government officials, Brian Rae and Mahmoud Gad.

[46] Mr. Rae is the Director, Digital Operations Division, in the Digital Services Directorate, Assessment, Benefit and Service Branch of CRA. His affidavit, affirmed June 8, 2021 (the Rae Affidavit), explains the CRA My Accounts; different ways to register for and log in to My Accounts; links between CRA and ESDC; My Accounts' security measures during the summer 2020 data breaches; CRA's disabling of online access and notification letters to affected individuals; CRA's timeframes for sending notification letters and follow-up letters; CRA's security check letters; its disabling of online access to My Accounts in February 2021; and the revocation of individual credentials in March 2021.

[47] Mr. Gad is a Senior Technical Advisor in the Information Technology Branch of CRA. In his affidavit affirmed June 30, 2021 (the Gad Affidavit), he addresses CRA's multi-layered security approach to the defence of its networks, systems, and portal applications against infiltration by hostile actors; login methods for CRA portal services; actions taken by CRA in response to the data breaches (also described as cyber security incidents); details regarding the credential stuffing attack (explained later in these reasons as the type of cyber security incidents involved in this matter); the impact of the cyber security incidents; the CRA information technology security analysis of whether individual affiant accounts were affected by the cyber security incidents; and the payment of CERB to individuals who qualified but did not receive it as a result of actions of bad actors. (I note that, in their evidence and submissions, the parties use the terms "hacker", "bad actor" and "threat actor" relatively interchangeably to refer to the person or persons who perpetrated the relevant data breaches.)

[45] M^{me} Emery déclare que son affidavit est souscrit en réplique au dossier en réponse de la défenderesse et, plus précisément, au rapport de PWC (qui, comme il a été expliqué précédemment, répond à l'opinion contenue dans le rapport Allen sur les méthodologies de quantification des dommages-intérêts) et aux affidavits de deux fonctionnaires, Brian Rae et Mahmoud Gad.

[46] M. Rae est directeur, Division des opérations numériques, à la Direction des services numériques, Direction générale de cotisation, de prestation et de service de l'ARC. Son affidavit, souscrit le 8 juin 2021 (l'affidavit Rae), explique les comptes du service Mon dossier de l'ARC; les différentes façons de s'inscrire à Mon dossier et d'ouvrir une session; les liens entre l'ARC et ESDC; les mesures de sécurité du service Mon dossier pendant les atteintes à la sécurité des données de l'été 2020; la désactivation par l'ARC de l'accès en ligne et l'envoi de lettres d'avis aux personnes touchées; les délais d'envoi des lettres d'avis et des lettres de suivi; les lettres de vérification de la sécurité de l'ARC; la désactivation de l'accès en ligne à au service Mon dossier en février 2021; et la révocation des justificatifs d'identité individuels en mars 2021.

[47] M. Gad est conseiller technique principal à la Direction générale de l'informatique de l'ARC. Dans son affidavit du 30 juin 2021 (l'affidavit Gad), il traite des sujets suivants : la sécurité multiniveau utilisée par l'ARC pour la protection de ses réseaux, de ses systèmes et de son portail contre l'infiltration par des personnes hostiles; les méthodes d'ouverture de session pour les services sur le portail de l'ARC; les mesures prises par l'ARC en réponse aux atteintes à la sécurité des données (également décrites comme des incidents de cybersécurité); les détails concernant l'attaque par bourrage de justificatifs (expliquée plus loin dans les présents motifs comme le type d'incidents de cybersécurité en cause dans la présente affaire); l'incidence des incidents de cybersécurité; l'analyse de la sécurité informatique à l'ARC pour déterminer si les comptes des déposants ont été touchés par les incidents de cybersécurité; et le paiement de la PCU aux personnes qui y ont droit, mais qui ne l'ont pas reçu, à la suite des actions commises par des personnes mal intentionnées. (Je remarque que, dans leur témoignage et leurs observations, les parties utilisent les termes « pirate », « personne mal intentionnée » et « auteur de menaces »

[48] In challenging the admissibility of the Second Emery Affidavit, the defendant first argues that it consists entirely of hearsay evidence that is outside Ms. Emery's personal knowledge and is therefore inadmissible because it offends the requirements of subsection 81(1) [of the Rules] by failing to identify the deponent's source of information and belief. Ms. Emery states in her affidavit that she has personal knowledge of the facts and matters deposed to therein. She also states that, where facts are not within her personal knowledge, she has stated the source of the information and believes that information to be true. However, the defendant argues that these boilerplate statements do not satisfy subsection 81(1), which requires an explanation of the basis for a deponent's belief sufficient to demonstrate the reliability thereof (see, e.g., *Kish v. Facebook Canada Ltd.*, 2021 SKQB 198 (CanLII), at paragraph 17; *Williams v. Canon Canada Inc.*, 2011 ONSC 6571 (CanLII), at paragraph 102; *Thorpe v. Honda Canada, Inc.*, 2010 SKQB 39 (CanLII), 352 Sask. R. 78, at paragraph 27).

[49] The plaintiff's counsel admits that the boilerplate statements in the Second Emery Affidavit are inelegant but argue that this does not affect the admissibility of the evidence, because it is not being relied upon for a hearsay purpose, i.e., to establish the truth of its contents. Therefore, subsection 81(1) does not apply. The plaintiff relies on authority that, on a certification motion where the moving party need only establish that there is some basis in fact for the certification criteria, evidence can be admitted, even though it would not be admissible for the truth of its contents, in order to support, along with other evidence, that there is some basis in fact for those criteria (see, e.g., *Canada v. Greenwood*, 2021 FCA 186, [2021] 4 F.C.R. 635, at paragraph 96; *Johnson v. Ontario*, 2016 ONSC 5314 (CanLII), 364 C.R.R. (2d) 17 (*Johnson*), at paragraphs 54–67). As I summarized the conclusions in *Johnson* in *Tippett v. Canada*, 2019 FC 869 (*Tippett*), at paragraph 24:

de façon relativement interchangeable pour désigner la ou les personnes qui ont commis les atteintes à la protection des données en cause.)

[48] En contestant l'admissibilité du deuxième affidavit Emery, la défenderesse soutient d'abord qu'il s'agit entièrement d'une preuve par ouï-dire qui ne relève pas de la connaissance personnelle de M^{me} Emery, et que cet affidavit est donc inadmissible parce qu'il contrevient aux exigences du paragraphe 81(1) des Règles, du fait qu'il n'identifie pas la source d'information ni ce que croit la déposante. M^{me} Emery déclare dans son affidavit qu'elle a une connaissance personnelle des faits et des éléments qui y sont présentés. Elle affirme également que, lorsque les faits n'étaient pas à sa connaissance, elle a déclaré la source de l'information et croit que cette information est véridique. Cependant, la défenderesse soutient que ces déclarations passe-partout ne satisfont pas au paragraphe 81(1) des Règles, qui exige une explication du fondement de la croyance d'un déposant qui soit suffisante pour en démontrer la fiabilité (voir, p. ex. *Kish v. Facebook Canada Ltd.*, 2021 SKQB 198 (CanLII), au paragraphe 17; *Williams v. Canon Canada Inc.*, 2011 ONSC 6571 (CanLII), au paragraphe 102; *Thorpe v. Honda Canada, Inc.*, 2010 SKQB 39 (CanLII), 352 Sask. R. 78, au paragraphe 27).

[49] L'avocat du demandeur admet que les déclarations passe-partout du deuxième affidavit Emery sont inélégantes, mais soutient que cela n'a pas d'incidence sur l'admissibilité de la preuve, parce qu'elle n'est pas invoquée à des fins de ouï-dire, c'est-à-dire pour établir la véracité de son contenu. Par conséquent, le paragraphe 81(1) des Règles ne s'applique pas. Le demandeur invoque une jurisprudence selon laquelle, dans le cadre d'une requête en autorisation où la partie requérante n'a qu'à établir qu'il existe un certain fondement factuel relatif aux critères d'autorisation, des éléments de preuve peuvent être admis, même s'ils ne seraient pas admissibles pour la véracité de leur contenu, afin d'étayer, avec d'autres éléments de preuve, l'existence d'un certain fondement factuel relatif à ces critères (voir, p. ex., *Canada c. Greenwood*, 2021 CAF 186, [2021] 4 R.C.F. 635, au paragraphe 96; *Johnson v. Ontario*, 2016 ONSC 5314 (CanLII), 364 C.R.R. (2d) 17 (*Johnson*), aux paragraphes 54 à 67). Comme j'ai résumé les conclusions dans la décision *Johnson* dans *Tippett c. Canada*, 2019 CF 869 (*Tippett*), au paragraphe 24 :

The Plaintiff relies on the decision in *Johnson v Ontario*, 2016 ONSC 5314 at paras 54-67, which explained that, while a certification motion is not to be treated as an “evidentiary free for all,” the procedural nature and purpose of the motion must be kept in mind. The Court held that, while the evidence contained in inquest material and newspaper articles, as well as an ombudsman report referenced therein, was not admissible for the truth of its contents, it could be considered and assessed, along with the frailties it may contain, to determine whether the moving party has met the onus of establishing some basis in fact for the certification requirements.

[50] Relying on these principles, I do not find the Second Emery Affidavit inadmissible based on the defendant’s hearsay arguments. For the same reasons, I reject the defendant’s arguments that the evidence is inadmissible because it includes unreliable opinions. To the extent the news articles attached as exhibits to the Second Emery Affidavit include statements of opinions, they are not at this stage of the proceeding being introduced for the truth of their contents, and their reliability is not presently at issue.

[51] The defendant also submits that the Second Emery Affidavit should be struck because it is irrelevant to the issues in the certification motion and is not proper reply evidence. The defendant asserts this argument first in relation to the evidence in the Second Emery Affidavit said to be offered in reply to paragraphs 66 to 71 of the Rae Affidavit, in which Mr. Rae explains that CRA disabled online accounts in February 2021 and revoked potentially compromised credentials in March 2021. The defendant notes Mr. Rae’s evidence that these measures related to accounts that were not compromised in the 2020 breaches. The defendant therefore submits that the articles attached to the Second Emery Affidavit, reporting on taxpayers’ reactions to these measures, are unrelated to the allegations in this proceeding. The plaintiff responds that the defendant cannot be certain that the risks to which CRA was responding in 2021 were unrelated to the 2020 breaches. I accept this submission, as the disputed articles include a *Times Colonist* report on

Le demandeur s’est appuyé sur les précisions apportées aux paragraphes 54 à 67 de la décision rendue dans l’affaire *Johnson c Ontario*, 2016 ONSC 5314. On y expliquait qu’une requête en autorisation ne devait pas être considérée comme un [TRADUCTION] « fourre-tout d’éléments de preuve », et qu’il fallait tenir compte de la nature procédurale et de l’objet de la requête. La Cour supérieure de justice de l’Ontario a statué que, même si les éléments de preuve contenus dans les documents de l’enquête et des articles de journaux, ainsi qu’un rapport de l’ombudsman qui y était cité, n’étaient pas admissibles pour établir la véracité de leur contenu, ils pourraient être examinés et évalués, avec leurs éventuelles faiblesses, en vue de déterminer si le requérant s’était acquitté du fardeau d’établir un certain fondement factuel au regard des conditions d’autorisation.

[50] En m’appuyant sur ces principes, je ne conclus pas que le deuxième affidavit Emery est irrecevable en raison des arguments de la défenderesse quant au ouï-dire. Pour les mêmes raisons, je rejette les arguments de la défenderesse selon lesquels la preuve est irrecevable parce qu’elle comprend des opinions qui ne sont pas fiables. Dans la mesure où les articles de presse joints en tant que pièces au deuxième affidavit Emery comprennent des opinions, ils ne sont pas, à cette étape de l’instance, présentés pour la véracité de leur contenu, et leur fiabilité n’est pas en cause pour le moment.

[51] La défenderesse soutient également que le deuxième affidavit Emery devrait être radié parce qu’il n’a rien à voir avec les questions en litige dans la requête en autorisation et qu’il ne constitue pas une contre-preuve appropriée. La défenderesse fait valoir cet argument d’abord en ce qui concerne la preuve contenue dans le deuxième affidavit Emery, qui a été présenté en réplique aux paragraphes 66 à 71 de l’affidavit Rae, dans lequel M. Rae explique que l’ARC a désactivé des comptes en ligne en février 2021 et a révoqué des justificatifs d’identité potentiellement compromis en mars 2021. La défenderesse souligne que dans la preuve de M. Rae, ces mesures se rapportaient à des comptes qui n’avaient pas été compromis lors des atteintes à la sécurité de 2020. La défenderesse soutient donc que les articles joints au deuxième affidavit Emery, faisant état des réactions des contribuables à ces mesures, ne sont pas liés aux allégations dans la présente instance. Le demandeur répond que la défenderesse ne peut pas être certaine que les risques auxquels l’ARC a

the concerns of a taxpayer, reacting to being locked out of his account in February 2021, after having also been affected by CRA's data breach in August 2020.

[52] As to whether this evidence, related to taxpayers' reactions to the measures taken by CRA in February and March 2021, is proper reply, I am guided by the explanation in *Angelcare Development Inc. v. Munchkin, Inc.*, 2020 FC 1185, at paragraph 10 (quoting from *Halford v. Seed Hawk Inc.*, 2003 FCT 141, 24 C.P.R. (4th) 220, [2003] 4 F.C. D-62):

From the principle against case splitting, Justice Pelletier in *Halford* draws a general rule on the scope of reply evidence, stating at paragraph 14 that:

14. ... evidence which simply confirms or repeats evidence given in chief is not to be allowed as reply evidence. It must add something new. But since the plaintiff is not allowed to split its case, that something new must be evidence which was not part of its case in chief. That can only leave evidence relating to matters arising in defence which were not raised in the plaintiff's case in chief. ... [Emphasis added by Roy J. in *Angelcare*.]

[53] The defendant's materials responding to the certification motion describe the February and March 2021 measures as demonstrating proactive steps taken by CRA to contain and eradicate the cyber security incident. This evidence therefore relates to a matter arising in defence, and it is appropriate for the plaintiff to reply with evidence on what he would characterize as adverse effects of those measures and potentially linking those measures to the 2020 data breaches. I therefore find that the paragraphs of the Second Emery Affidavit and related exhibits, offered in reply to paragraphs 66 to 71 of the Rae Affidavit, are admissible.

répondu en 2021 n'étaient pas liés aux atteintes à la sécurité de 2020. J'accepte cette thèse, car les articles contestés comprennent un rapport du *Times Colonist* sur les préoccupations d'un contribuable qui réagit au blocage de l'accès à son compte en février 2021, après avoir également été touché par l'atteinte à la protection des données de l'ARC en août 2020.

[52] Quant à la question de savoir si cette preuve, liée aux réactions des contribuables aux mesures prises par l'ARC en février et en mars 2021, constitue une contre-preuve appropriée, je suis guidé par l'explication donnée dans la décision *Angelcare Development Inc. c. Munchkin, Inc.*, 2020 CF 1185, au paragraphe 10 (citant *Halford c. Seed Hawk Inc.*, 2003 CFPI 141, [2003] 4 C.F. F-62) :

S'inspirant du principe interdisant le fractionnement de la preuve, le juge Pelletier énonce, dans la décision *Halford*, une règle générale au sujet de la portée de la contre-preuve, indiquant, au paragraphe 14, ce qui suit :

14. [...] [L]es éléments de preuve qui ne font que confirmer ou reprendre des éléments de preuve qui ont déjà été présentés à titre de preuve principale ne sont pas admissibles à titre de contre-preuve. Ils doivent comporter de nouveaux éléments. Mais comme le demandeur n'a pas le droit de scinder sa preuve, ces nouveaux éléments doivent être des éléments de preuve qui ne faisaient pas partie de la preuve principale. Il ne reste donc plus que les éléments de preuve se rapportant à des aspects invoqués en défense que le demandeur n'avait pas soulevés dans sa preuve principale. ... [Souligné par le juge Roy dans la décision *Angelcare*.]

[53] Les documents de la défenderesse répondant à la requête en autorisation décrivent les mesures prises en février et mars 2021 comme démontrant les efforts proactifs déployés par l'ARC pour contenir et éradiquer l'incident de cybersécurité. Cette preuve se rapporte donc à une question soulevée par la défense, et il convient que le demandeur réplique avec des éléments de preuve sur ce qu'il qualifierait d'effets négatifs de ces mesures et qu'il établisse un lien possible entre ces mesures et les atteintes à la protection des données de 2020. Je conclus donc que les paragraphes du deuxième affidavit Emery et les pièces connexes, présentés en réplique aux paragraphes 66 à 71 de l'affidavit Rae, sont admissibles.

[54] However, I have reached the opposite conclusion on the evidence offered in reply to paragraphs 47 and 48 of the Rae Affidavit. In those paragraphs, Mr. Rae explains how CRA provided notification to some of the My Account holders affected by the 2020 data breaches, including security protocols to be employed when they contacted the CRA call centre in response to such notification. The Second Emery Affidavit references (at paragraph 2) and attaches (at Exhibits B and C) articles on lengthy wait times and resulting frustration experienced by callers. However, the defendant points out that several of the proposed class member affiants provided evidence on their own similar experiences. The new evidence relates to a matter that was raised in the plaintiff's evidence in its case in chief, and it is not appropriate to introduce more evidence on the same matter in reply. My order will therefore strike paragraph 2 of the Second Emery Affidavit and the related Exhibits B and C.

[55] Finally, the Second Emery Affidavit seeks to introduce news articles about CERB fraud experienced by taxpayers who were affected by the data breach, including adverse tax consequences resulting from CERB payments being attributed to them as income. Ms. Emery says that this evidence is offered in reply to section 2.4 of the PWC Report and paragraphs 8 and 26 of the Gad Affidavit.

[56] I am satisfied that this new evidence is appropriate reply to paragraph 26 of the Gad Affidavit, which asserts that CRA has made whole and is continuing to make whole those who did not receive COVID-related benefits because payments had been made to bad actors through their accounts. While the defendant points out that the proposed class member affiants provided evidence of concern about the effects upon them of CERB-related fraud, I read the new evidence as intended to cast doubt upon the defendant's subsequent evidence to the effect that those affected were being made whole.

[54] Cependant, j'en suis arrivé à la conclusion contraire quant à la preuve présentée en réplique aux paragraphes 47 et 48 de l'affidavit Rae. Dans ces paragraphes, M. Rae explique comment l'ARC a avisé certains des titulaires de comptes du service Mon dossier touchés par les atteintes à la protection des données de 2020, notamment les protocoles de sécurité utilisés au moment de communiquer avec le centre d'appels de l'ARC en réponse à cet avis. Le deuxième affidavit Emery renvoie (au paragraphe 2) à des articles (jointes comme pièces B et C dudit affidavit) sur les longs temps d'attente pour les appelants et la frustration qui en découle. Toutefois, la défenderesse fait remarquer que plusieurs des membres du groupe proposé ayant présenté un affidavit ont fourni des éléments de preuve sur leurs propres expériences semblables. Les nouveaux éléments de preuve se rapportent à une question qui a été soulevée dans le témoignage du demandeur, dans sa preuve principale; il n'est pas logique de présenter une contre-preuve sur la même question. Mon ordonnance visera donc la radiation du paragraphe 2 du deuxième affidavit Emery et les pièces B et C qui s'y rapportent.

[55] Enfin, le deuxième affidavit Emery vise à présenter des articles de presse sur la fraude liée à la PCU qu'ont subie les contribuables touchés par l'atteinte à la protection des données, y compris les conséquences fiscales défavorables découlant du fait que les paiements de la PCU leur sont attribués à titre de revenu. M^{me} Emery affirme qu'il s'agit là d'une contre-preuve à la section 2.4 du rapport de PWC et aux paragraphes 8 et 26 de l'affidavit Gad.

[56] Je suis convaincu que ces nouveaux éléments constituent une contre-preuve appropriée au paragraphe 26 de l'affidavit Gad, qui affirme que l'ARC a remis en ordre et continue de remettre en ordre le dossier des personnes qui n'ont pas reçu de prestations liées à la COVID-19 parce que les paiements ont été faits à des malfaiteurs par l'intermédiaire de leurs comptes. Bien que la défenderesse souligne que les membres du groupe proposé ayant présenté un affidavit ont fourni des éléments de preuve préoccupants au sujet des effets que la fraude liée à la PCU a eus sur eux, j'ai interprété les nouveaux éléments de preuve comme visant à semer le doute sur les éléments de preuve subséquents de la défenderesse selon lesquels le dossier des personnes touchées a été réglé.

[57] To the extent the defendant advances arguments in support of a position that, if the Second Emery Affidavit is admitted it should be afforded little weight, such arguments would be best addressed, if necessary, when analysing whether the plaintiff has satisfied the criteria of rule 334.16 such that this proceeding should be certified.

D. Has the plaintiff satisfied the criteria of rule 334.16, such that this proceeding should be certified?

(1) Factual Background

(a) *CRA's My Accounts*

[58] Before turning to the individual requirements for certification, it is helpful to canvass in more detail the factual background to the plaintiff's action. As explained earlier in these reasons, the effect of the "some basis in fact" threshold is that the Court is not required on a certification motion to weigh the evidence and make findings of fact. However, much of the factual background to this action appears to be undisputed. Indeed, both parties rely significantly on the evidence of the defendant's affidants, including expert evidence, in explaining the nature of the online Government accounts, and the breaches thereof, underlying his action. The following summary is derived from the parties' explanations of the background in their respective memoranda of fact and law. I will identify any factual components of this summary that I understand to be in dispute.

[59] As previously noted, CRA maintains an online portal, styled as My Account, that allows individual Canadian taxpayers to access CRA's services online and manage their tax affairs. Taxpayers can register for, and subsequently access, My Account, in three different ways: (a) through CRA's own Credential Management System (CMS); (b) through a sign-in partner such as using a bankcard; or (c) through a BC Services Card. As will be explained in more detail below, only the first of these methods, using CRA's CMS, was affected by the data breaches that are the

[57] Dans la mesure où la défenderesse présente des arguments pour étayer la thèse selon laquelle, si le deuxième affidavit Emery est admis, il faudrait lui accorder peu de poids, de tels arguments seraient mieux examinés, au besoin, à l'examen de la question de savoir si le demandeur a satisfait aux critères de la règle 334.16, de sorte que la présente instance devrait être autorisée.

D. Le demandeur a-t-il satisfait aux critères de la règle 334.16, de sorte que la présente instance devrait être autorisée?

1) Contexte factuel

a) *Service Mon dossier de l'ARC*

[58] Avant de passer aux exigences individuelles de l'autorisation, il est utile d'examiner plus en détail le contexte factuel de l'action du demandeur. Comme je l'ai expliqué plus tôt dans les présents motifs, le seuil de l'autorisation d'un recours collectif selon la norme fondée sur l'existence d'un « certain fondement factuel » fait en sorte que la Cour n'est pas tenue, dans le cadre d'une requête en autorisation, de soupeser la preuve et de tirer des conclusions de fait. Toutefois, une bonne partie des faits entourant la présente action ne semblent pas contestés. En effet, les deux parties s'appuient largement sur la preuve des déposants de la défenderesse, y compris la preuve d'expert, pour expliquer la nature des comptes en ligne du gouvernement, et les atteintes à ces comptes, qui sous-tendent son action. Le résumé qui suit est tiré des explications du contexte fournies par les parties dans leurs mémoires des faits et du droit respectifs. Je vais isoler les éléments factuels de ce résumé qui, à mon avis, sont contestés.

[59] Comme il a été mentionné précédemment, l'ARC dispose d'un portail en ligne, appelé Mon dossier, qui permet aux contribuables canadiens d'accéder aux services en ligne de l'ARC et de gérer leurs affaires fiscales. Les contribuables peuvent s'inscrire à Mon dossier et y accéder par la suite de trois façons différentes : a) par l'entremise du système de gestion des justificatifs d'identité (SGJI) de l'ARC; b) par l'entremise d'un partenaire de connexion, comme une banque; c) par l'entremise de BC Services Card. Comme je l'expliquerai plus en détail

subject of this action. Registering for My Account using CRA's CMS involves an individual taxpayer creating a CRA user ID and password, as well as selecting five security questions and creating answers to those questions, following which CRA provides the taxpayer with a security code to be used to complete the registration process.

[60] When accessing My Account, the individual must enter the user ID and password and answer one of the security questions, which is randomly generated from among the five questions the individual selected during registration. The taxpayer can then view detailed tax information, including the status of tax returns, notices of assessment and reassessment, RRSP deduction limits, TFSA contribution room, and tax information slips, as well as personal information including addresses, telephone numbers, direct deposit banking information, marital status, and children in the taxpayer's care. The taxpayer can also apply for CERB and other benefits through My Account.

(b) *GCKey and ESDC's My Service Canada Accounts*

[61] Somewhat similarly, ESDC also maintains an online portal, styled as My Service Canada Accounts (MSCA), which individuals can use to access several ESDC programs, including Employment Insurance (EI), Canada Pension Plan (CPP) and Old Age Security (OAS) programs. Users can register for and subsequently access their MSCA through three methods: (a) using a GCKey credential; (b) using a sign-in partner; or (c) using a provincial digital identification in Alberta or British Columbia. Only the first of these methods, using GCKey, was affected by the data breaches that are the subject of this action.

ci-dessous, seule la première de ces méthodes, à savoir le SGJI de l'ARC, a été touchée par les atteintes à la protection des données qui font l'objet de la présente action. L'inscription à Mon dossier au moyen du SGJI de l'ARC suppose la création par un contribuable d'un code d'utilisateur et d'un mot de passe de l'ARC, ainsi que la sélection de cinq questions de sécurité et la création de réponses à ces questions. L'ARC fournit ensuite au contribuable un code de sécurité à utiliser pour terminer le processus d'inscription.

[60] Au moment d'accéder à Mon compte, la personne doit entrer le code d'utilisateur et le mot de passe et répondre à l'une des questions de sécurité, qui sont générées au hasard parmi les cinq questions que la personne a sélectionnées pendant l'inscription. Le contribuable peut ensuite consulter des renseignements fiscaux détaillés, y compris l'état des déclarations de revenus, les avis de cotisation et de nouvelle cotisation, les plafonds de cotisation au REER, les droits de cotisation au CELI et les feuillets de renseignements fiscaux, ainsi que des renseignements personnels, y compris les adresses, les numéros de téléphone, les renseignements bancaires pour le dépôt direct, l'état matrimonial et les enfants dont le contribuable a la garde. Le contribuable peut également demander la PCU et d'autres prestations à partir de Mon dossier.

b) *CléGC et Mon dossier Service Canada d'EDSC*

[61] Un peu de la même façon, EDSC tient également un portail en ligne, appelé Mon dossier Service Canada (MDSC), que les personnes peuvent utiliser pour accéder à plusieurs programmes d'EDSC, y compris les programmes de l'assurance-emploi (AE), du Régime de pensions du Canada (RPC) et de la Sécurité de la vieillesse (SV). Les utilisateurs peuvent s'inscrire à MDSC et y accéder par la suite de trois façons : a) en utilisant la CléGC comme justificatif; b) en utilisant un partenaire de connexion; c) en utilisant une pièce d'identité numérique provinciale en Alberta ou en Colombie-Britannique. Seule la première de ces méthodes, à savoir l'utilisation de la CléGC, a été touchée par les atteintes à la protection des données qui font l'objet de la présente action.

[62] GCKey is a credential management service provided to the Government by a third party vendor named 2Keys Corporation (2Keys) and is intended to provide a single method of online access to many Government online services (Enabled Services). GCKey assists over 30 Government departments, including ESDC; Parks Canada; Immigration, Refugees and Citizenship Canada; Natural Resources Canada; and the Royal Canadian Mounted Police, in controlling access to over 100 Enabled Services. CRA does not use GCKey.

[63] To register for GCKey, a user chooses a username and password and requests a personal access code, which is used to complete the registration process. Subsequently, users can access GCKey through the username and password, described in the defendant's Memorandum of Fact and Law as "single factor authentication". Unlike with CRA's My Accounts, there is no second step of answering a security question in order to access GCKey or to use GCKey to access MSCA. However, individual Government departments can implement additional security controls based on their specific Enabled Services.

[64] Once a user accesses MSCA through GCKey, the user can view tax information including tax slips, records of employment, information regarding EI applications, CPP, OAS, and other personal information including mailing addresses, telephone numbers, direct deposit banking information, names, SINS, and dates of birth. Significant to some of the data breaches underlying this action, at times material to the action a user accessing MSCA could also view and access all personal information contained in the user's CRA My Account, through an e-linking service between MSCA and My Account, without having to re-authenticate. In other words, a CRA My Account could be accessed using GCKey via MSCA, without having to answer the security question that would be required to access My Account directly.

[62] La CléGC est un service de gestion de l'authentification et des justificatifs d'identité fourni au gouvernement par un fournisseur tiers nommé 2Keys Corporation (2Keys) et vise à fournir une méthode unique d'accès en ligne à de nombreux services en ligne du gouvernement (services adaptés). La CléGC aide plus de 30 ministères, dont ESDC; Parcs Canada; Immigration, Réfugiés et Citoyenneté Canada; Ressources naturelles Canada; et la Gendarmerie royale du Canada, à contrôler l'accès à plus de 100 services adaptés. L'ARC n'utilise pas la CléGC.

[63] Pour s'inscrire à la CléGC, un utilisateur choisit un nom d'utilisateur et un mot de passe et demande un code d'accès personnel, qui est utilisé pour terminer le processus d'inscription. Par la suite, les utilisateurs peuvent accéder à la CléGC au moyen du nom d'utilisateur et du mot de passe, exposés dans le mémoire des faits et du droit de la défenderesse comme une méthode d'« authentification à facteur unique ». Contrairement au service Mon dossier de l'ARC, il n'y a pas de deuxième étape pour répondre à une question de sécurité afin d'accéder à la CléGC ou d'utiliser la CléGC pour accéder à MDSC. Toutefois, chaque ministère peut mettre en œuvre des contrôles de sécurité supplémentaires en fonction de ses services adaptés particuliers.

[64] Lorsqu'un utilisateur accède à MDSC par l'intermédiaire de la CléGC, il peut consulter les renseignements fiscaux, y compris les relevés d'impôt, les relevés d'emploi, les renseignements concernant les demandes d'assurance-emploi, le RPC, la SV et d'autres renseignements personnels, y compris les adresses postales, les numéros de téléphone, les renseignements bancaires pour le dépôt direct, les noms, les NAS et les dates de naissance. Fait important dans le cas de certaines des atteintes à la protection des données sous-jacentes à la présente action, à certains moments pertinents de l'action, un utilisateur accédant à MDSC pouvait aussi consulter et accéder à tous les renseignements personnels contenus dans son compte sur Mon dossier de l'ARC, au moyen d'un service de lien électronique entre MDSC et Mon dossier, sans avoir à s'identifier de nouveau. Autrement dit, il était possible d'accéder à Mon dossier de l'ARC au moyen de la CléGC par l'intermédiaire de MDSC, sans avoir à répondre à la question de sécurité qui serait nécessaire pour accéder directement à Mon dossier de l'ARC.

[65] Like CRA's My Account, ESDC's MSCA represented a means by which users could apply for the CERB.

(c) *The Data Breaches*

[66] In the summer of 2020, GCKey and CRA's My Account were the subject of what the cybersecurity industry describes as a "credential stuffing attack" by a threat actor, predominantly targeting CRA and ESDC as a means of fraudulently applying for COVID relief benefits (CERB and the Canada Emergency Student Benefit (CESB)) that had been introduced by the Government in the spring of 2020). Credential stuffing is a form of cyber attack that relies on the use of stolen credentials (username and password) from one system to attack another system and gain unauthorized access to an account. This type of attack relies on the reuse of the same username and password combinations by people over several services. Threat actors sell lists of credentials on the Dark Web. Credential stuffing usually refers to the attempt to gain access to many accounts through a web portal using an automated bot system rather than manually entering the credentials. On dates in July 2020, CRA's My Account experienced large numbers of failed logins, which have since been identified as a precursor to, or otherwise part of, a credential stuffing attack against that service.

[67] A threat actor attempting to access a particular My Account through credential stuffing would typically have encountered the requirement to successfully answer one of the five security questions selected by the user. However, during the attack that occurred in the summer of 2020, the threat actor(s) were able to bypass the security questions, and access My Account, because of a misconfiguration in CRA's credential management software. CRA learned of this method to bypass the security questions on August 6, 2020, when it received a tip from a law enforcement partner that such a method was being sold on the Dark Web. Among other steps taken to respond to the data breach, CRA subsequently identified

[65] À l'instar de Mon dossier de l'ARC, MDSC d'EDSC représentait un moyen par lequel les utilisateurs pouvaient présenter une demande de PCU.

c) *Les atteintes à la protection des données*

[66] Au cours de l'été 2020, la CléGC et Mon dossier de l'ARC ont fait l'objet de ce que l'industrie de la cybersécurité décrit comme une « attaque par bourrage de justificatifs » par un auteur de menaces, qui ciblait principalement l'ARC et EDSC comme intermédiaire pour présenter une demande frauduleuse de prestations d'aide liée à la COVID-19 (la PCU et la Prestation canadienne d'urgence pour les étudiants (PCUE)) que le gouvernement a instaurées au printemps 2020. Le bourrage de justificatifs est une forme de cyberattaque qui repose sur l'utilisation d'identifiants volés (nom d'utilisateur et mot de passe) d'un système pour attaquer un autre système et obtenir un accès non autorisé à un compte. Ce type d'attaque repose sur la réutilisation des mêmes combinaisons de nom d'utilisateur et de mot de passe par des personnes sur plusieurs services. Les auteurs de menaces vendent des listes de justificatifs d'identité sur le Web invisible. Le bourrage de justificatifs désigne habituellement la tentative d'accéder à de nombreux comptes par un portail Web au moyen d'un système de robots automatisés plutôt que par la saisie manuelle des justificatifs. À certaines dates en juillet 2020, le service Mon dossier de l'ARC a connu un grand nombre d'échecs de connexion, qui ont depuis été identifiés comme des incidents précurseurs d'une attaque par bourrage de justificatifs d'identité contre ce service, ou qui en font partie.

[67] Un auteur de menaces qui tente d'accéder à un compte en particulier en remplissant des justificatifs d'identité doit habituellement répondre à l'une des cinq questions de sécurité sélectionnées par l'utilisateur. Toutefois, lors de l'attaque survenue à l'été 2020, le ou les auteurs de menaces ont pu contourner les questions de sécurité et accéder à Mon dossier en raison d'une erreur de configuration du logiciel de gestion des justificatifs d'identité de l'ARC. C'est le 6 août 2020 que l'ARC a pris connaissance de cette méthode permettant de contourner les questions de sécurité, lorsqu'elle a reçu une information d'un partenaire d'application de la loi lui indiquant qu'une telle méthode était vendue sur le Web invisible. Parmi les autres mesures

the relevant misconfiguration in its software, which it remedied on or about August 10, 2020.

[68] In the meantime, at least 48 110 My Accounts were impacted by the unauthorized use of credentials, meaning that the threat actor was able to enter a valid CRA user ID and password. Of those 48 110 My Accounts, 21 860 involved no progress by the threat actor beyond entering the ID and password, such that the threat actor did not access the accounts. This is potentially understood as a stage of the attack in which the threat actor was ensuring that the credentials worked. The threat actor(s) actually logged in to 26 250 My Accounts. In 13 550 of the My Accounts, although the security question bypass was used, the threat actor only viewed the homepage, meaning that some personal information was accessed, but no application was submitted for CERB. In 12 700 of the My Accounts, the threat actor changed the relevant taxpayer's direct deposit banking information and fraudulently applied for CERB.

[69] The defendant's expert evidence explains that post-incident analysis revealed that the credential stuffing attack against CRA's CMS system occurred between July 27 and August 10, 2020. I understand that, at least at this stage of the proceeding, the plaintiff does not necessarily accept these temporal limits on the duration of the attack.

[70] CRA initially treated as potentially compromised any My Account where a valid set of credentials was used, even if the account was not actually accessed, and sent notification letters to the account holders, including offering enhanced protection services for a period at no cost.

[71] Turning to the attack on GCKey, the evidence is that on June 18, 2020, and on various dates in July 2020, it experienced large numbers of failed logins, which

prises pour répondre à l'atteinte à la protection des données, l'ARC a par la suite repéré l'erreur de configuration pertinente dans son logiciel, qu'elle a corrigée le ou vers le 10 août 2020.

[68] Entre-temps, au moins 48 110 comptes Mon dossier ont été touchés par l'utilisation non autorisée de justificatifs d'identité, ce qui signifie que l'auteur de menaces a été en mesure d'entrer un code d'utilisateur et un mot de passe de l'ARC valides. De ces 48 110 comptes, 21 860 ne présentait aucun progrès de la part de l'auteur de menaces, si ce n'est la saisie de l'ID et du mot de passe, de sorte que l'auteur de menaces n'a pas accédé aux comptes. Il s'agit potentiellement d'une étape de l'attaque au cours de laquelle l'auteur de menaces s'assurait que les justificatifs d'identité fonctionnaient. Le ou les auteurs de menaces ont en fait ouvert une session dans 26 250 comptes Mon dossier. Dans 13 550 comptes Mon dossier, bien que le contournement de la question de sécurité ait été utilisé, l'auteur de menaces n'a consulté que la page d'accueil, ce qui signifie que certains renseignements personnels ont été consultés, mais qu'aucune demande de PCU n'a été soumise. Dans 12 700 comptes Mon dossier, l'auteur de menaces a modifié les renseignements bancaires du dépôt direct du contribuable concerné et a présenté une demande frauduleuse de PCU.

[69] La preuve d'expert de la défenderesse explique que l'analyse postérieure à l'incident a révélé que l'attaque par bourrage de justificatifs contre le système de SGJI de l'ARC s'est produite entre le 27 juillet et le 10 août 2020. Je comprends que, du moins à cette étape de l'instance, le demandeur n'accepte pas nécessairement ces limites temporelles de la durée de l'attaque.

[70] L'ARC a initialement traité comme potentiellement compromis tout compte Mon dossier pour lequel un ensemble valide de justificatifs d'identité a été utilisé, même si le compte n'a pas été consulté, et a envoyé des lettres d'avis aux titulaires de ces comptes, y compris une offre de services de protection améliorés pendant une période donnée, sans frais.

[71] En ce qui concerne l'attaque contre la CléGC, les données probantes indiquent que le 18 juin 2020 et à diverses dates en juillet 2020, il y a eu un grand nombre

have since been identified as a precursor to, or otherwise part of, a credential stuffing attack against the GCKey service. 2Keys advised the Government on August 4, 2020 that they had noticed some login anomalies in the previous days, and August 5, 2020, 2Keys determined that the suspicious login activity was a large-scale credential stuffing attack on the GCKey service.

[72] ESDC is the Government department that suffered the greatest impact from the attack on GCKey. ESDC has identified 5 957 accounts across several Enabled Services that were potentially impacted by the attack, of which 3 439 accounts were accessed by someone (including potentially the rightful owner) between July 15 and August 5, 2020, including access for purposes of changing banking information or addresses. Subsequent analysis concluded that the remaining 2 518 of the 5 957 accounts showed no access. 3 200 compromised MSCAs were used to access CRA My Accounts via the link between MSCA and CRA, and 1 200 of those accounts were used to apply for CERB or other COVID-related benefits.

[73] Among other steps taken to respond to the data breach, the defendant's evidence is that, as of August 14, 2020, 2Keys was able to block all botnet traffic on the GCKey service and block the credential stuffing attack from occurring further. On August 14, 2020, ESDC also disabled the link between the MSCA and CRA My Account. Again, I understand that the plaintiff does not necessarily accept this temporal limit on the duration of the attack.

[74] Between August 1, 2020, and August 25, 2020, ESDC sent notification letters to all affected ESDC account holders that use the GCKey service, informing them that their accounts may have been accessed as a result of the credential stuffing attack. ESDC offered two years of credit monitoring with Equifax to anyone whose information may have been accessed as a result of the attack.

d'échecs de connexion, qui ont depuis été identifiés comme des incidents précurseurs d'une attaque par bourrage de justificatifs d'identité contre le service CléGC, ou qui en font partie. Le 4 août 2020, 2Keys a informé le gouvernement qu'il avait remarqué des anomalies d'ouverture de session au cours des jours précédents, et le 5 août 2020, 2Keys a déterminé que l'activité d'ouverture de session suspecte était une attaque à grande échelle par bourrage de justificatifs sur le service CléGC.

[72] EDSC est le ministère du gouvernement qui a le plus souffert de l'attaque contre la CléGC. EDSC a repéré 5 957 comptes dans plusieurs services adaptés qui pourraient avoir été touchés par l'attaque, dont 3 439 comptes auxquels une personne (y compris potentiellement le propriétaire légitime) a accédé entre le 15 juillet et le 5 août 2020, notamment pour modifier des renseignements bancaires ou des adresses. L'analyse subséquente a permis de conclure qu'il n'y a eu aucun accès aux 2 518 comptes restants sur les 5 957 comptes touchés. Au total, 3 200 comptes MDSC compromis ont été utilisés pour accéder à Mon dossier de l'ARC au moyen du lien entre MDSC et l'ARC, et 1 200 de ces comptes ont été utilisés pour présenter une demande de PCU ou d'autres prestations liées à la COVID-19.

[73] Parmi les autres mesures prises pour répondre à l'atteinte à la protection des données, la preuve de la défenderesse indique qu'en date du 14 août 2020, 2Keys a été en mesure de bloquer tout le trafic sur le réseau de zombies sur le service CléGC et d'empêcher que l'attaque par bourrage de justificatifs ne se reproduise. Le 14 août 2020, EDSC a également désactivé le lien entre MDSC et Mon dossier de l'ARC. Encore une fois, je comprends que le demandeur n'accepte pas nécessairement cette limite temporelle de la durée de l'attaque.

[74] Entre le 1^{er} août 2020 et le 25 août 2020, EDSC a envoyé des lettres d'avis à tous les titulaires de compte d'EDSC touchés qui utilisent le service CléGC, afin de les informer que leurs comptes pourraient avoir été consultés à la suite de l'attaque par bourrage de justificatifs. EDSC a offert deux ans de surveillance du crédit avec Equifax à toute personne dont les renseignements auraient pu être consultés à la suite de l'attaque.

(2) Disclosure of a Reasonable Cause of Action

[75] The first requirement for certification is that prescribed by paragraph 334.16(1)(a) [of the Rules], that the pleadings disclose a reasonable cause of action. The test applied to this requirement is the same as on a motion to strike, i.e. whether it is plain and obvious that the pleading discloses no reasonable cause of action. This analysis is not to be conducted based on evidence submitted by the parties, but rather based on the assumption that the facts as pleaded are true (see, e.g., *Condon v. Canada*, 2015 FCA 159 (*Condon FCA*), at paragraphs 11–13).

[76] The plaintiff advances causes of action in systemic negligence, breach of confidence, and intrusion upon seclusion. The defendant argues that the plaintiff's pleadings do not disclose a reasonable cause of action in any of these torts. I will consider each proposed cause of action individually.

(a) *Systemic Negligence*

(i) The Parties' Positions

[77] Both the Third SOC and the Fourth SOC are materially identical in their framing of the plaintiff's allegations of systemic negligence. They allege that the defendant owed a common law and non-delegable duty to the plaintiff and other class members to use reasonable care in the collection, storage, and retention of their personal and financial information and a duty to ensure that this personal and financial information was safe, kept private, and protected and that it would not be subject to unauthorized disclosure to a third party.

[78] The plaintiff pleads subsection 8(1) of the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, pursuant to which personal information under the control of the defendant cannot, without the consent of the individual to whom the information relates, be disclosed by the defendant, and asserts

2) Divulgence d'une cause d'action valable

[75] La première exigence pour obtenir l'autorisation est celle prescrite par l'alinéa 334.16(1)a) des Règles, à savoir que les actes de procédure doivent révéler une cause d'action valable. Le critère appliqué à cette exigence est le même que dans le cas d'une requête en radiation, c'est-à-dire qu'il faut déterminer s'il est clair et évident que les actes de procédure ne révèlent aucune cause d'action valable. Cette analyse ne doit pas être effectuée en fonction de la preuve présentée par les parties, mais doit plutôt être fondée sur la présomption selon laquelle les faits allégués sont véridiques (voir, p. ex., *Condon c. Canada*, 2015 CAF 159 (*Condon CAF*), aux paragraphes 11 à 13).

[76] Le demandeur avance des causes d'action s'appuyant sur la négligence systémique, l'abus de confiance et l'intrusion dans l'intimité. La défenderesse soutient que les actes de procédure du demandeur ne révèlent aucune cause d'action valable à l'égard de l'un ou l'autre de ces délits. J'examinerai chaque cause d'action proposée individuellement.

a) *Négligence systémique*

(i) Les positions des parties

[77] La troisième et la quatrième DM sont sensiblement identiques dans leur formulation des allégations de négligence systémique du demandeur. On y allègue que la défenderesse avait une obligation en common law non transmissible envers le demandeur et les autres membres du groupe de faire preuve d'une diligence raisonnable dans la collecte, le stockage et la conservation de leurs renseignements personnels et financiers et de veiller à ce que ces renseignements personnels et financiers soient protégés, conservés dans un endroit sûr et qu'ils demeurent confidentiels, et qu'ils ne seraient pas sujets à une divulgation non autorisée à un tiers.

[78] Le demandeur invoque le paragraphe 8(1) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, en vertu duquel les renseignements personnels sous le contrôle de la défenderesse ne peuvent, sans le consentement de la personne concernée,

that the defendant's breach of the *Privacy Act* is evidence that its conduct fell below the applicable standard of care.

[79] The pleadings articulate a number of alleged systemic breaches of the defendant's duty by, among other things, failing to create or adhere to Government policies relevant to the collection, storage, retention and disclosure of personal and financial information; failing to take reasonable steps to protect such information; failing to offer a non-vulnerable security question mechanism for users of the GCKey, My Account, and MSCA systems; failing to follow industry norms regarding two-factor authentication for these accounts; and failing to take reasonable steps, including freezing the online systems, when they knew or ought to have known of the data breaches.

[80] The pleadings assert that measures taken by the defendant in the latter part of 2020 to protect its databases, systems and other relevant online accounts should have been taken prior to the unauthorized data breaches. They further assert that the defendant's breaches caused the plaintiff and other class members harm and ongoing damages, including distress, anxiety, mental anguish, lost time, lost opportunities, and out-of-pocket expenses.

[81] The defendant raises a number of arguments in support of its position that the plaintiff's pleadings do not disclose a reasonable cause of action in systemic negligence. The defendant submits that the plaintiff has failed to plead any facts to support a relationship of proximity necessary to establish a *prima facie* duty of care; that the negligence claim cannot succeed because it challenges a core policy decision that is immune from liability; and that the claim should fail because it seeks to impose a duty of care in circumstances that would result in indeterminate liability to an indeterminate class.

être divulgués par la défenderesse, et il affirme que la violation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* par la défenderesse est la preuve que sa conduite était inférieure à la norme de diligence applicable.

[79] Les actes de procédure énoncent des manquements systémiques allégués à l'obligation de la défenderesse, notamment le défaut de respecter des politiques gouvernementales nécessaires à la collecte, au stockage, à la conservation et à la divulgation de renseignements personnels et financiers ou le défaut d'en créer; le défaut de prendre des mesures raisonnables pour protéger ces renseignements; le défaut d'offrir un mécanisme inattaquable de questions de sécurité aux utilisateurs des systèmes CléGC, Mon dossier et MDSC; le non-respect des normes de l'industrie concernant l'authentification à deux facteurs pour ces comptes; le défaut de prendre des mesures raisonnables, y compris geler les systèmes en ligne, lorsqu'elle était au courant ou auraient dû être au courant des atteintes à la protection des données.

[80] Dans les actes de procédure, il est allégué que les mesures prises par la défenderesse à la fin de 2020 pour protéger ses bases de données, ses systèmes et d'autres comptes en ligne pertinents auraient dû être prises avant les atteintes à la protection des données non autorisées. On y affirme en outre que les manquements de la défenderesse ont causé un préjudice au demandeur et à d'autres membres du groupe et des dommages de longue durée, y compris la détresse, l'anxiété, la souffrance morale, le temps perdu, les occasions perdues et les dépenses personnelles.

[81] La défenderesse soulève des arguments pour étayer sa position, selon laquelle les actes de procédure du demandeur ne révèlent pas de cause d'action valable fondée sur la négligence systémique. La défenderesse soutient que le demandeur a omis de plaider des faits étayant un lien de proximité nécessaire pour établir une obligation de diligence *prima facie*; que la demande fondée sur la négligence ne peut être accueillie parce qu'elle conteste une décision de politique fondamentale qui est à l'abri de toute responsabilité; et que la demande devrait être rejetée parce qu'elle vise à imposer une obligation de diligence dans des circonstances qui entraîneraient une responsabilité indéterminée à l'égard d'un groupe indéterminé.

[82] The parties agree that the principles governing whether a duty of care will be recognized in a given case alleging liability of a public authority are those derived from *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) (*Anns*), as applied in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537 (*Cooper*), and its companion case, *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562 (*Edwards*). As summarized in *Edwards*, at paragraphs 8–10:

The companion case of *Cooper* outlines the approach in assessing whether a duty of care will be recognized in a given case. Specifically, *Cooper* revisits the *Anns* test and clarifies the express policy components to be considered at each stage.

At the first stage of the *Anns* test, the question is whether the circumstances disclose reasonably foreseeable harm and proximity sufficient to establish a *prima facie* duty of care. The focus at this stage is on factors arising from the relationship between the plaintiff and the defendant, including broad considerations of policy. The starting point for this analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized. If no such cases exist, the question then becomes whether a new duty of care should be recognized in the circumstances. Mere foreseeability is not enough to establish a *prima facie* duty of care. The plaintiff must also show proximity — that the defendant was in a close and direct relationship to him or her such that it is just to impose a duty of care in the circumstances. Factors giving rise to proximity must be grounded in the governing statute when there is one, as in the present case.

If the plaintiff is successful at the first stage of *Anns* such that a *prima facie* duty of care has been established (despite the fact that the proposed duty does not fall within an already recognized category of recovery), the second stage of the *Anns* test must be addressed. That question is whether there exist residual policy considerations which justify denying liability. Residual policy considerations include, among other things, the effect of recognizing that duty of care on other legal obligations, its impact on the legal system and, in a less precise but important consideration, the effect of imposing liability on society in general.

[82] Les parties conviennent que les principes régissant la reconnaissance d'une obligation de diligence dans une affaire donnée alléguant la responsabilité d'une autorité publique sont ceux qui sont tirés de l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) (*Anns*), ainsi qu'il a été appliqué dans l'arrêt *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537 (*Cooper*), et l'arrêt complémentaire, *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562 (*Edwards*). Comme le résume l'arrêt *Edwards*, aux paragraphes 8 à 10 :

L'arrêt connexe *Cooper* précise la façon de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une obligation de diligence dans une espèce donnée. Plus précisément, l'arrêt *Cooper* reprend le critère énoncé dans l'arrêt *Anns* et clarifie les éléments de politique précis qui doivent être examinés à chaque étape.

À la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, il s'agit de déterminer si les circonstances dévoilent un préjudice raisonnablement prévisible et un lien de proximité suffisamment étroit pour établir une obligation de diligence *prima facie*. À cette étape, l'accent est mis sur les facteurs découlant du lien entre le demandeur et le défendeur, notamment des considérations de politique générales. Le point de départ de cette analyse consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. En l'absence de telles décisions, il s'agit de déterminer s'il y a lieu de reconnaître une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. La simple prévisibilité ne suffit pas à établir une obligation de diligence *prima facie*. Le demandeur doit aussi prouver l'existence d'un lien étroit — que le défendeur avait avec lui une relation à ce point étroite et directe qu'il est juste de lui imposer une obligation de diligence dans les circonstances. Les facteurs donnant lieu à l'existence d'un lien étroit doivent être fondés sur la loi applicable le cas échéant, comme en l'espèce.

Si, à la première étape du critère énoncé dans l'arrêt *Anns*, le demandeur réussit à établir une* obligation de diligence *prima facie* (malgré le fait que l'obligation proposée ne corresponde pas à une catégorie de réparation déjà reconnue), il faut passer à la deuxième étape de ce critère. Il s'agit de savoir s'il existe des considérations de politique résiduelles qui justifient l'annulation de la responsabilité. De telles considérations comprennent notamment l'effet qu'aurait la reconnaissance d'une telle obligation de diligence sur d'autres obligations légales, son incidence sur le système juridique et, d'une façon moins précise mais tout aussi importante, l'effet qu'aurait l'imposition

d'une responsabilité sur la société en général. [Note en fin de texte omise.]

(ii) Foreseeability

[83] Beginning with the first stage of the *Anns/Cooper* test, which considers both foreseeability and proximity, the defendant relies on *Del Giudice v. Thompson*, 2021 ONSC 5379 (CanLII), 71 E.T.R. (4th) 23 (*Del Giudice*), in support of its position that the harm to the plaintiff and the proposed class members in the case at hand was not reasonably foreseeable. *Del Giudice* addressed a certification motion arising from the defendant Thompson's hacking of the database of personal information collected by the defendant banks and financial institutions and held on the servers of the defendant Amazon Web. As a consequence of this data breach, personal and confidential information of 106 million applicants for Capital One credit cards was exposed or became vulnerable to exposure to the public. Among their claims, the plaintiffs sought to certify causes of action against Amazon Web in negligence and breach of a duty to warn of the risk of the data breach perpetrated by Thompson.

[84] In addressing the foreseeability of the harm suffered by the proposed class members, the Court relied on *Rankin (Rankin's Garage & Sales) v. J.J.*, 2018 SCC 19, [2018] 1 S.C.R. 587 (*Rankin*), in which the Supreme Court considered the foreseeability of personal injury resulting from an unlicensed and inebriated minor operating a motor vehicle after stealing it from the defendant's garage. The Supreme Court accepted that the evidence could establish, as the jury found, that the defendant ought to have known of the risk of theft. However, the Court concluded that it did not automatically flow from evidence of the risk of theft in general that the garage owner should have considered the risk of physical injury. Rather, physical injury was foreseeable only if there was something in the facts to suggest not only a risk of theft, but that the stolen vehicle might be operated in a dangerous manner (at paragraph 34).

(ii) Prévisibilité

[83] En commençant par la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, qui tient compte à la fois de la prévisibilité et de la proximité, la défenderesse invoque la décision *Del Giudice v. Thompson*, 2021 ONSC 5379 (CanLII), 71 E.T.R. (4th) 23 (*Del Giudice*) pour étayer sa position selon laquelle le préjudice causé au demandeur et aux membres du groupe proposé en l'espèce n'était pas raisonnablement prévisible. La décision *Del Giudice* portait sur une requête en autorisation découlant du piratage, par le défendeur Thompson, de la base de données de renseignements personnels recueillis par les banques et institutions financières défenderesses et détenus sur les serveurs du défendeur Amazon Web. À la suite de cette atteinte à la protection des données, les renseignements personnels et confidentiels de 106 millions de demandeurs de cartes de crédit Capital One ont été exposés ou sont devenus vulnérables à l'exposition au public. Les demandeurs cherchaient entre autres à obtenir l'autorisation de causes d'action contre Amazon Web pour négligence et manquement à une obligation de mise en garde contre le risque d'atteinte à la protection des données commise par Thompson.

[84] Pour examiner la prévisibilité du préjudice subi par les membres du groupe proposé, la Cour s'est appuyée sur l'arrêt *Rankin (Rankin's Garage & Sales) c. J.J.*, 2018 CSC 19, [2018] 1 R.C.S. 587 (*Rankin*), dans lequel la Cour suprême a examiné la prévisibilité des lésions corporelles résultant de la conduite d'un véhicule à moteur par un mineur non autorisé et en état d'ébriété après qu'il l'a volé au garage du défendeur. La Cour suprême a accepté que la preuve puisse établir, comme l'a conclu le jury, que le défendeur aurait dû être conscient du risque de vol. Cependant, la Cour a conclu qu'il ne découle cependant pas automatiquement des éléments de preuve relatifs au risque de vol en général qu'un propriétaire de garage aurait dû tenir compte des risques de lésions corporelles. Les lésions corporelles ne sont prévisibles que lorsque les faits permettent de soutenir qu'il y a non seulement un risque de vol, mais aussi un risque que le véhicule volé soit conduit de manière dangereuse (au paragraphe 34).

[85] *Del Giudice* drew a parallel between the personal injury claim in *Rankin* and the claim against Amazon Web, concluding that, while Amazon Web could have foreseen the possibility of data it was storing being stolen and misused, that did not make the resulting harm a reasonably foreseeable consequence of its alleged carelessness (at paragraph 241). In arriving at that conclusion, the Court reasoned that the wrong suffered by the class members was the data breach perpetrated by Thompson, which was not connected to a wrong perpetrated by Amazon Web.

[86] In my view, the reasoning in *Del Giudice* is not particularly compelling. I appreciate that, in both *Rankin* and *Del Giudice*, there was another party (respectively, the car thief and Thompson) who was the immediate cause of the harm. However, I have difficulty with the parallel that *Del Giudice* draws with *Rankin*. As the Supreme Court reasoned in *Rankin*, the theft of property does not automatically translate into anticipation that the stolen property will be operated in a dangerous manner so as to cause personal injury (at paragraph 34). However, *Del Giudice* does not explain why, in the case of a data breach, the risk of unauthorized use of data by the bad actor who wrongfully accessed it, presumably for personal gain, and the attendant harm to its owner should be regarded as similarly unanticipated.

[87] I agree with the plaintiff's submission that, considering the authorities that analyse foreseeability in the context of a data breach, the reasoning of the Supreme Court of British Columbia in *Tucci v. Peoples Trust Company*, 2017 BCSC 1525 (*Tucci*) (upheld on this point in *Tucci v. Peoples Trust Company*, 2020 BCCA 246, 451 D.L.R. (4th) 302 (*Tucci BCCA*)) is the more persuasive. *Tucci* addressed a certification motion in an action alleging that the defendant trust company did not adequately secure personal information collected on its online application portal and stored in online databases. The plaintiff asserted causes of action, including negligence, alleging that unauthorized persons were able to access the personal

[85] La décision *Del Giudice* a établi un parallèle entre l'allégation de lésions corporelles dans l'arrêt *Rankin* et la demande contre Amazon Web, concluant que, alors qu'Amazon Web aurait pu prévoir la possibilité que des données qu'elle stocke soient volées et utilisées de manière malveillante, cela ne fait pas en sorte que le préjudice résulte d'une conséquence raisonnablement prévisible de son insouciance alléguée (au paragraphe 241). Pour en arriver à cette conclusion, la Cour a déduit que le tort subi par les membres du groupe était l'atteinte à la protection des données commise par Thompson, laquelle n'était pas liée à un tort perpétré par Amazon Web.

[86] À mon avis, le raisonnement de la décision *Del Giudice* n'est pas particulièrement convaincant. Je comprends que dans l'arrêt *Rankin* et la décision *Del Giudice*, il y avait une autre partie (respectivement le voleur de voitures et Thompson) qui était la cause immédiate du préjudice. Cependant, j'ai du mal à accepter le parallèle que la décision *Del Giudice* établit avec l'arrêt *Rankin*. Comme l'a expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *Rankin*, le vol de biens ne se traduit pas automatiquement par l'anticipation que les biens volés seront exploités de manière dangereuse et de façon à causer des blessures (au paragraphe 34). Cependant, la décision *Del Giudice* n'explique pas pourquoi, dans le cas d'une atteinte à la protection des données, le risque d'utilisation non autorisée des données par une personne malveillante qui y a accédé de manière illicite, vraisemblablement pour son profit personnel, et le préjudice qui en découle pour son propriétaire devraient être considérés comme étant tout aussi imprévisibles.

[87] Je souscris à l'observation du demandeur selon laquelle, compte tenu des précédents qui analysent la prévisibilité dans le contexte d'une atteinte à la protection des données, le raisonnement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Tucci v. Peoples Trust Company*, 2017 BCSC 1525 (*Tucci*) (confirmé sur ce point dans l'arrêt *Tucci v. Peoples Trust Company*, 2020 BCCA 246, 451 D.L.R. (4th) 302 (*Tucci BCCA*)) est le plus convaincant. La décision *Tucci* portait une requête en autorisation dans une action alléguant que la société de fiducie défenderesse n'avait pas adéquatement protégé les renseignements personnels recueillis sur son portail de demande en ligne et stockés dans des bases de données

information, putting the proposed class members at risk of identity theft and other harms. In applying the first stage of the *Anns/Cooper* test, including the foreseeability element, the Supreme Court of British Columbia held as follows (at paragraph 123):

In my view it is not plain and obvious that the first stage of the *Anns/Cooper* test is not met. The plaintiff has pleaded sufficient facts capable of establishing that harm was reasonably foreseeable. The information collected by Peoples Trust was sensitive and collected in the course of online applications for financial services. It is arguably reasonably foreseeable that harm such as identity theft could result if such information were disclosed or not securely stored, and it was again arguably foreseeable to Peoples Trust given the various policies and contractual terms it developed. Further, the plaintiff has pleaded sufficient facts that could establish a close and direct relationship between Peoples Trust and individuals who applied to it for financial services.

[88] *Tucci BCCA* upheld this component of the analysis, concluding that the allegations of negligence were arguably sufficient at law to create a relationship giving rise to a duty of care, such that it was not plain and obvious at the certification stage of the proceeding that a negligence claim cannot succeed (at paragraph 51).

[89] In the case at hand, the plaintiff has pleaded that the online Government accounts of the proposed class members, which were the subject of the data breaches, contain detailed personal and financial information, including financial records, notices of assessment, banking information, information on income, disabilities, children, relationship status and investments, and information related to EI, immigration status, CPP and OAS. The plaintiff also pleads that the defendant has policies and guidance on cybersecurity, which serve to impose responsibilities upon the defendant and to which it failed to adhere. As in *Tucci*, I find that it is arguably reasonably foreseeable that the proposed class members would suffer the categories

en ligne. Le demandeur a invoqué des causes d'action, y compris la négligence, alléguant que des personnes non autorisées avaient pu accéder aux renseignements personnels, ce qui exposait les membres du groupe proposé au risque de vol d'identité et à d'autres préjudices. En appliquant la première étape du critère énoncé dans les arrêts *Anns/Cooper*, y compris l'élément de prévisibilité, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu ce qui suit (au paragraphe 123) :

[TRADUCTION] À mon avis, il n'est ni clair ni évident que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'est pas respectée. Le demandeur a plaidé des faits suffisants pour établir que le préjudice était raisonnablement prévisible. Les renseignements recueillis par Peoples Trust étaient de nature délicate et ont été recueillis dans le cadre de demandes de services financiers en ligne. On peut soutenir qu'il est raisonnablement prévisible que des préjudices comme le vol d'identité pourraient résulter de la divulgation ou de la non-divulgation de ces renseignements, et encore une fois, Peoples Trust aurait pu raisonnablement le prévoir, compte tenu des diverses politiques et modalités contractuelles qu'elle a élaborées. De plus, le demandeur a plaidé des faits suffisants pour établir une relation étroite et directe entre Peoples Trust et les personnes qui lui ont présenté une demande de services financiers.

[88] L'arrêt *Tucci BCCA* a maintenu cet élément de l'analyse, concluant que les allégations de négligence étaient probablement suffisantes en droit pour créer une relation donnant lieu à une obligation de diligence, de sorte qu'il n'était pas clair et évident à l'étape de l'autorisation qu'une demande fondée sur la négligence ne peut être accueillie (au paragraphe 51).

[89] En l'espèce, le demandeur a fait valoir que les comptes gouvernementaux en ligne des membres du groupe proposé, qui ont été visés par les atteintes à la protection des données, contiennent des renseignements personnels et financiers détaillés, y compris des dossiers financiers, des avis de cotisation, des renseignements bancaires, des renseignements sur le revenu, les handicaps, les enfants, l'état de la relation et les placements, et des renseignements liés à l'assurance-emploi, au statut d'immigrant, au RPC et à la SV. Le demandeur soutient également que la défenderesse a des politiques et des directives en matière de cybersécurité qui servent à imposer des responsabilités à la défenderesse et auxquelles elle n'a

of harm alleged by the plaintiff as a result of the data breaches.

(iii) Proximity

[90] Still in connection with the first stage of the *Anns/Cooper* test, the defendant also submits that the plaintiff has not shown that proximity exists between the proposed class members and the defendant such as would make it just to impose a duty of care in the circumstances of this case. As noted above, *Edwards* explains at paragraph 9 that the starting point for this analysis is to determine whether there are analogous categories of cases in which proximity has previously been recognized. The plaintiff argues that *Tucci* is such a case, as are *John Doe v. Canada*, 2015 FC 916 (*John Doe*), *Condon FCA*, and *Obodo v. Trans Union of Canada, Inc.*, 2021 ONSC 7297 (CanLII) (*Obodo*). The defendant responds that these are all decisions on certification motions and therefore do not represent authority for the recognition of the requisite proximity and the resulting duty of care.

[91] *John Doe* addressed a certification motion in which the plaintiffs pleaded that the defendant Government identified them as participants in the Marijuana Medical Access Program by sending letters to them through the mail that identified that Program as the return address. In concluding that the proceeding should be certified, Justice Phelan held that the plaintiffs had adequately pleaded the requisite elements of negligence, including the duty of care, and that these pleadings were sufficient for purposes of the motion (at paragraphs 33–36). *John Doe* was upheld on this point in *Canada v. John Doe*, 2016 FCA 191, 486 N.R. 223 (*John Doe FCA*).

[92] Logically, I agree with the plaintiff that, in order for the cause of action in negligence to have been certified in

pas adhéré. Comme dans l'arrêt *Tucci*, je conclus qu'il est raisonnablement prévisible que les membres du groupe proposé subiraient les catégories de dommages allégués par le demandeur à la suite des atteintes à la protection des données.

(iii) Proximité

[90] Toujours dans le contexte de la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, la défenderesse soutient également que le demandeur n'a pas démontré l'existence d'une proximité entre les membres du groupe proposé et la défenderesse, de sorte qu'il serait juste d'imposer une obligation de diligence dans les circonstances de l'espèce. Comme il a été mentionné précédemment, l'arrêt *Edwards* explique au paragraphe 9 que le point de départ de cette analyse consiste à établir s'il existe des catégories analogues d'affaires où les tribunaux ont reconnu l'existence d'un lien étroit. Le demandeur soutient que l'arrêt *Tucci* est une affaire de ce type, tout comme *M. Untel c. Canada*, 2015 CF 916 (*Untel*), *Condon CAF* et *Obodo v. Trans Union of Canada, Inc.*, 2021 ONSC 7297 (CanLII) (*Obodo*). La défenderesse répond que ce sont toutes des décisions sur des requêtes en autorisation et que, par conséquent, elles ne représentent pas des précédents pour la reconnaissance de la proximité requise et de l'obligation de diligence qui en découle.

[91] La décision *Untel* portait sur une requête en autorisation dans laquelle les demandeurs ont plaidé que le gouvernement défendeur les a publiquement désignés comme participants du Programme d'accès à la marijuana à des fins médicales, en leur envoyant, par la poste, des lettres portant l'adresse de l'expéditeur « Programme d'accès à la marijuana à des fins médicales ». En concluant que l'instance devrait être autorisée, le juge Phelan a conclu que les demandeurs avaient adéquatement plaidé les éléments requis de la négligence, y compris l'obligation de diligence, et que ces actes de procédure étaient suffisants aux fins de la requête (aux paragraphes 33 à 36). La décision *Untel* a été confirmée sur ce point dans l'arrêt *Canada c. M. Untel*, 2016 CAF 191 (*Untel CAF*).

[92] En toute logique, je conviens avec le demandeur que, pour que la cause d'action fondée sur la négligence

John Doe, the Court must have concluded that the requisite proximity existed. However, the decision contains no express analysis of this point, as it appears that the defendant was not arguing a lack of proximity. Moreover, *John Doe* is not a cybersecurity case, and its facts, in which it was the Government itself that was alleged to have disclosed personal information, without any involvement by a third-party bad actor, are sufficiently different from those in the case at hand that I have difficulty treating it as an analogous case in which proximity has previously been recognized.

[93] In *Condon FCA*, the Federal Court of Appeal allowed an appeal from *Condon v. Canada*, 2014 FC 250, 450 F.T.R. 216 (*Condon*), which had concluded that it was plain and obvious that a claim in negligence would fail. *Condon* involved a motion to certify a class proceeding against the Government resulting from its loss of an external hard drive on which it stored the personal information of participants in the Canada Student Loans Program. While the Federal Court certified the proceeding based on other causes of action, it accepted the defendant's position that the plaintiffs had failed to raise sufficient arguments as to the existence of compensable damages and therefore concluded that it was plain and obvious that a proposed claim based on negligence would fail (at paragraphs 68 and 79).

[94] In *Condon FCA*, the Federal Court of Appeal held at paragraphs 15 to 18 that the Federal Court had erred by evaluating the evidence in concluding that the plaintiffs had not suffered any compensable damages and by failing to consider the pleaded claims for costs incurred in preventing identity theft and out-of-pocket expenses. As with *John Doe*, there is no express proximity analysis, as the defendant does not appear to have raised proximity as an impediment to certification, and the facts are sufficiently different from the present case that I would not regard *Condon FCA* as an analogous case in which proximity has previously been recognized.

ait été autorisée dans l'arrêt *Untel*, la Cour doit avoir conclu que la proximité requise existait. Toutefois, la décision ne contient aucune analyse expresse de ce point, car il semble que le défendeur ne soutenait pas qu'il y avait un manque de proximité. De plus, la décision *Untel* n'est pas une affaire de cybersécurité, et les faits qui y sont présentés, selon lesquels c'est le gouvernement lui-même qui aurait divulgué des renseignements personnels sans qu'une tierce personne malveillante soit impliquée, sont suffisamment différents de ceux de la présente espèce, que j'ai de la difficulté à traiter comme un cas analogue dans lequel la proximité a déjà été reconnue.

[93] Dans l'arrêt *Condon CAF*, la Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel de la décision *Condon c. Canada*, 2014 CF 250 (*Condon*), dans laquelle la Cour fédérale avait conclu qu'il était clair et évident qu'une demande fondée sur la négligence serait rejetée. La décision *Condon* impliquait une requête en autorisation d'un recours collectif contre le gouvernement, à la suite de la perte d'un disque dur externe sur lequel il conservait les renseignements personnels des participants au Programme canadien de prêts aux étudiants. Bien que la Cour fédérale ait autorisé l'instance sur le fondement d'autres causes d'action, elle a accepté la position du défendeur selon laquelle les demandeurs n'avaient pas soulevé suffisamment d'arguments quant à l'existence de préjudices indemnifiables et a donc conclu qu'il était clair et évident qu'une demande fondée sur la négligence était vouée à l'échec (aux paragraphes 68 et 79).

[94] Dans l'arrêt *Condon CAF*, la Cour d'appel fédérale a conclu, aux paragraphes 15 à 18, que la Cour fédérale avait commis une erreur dans son appréciation de la preuve en concluant que les demandeurs n'avaient subi aucun préjudice indemnifiable et en omettant de statuer sur les demandes relatives aux frais encourus pour éviter le vol d'identité et à toute autre dépense engagée. Comme dans l'affaire *Untel*, il n'y a pas d'analyse expresse de la proximité, puisque le défendeur ne semble pas avoir soulevé la proximité comme obstacle à l'autorisation, et les faits sont suffisamment différents de la présente affaire pour que je ne considère pas *Condon CAF* comme une affaire analogue dans laquelle la proximité a déjà été reconnue.

[95] Unlike *John Doe* and *Condon*, *Obodo* is a cybersecurity case, arising from a large-scale intrusion by unknown and unauthorized persons into the database of the defendant TransUnion. The hackers accessed the credit profiles of 37 444 individuals whose financial information was held by TransUnion. However, while challenging certification of the plaintiff's negligence claim on other bases related to the categories of damages claimed, TransUnion acknowledged that the claim disclosed facts sufficient to establish a breach of a duty of care (at paragraphs 116–118). As such, *Obodo* does not provide any analysis of proximity.

[96] However, as reflected in paragraph 123 of *Tucci*, the plaintiff is correct that in that case the Supreme Court of British Columbia found the required proximity, in that sufficient facts had been pleaded to establish a close and direct relationship between Peoples Trust and individuals who applied to it for financial services. As previously noted, the Court of Appeal for British Columbia agreed with this conclusion. As I read *Tucci*, the Court based its conclusion on pleaded facts to the effect that individuals applied to Peoples Trust for financial services and, in doing so, provided it with their sensitive financial information.

[97] In the case at hand, the plaintiff similarly bases his proximity arguments on the fact that he and the proposed class members had applied or registered for the Government's secure portals. The plaintiff submits that the requisite proximity is found in the relationship between Government entities who have offered online access to data and individuals who have availed themselves of that access and created profiles in the expectation that their personal and financial information would be kept secure.

[98] The defendant acknowledges that one of the situations in which sufficient proximity may exist, for a government to owe a private law duty of care to an individual plaintiff, is where there have been specific interactions between the government and the individual

[95] Contrairement à *Untel* et *Condon*, *Obodo* est une affaire de cybersécurité découlant d'une intrusion à grande échelle par des personnes inconnues et non autorisées dans la base de données du défendeur TransUnion. Les pirates ont accédé aux profils de crédit de 37 444 personnes dont les renseignements financiers étaient détenus par TransUnion. Toutefois, tout en contestant l'autorisation de la demande fondée sur la négligence présentée par le demandeur pour d'autres motifs liés aux catégories de dommages-intérêts demandés, TransUnion a reconnu que la demande révélait des faits suffisants pour établir un manquement à une obligation de diligence (aux paragraphes 116 à 118). Par conséquent, la décision *Obodo* ne fournit aucune analyse de la proximité.

[96] Toutefois, comme l'indique le paragraphe 123 de l'arrêt *Tucci*, le demandeur a raison de dire que, dans cette affaire, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu à la proximité requise, en ce sens que des faits suffisants avaient été invoqués pour établir une relation étroite et directe entre Peoples Trust et les personnes qui ont présenté une demande de services financiers. Comme il a été mentionné précédemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a retenu cette conclusion. À la lecture de l'arrêt *Tucci*, la Cour a fondé sa conclusion sur des faits plaidés selon lesquels des personnes ont présenté une demande de services financiers à Peoples Trust et, ce faisant, lui ont fourni leurs renseignements financiers de nature délicate.

[97] En l'espèce, le demandeur fonde également ses arguments de proximité sur le fait que lui-même et les membres du groupe proposé avaient soumis une demande ou s'étaient inscrits sur les portails sécurisés du gouvernement. Le demandeur soutient que la proximité requise se trouve dans la relation entre les entités gouvernementales qui ont offert un accès en ligne aux données et les personnes qui se sont prévaluées de cet accès et ont créé des profils dans l'attente que leurs renseignements personnels et financiers soient gardés en lieu sûr.

[98] La défenderesse reconnaît que l'une des situations où il peut exister une proximité suffisante pour qu'un gouvernement ait une obligation de diligence de nature privée à l'égard d'un demandeur individuel est une situation où il existe des rapports précis entre le gouvernement

(see *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 (*Imperial Tobacco*), at paragraph 45). However, the defendant argues that the plaintiff has not pleaded facts that would support a finding of proximity on this basis.

[99] In response to this argument, the plaintiff submits that the Third SOC identifies that he had a CRA online account that was breached and expressly defines the proposed Class as persons whose personal or financial information in their online Government accounts was disclosed to a third party. The plaintiff has also provided in draft a Fourth SOC, which he seeks leave to file in the event the amendments therein are necessary to respond to the defendant's argument. These amendments include a more express statement that the plaintiff had an online account with CRA and that he signed up for and used the CRA My Account, to the mutual benefit of himself and the defendant, the latter gaining benefit by automating functions that otherwise would require increased staffing and expense.

[100] In my view, the pleaded facts in the Third SOC, as identified in the plaintiff's submission, sufficiently assert a basis for proximity consistent with that recognized in *Tucci*. I am conscious of the defendant's argument that, as *Tucci* is a certification decision, it does not represent authority for past recognition of the requisite proximity in an analogous case as contemplated by the *Anns/Cooper* test. The defendant also submits that the certification of negligence as a common issue does not preclude a defendant from arguing at a common issues trial that it does not owe a duty of care, including that no proximity exists with class members or that a duty could be negated by policy considerations.

[101] I agree with the defendant's submission that these defence arguments would remain available to it at trial,

et la personne (voir *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45 (*Imperial Tobacco*), au paragraphe 45). Toutefois, la défenderesse soutient que le demandeur n'a pas invoqué de faits qui étayeraient une conclusion de proximité sur ce fondement.

[99] En réponse à cet argument, le demandeur soutient que la troisième DM indique qu'il avait un compte en ligne de l'ARC, lequel a été compromis, et définit expressément le groupe proposé comme étant formé de personnes dont les renseignements personnels ou financiers conservés dans leurs comptes gouvernementaux en ligne ont été divulgués à un tiers. Le demandeur a également fourni l'ébauche d'une quatrième DM, pour laquelle il demande une autorisation de dépôt, dans l'éventualité où les modifications qui y figurent seraient nécessaires pour répondre à l'argument de la défenderesse. Ces modifications comprennent une déclaration plus explicite selon laquelle le demandeur avait un compte en ligne avec l'ARC, qu'il s'est inscrit à Mon dossier de l'ARC et qu'il a utilisé ce compte, à son avantage ainsi qu'à celui de la défenderesse, cette dernière tirant profit de l'automatisation de fonctions qui, autrement, nécessiteraient une augmentation de la dotation en personnel et des dépenses.

[100] À mon avis, les faits allégués dans la troisième DM, ainsi qu'ils sont énoncés dans l'observation du demandeur, affirment de manière suffisante un fondement de proximité conforme à celui reconnu dans la décision *Tucci*. Je suis conscient de l'argument de la défenderesse selon lequel, comme dans la décision *Tucci* est une décision relative à l'autorisation, elle ne représente pas un précédent pour la reconnaissance antérieure de la proximité requise dans une affaire analogue, comme le prévoit le critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*. La défenderesse soutient également que l'autorisation de l'allégation de négligence comme point commun n'empêche pas la défenderesse de soutenir, dans le cadre d'une audience relative aux questions communes, qu'elle n'a pas d'obligation de diligence, notamment qu'il n'y a pas de proximité avec les membres du groupe ou qu'une obligation pourrait être écartée par des considérations de politique générale.

[101] Je souscris à l'observation de la défenderesse selon laquelle ces arguments de la défense demeureraient

notwithstanding success by the plaintiff in certifying his action. Indeed, the plaintiff does not disagree with the defendant's position on this point, which naturally follows from the fact that the Court's conclusion on certification is only that it is not plain and obvious that the pleading discloses no reasonable cause of action. *Tucci* found that it was not plain and obvious that the first stage of the *Anns/Cooper* test was not met, and I consider that finding sufficient authority for a comparable finding in the case at hand.

[102] In so concluding, I am also conscious of the fact that *Tucci* involved a claim against a private sector defendant, and I acknowledge the defendant's argument that, because of the breadth of public bodies' involvement in the collection of personal and financial information, imposing a duty of care to protect against unintended disclosures through cyber security incidents raises policy concerns of indeterminate liability. However, I consider that argument to be best addressed in the second stage of the *Anns/Cooper* test, and will do so later in these reasons.

[103] Even if I were to conclude that *Tucci* is not sufficient authority for satisfaction of the first stage of the test, making it necessary for the Court to consider, without the benefit of previous authority, whether the defendant was in a close and direct relationship to the plaintiff and the proposed Class Members such that it is just to impose a novel duty of care in the circumstances, I would still find the first stage of the *Anns/Cooper* test to be met on the facts pleaded in this action. The Third SOC identifies the plaintiff and the proposed Class as persons with online Government accounts containing personal and financial information. As previously noted, the plaintiff argues that the requisite proximity arises from the relationship between Government entities who have offered online access to data and individuals who have availed themselves of that access and created profiles in the expectation that their personal and financial information would be kept secure. In my view, this is a reasonably arguable position,

à sa disposition au procès, même si le demandeur obtient l'autorisation de son action. En effet, le demandeur ne s'oppose pas à la position de la défenderesse sur ce point, qui découle naturellement du fait que la conclusion de la Cour sur l'autorisation indique seulement qu'il n'est pas clair et évident que l'acte de procédure ne révèle aucune cause d'action valable. Dans l'arrêt *Tucci*, le juge a conclu qu'il n'était pas clair et évident que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'avait pas été respectée, et j'estime que cette conclusion constitue un précédent suffisant pour tirer une conclusion comparable en l'espèce.

[102] En concluant ainsi, je suis également conscient du fait que l'arrêt *Tucci* concernait une demande à l'égard d'un défendeur du secteur privé, et je reconnais l'argument de la défenderesse selon lequel, en raison de la vaste participation des organismes publics à la collecte de renseignements personnels et financiers, l'imposition d'une obligation de diligence pour assurer la protection contre les divulgations non intentionnelles dans le cadre d'incidents de cybersécurité soulève des préoccupations de politique en ce qui a trait à la responsabilité indéterminée. Toutefois, je considère qu'il vaut mieux examiner cet argument à la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*, et je le ferai plus tard dans les présents motifs.

[103] Même si je devais conclure que l'arrêt *Tucci* n'est pas un précédent suffisant pour satisfaire à la première étape du critère, ce qui oblige la Cour à examiner, sans l'avantage d'un précédent, la question de savoir si la défenderesse entretenait une relation étroite et directe avec le demandeur et les membres du groupe proposé de sorte qu'il soit juste d'imposer une nouvelle obligation de diligence dans les circonstances, je conclurais tout de même que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* est respectée compte tenu des faits allégués dans la présente action. La troisième DM désigne le demandeur et le groupe proposé comme des personnes ayant des comptes gouvernementaux en ligne contenant des renseignements personnels et financiers. Comme il a été mentionné précédemment, le demandeur soutient que la proximité requise découle de la relation entre les entités gouvernementales qui ont offert l'accès en ligne aux données et les personnes qui se sont prévaluées de cet

such that it is not plain and obvious to me that the first stage of the *Anns/Cooper* test is not met.

[104] Before finishing with the first stage of the test, I will briefly address the plaintiff's request for leave to file the Fourth SOC, which accompanied his Reply Memorandum of Fact and Law. I understand that request to be an alternative position, if necessary to respond to the defendant's argument that the Third SOC does not plead facts sufficient to establish the requisite proximity. As I have found the Third SOC sufficient, I need not consider whether leave should be granted to make the amendments proposed in the Fourth SOC.

[105] Moreover, I am conscious of the defendant's argument in resisting the plaintiff's request for leave. By order dated November 2, 2021 (Case Management Order), Associate Justice Ring ordered that a case management teleconference be requisitioned if the plaintiff intended to make any further amendments to the Statement of Claim prior to the hearing of the certification motion. This was to ensure the proposed amendments and their impact on the litigation schedule could be discussed with the Court. The defendant correctly asserts that the plaintiff did not comply with the requirement in the Case Management Order. With the exception of an amendment to the proposed Class definition, which I will address later in these reasons, I therefore decline to grant the plaintiff leave to file its amendment. If, following the issuance of this certification decision, the plaintiff considers that a pleading amendment remains necessary, he can seek leave through the case management process.

(iv) Policy Considerations

[106] I therefore turn to the second stage of the *Anns/Cooper* test. In taking the position that there are applicable

accès et ont créé des profils dans l'attente que leurs renseignements personnels et financiers soient protégés. À mon avis, il s'agit d'une position raisonnablement défendable, de sorte qu'il n'est ni clair ni évident pour moi que la première étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper* n'est pas respectée.

[104] Avant de terminer la première étape du critère, j'examinerai brièvement la demande d'autorisation soumise par le demandeur pour déposer la quatrième DM, qui accompagnait son mémoire des faits et du droit en réplique. Je comprends que cette demande constitue une position de rechange, au besoin, pour répondre à l'argument de la défenderesse selon lequel la troisième DM ne présente pas des faits suffisants pour établir la proximité requise. Comme j'estime que la troisième DM est suffisante, je n'ai pas à me demander si l'autorisation d'apporter les modifications proposées dans la quatrième DM devrait être accordée.

[105] De plus, je suis conscient de l'argument de la défenderesse qui s'oppose à la demande d'autorisation du demandeur à cet égard. Par ordonnance datée du 2 novembre 2021 (ordonnance de gestion de l'instance), le juge en chef adjoint Ring a ordonné qu'une téléconférence de gestion de l'instance soit demandée si le demandeur avait l'intention d'apporter d'autres modifications à la déclaration avant l'audition de la requête en autorisation. Il s'agissait de veiller à ce que les modifications proposées et leur incidence sur le calendrier des litiges puissent être discutées avec la Cour. La défenderesse affirme à juste titre que le demandeur ne s'est pas conformé à l'exigence de l'ordonnance de gestion de l'instance. À l'exception d'une modification à la définition de groupe proposé, dont je parlerai plus loin dans les présents motifs, je refuse donc d'accorder au demandeur l'autorisation de déposer sa modification. Si, à la suite de la délivrance de la présente décision d'autorisation, le demandeur estime qu'une modification de l'acte de procédure demeure nécessaire, il peut demander l'autorisation par l'entremise du processus de gestion de l'instance.

(iv) Considérations de politique générale

[106] Je passe donc à la deuxième étape du critère établi dans les arrêts *Anns/Cooper*. En soutenant qu'il existe

policy considerations that should serve to negate a duty of care, the defendant first relies on the principle that a duty of care should not be found in connection with a core policy decision. As explained in *Nelson (City) v. Marchi*, 2021 SCC 41, 463 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 44, courts should not interfere with policy decisions, as this would represent second-guessing the decisions of democratically elected government officials. In *Imperial Tobacco*, at paragraph 90, the Supreme Court concluded that core policy government decisions are decisions as to a course or principle of action that are based on public policy considerations, such as economic, social and political factors. These are protected from suit provided they are neither irrational nor taken in bad faith.

[107] The defendant submits that it is clear from the plaintiff's pleadings that his allegations essentially amount to a criticism of the Government's core policy decision to use existing systems to roll out the CERB and other COVID relief benefits at the beginning of the pandemic. In support of this argument, the defendant refers to the plaintiff's pleading as including the following:

- A. that the timing of the first data breach correlated with the Government's introduction of the CERB program and the breaches continued through the period that COVID benefits were being offered;
- B. that the online application system for CERB and CESB was implemented hastily and recklessly without taking necessary precautions to protect the plaintiff's and class members' personal and financial information in their online Government accounts;
- C. that the defendant ought to have known that its databases and online systems were vulnerable to unauthorized breaches and failed to take timely and

des considérations de politique générale applicables qui devraient servir à écarter une obligation de diligence, la défenderesse invoque d'abord le principe selon lequel une obligation de diligence ne devrait pas être établie en lien avec une décision de politique générale fondamentale. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Nelson (Ville) c. Marchi*, 2021 CSC 41, au paragraphe 44, si les tribunaux intervenaient, ils remettraient en question les décisions de représentants gouvernementaux démocratiquement élus. Dans l'arrêt *Imperial Tobacco*, au paragraphe 90, la Cour suprême a conclu que les décisions de politique générale fondamentale du gouvernement se rapportent à une ligne de conduite et reposent sur des considérations d'intérêt public, comme des facteurs économiques, sociaux ou politiques. Elles sont protégées contre les poursuites, à condition qu'elles ne soient ni irrationnelles ni entachées de mauvaise foi.

[107] La défenderesse soutient qu'il appert clairement des actes de procédure du demandeur que ses allégations équivalent essentiellement à une critique de la décision de principe du gouvernement d'utiliser les systèmes existants pour mettre en œuvre la PCU et d'autres prestations de répit financier liées à la COVID-19 au début de la pandémie. Pour démontrer cet argument, la défenderesse fait renvoi aux actes de procédure du demandeur, indiquant ce qui suit :

- A. le moment de la première atteinte à la protection des données correspondait au lancement par le gouvernement du programme de la PCU et les atteintes se sont poursuivies tout au long de la période où les prestations liées à la COVID-19 ont été offertes;
- B. le système de demande en ligne de la PCU et de la PCUE a été mis en œuvre de façon précipitée et imprudente, sans que les précautions nécessaires soient prises pour protéger les renseignements personnels et financiers du demandeur et des membres du groupe dans leurs comptes du gouvernement en ligne;
- C. la défenderesse aurait dû savoir que ses bases de données et ses systèmes en ligne étaient vulnérables aux accès non autorisés et qu'elle n'a pas

reasonable protective measures both before and after launching the online CERB and CESB programs; and

- D. that CRA was aware of an increase in fraudulent activity at the beginning of each monthly CERB and CESB period and generally during the time at issue but did nothing to notify or warn the plaintiff.

[108] The defendant submits that the Government's decision to use existing systems to deliver COVID relief benefits achieved its intention of Canadians having broad accessibility to apply for and receive the benefits rapidly. The defendant argues that this decision is therefore one of core policy, which is immune from liability.

[109] In response, the plaintiff submits that, far from criticizing this decision, he considers it an admirable goal on the part of the Government to quickly deliver benefits to those in need. The plaintiff argues that his allegations focus not on this decision but on what he asserts were inadequate security protocols in place for those Canadians who had elected to register for online services with CRA and other government accounts, expecting that their personal or financial information would be secure.

[110] I do not find the defendant's argument particularly compelling. While the decision to employ existing systems to deliver COVID relief benefits could potentially be characterized as a policy decision, I have difficulty with the defendant's position that the plaintiff's allegations focus upon this decision. I accept that the Third SOC alleges a relationship between the introduction of the COVID benefits in the spring of 2020 and the subsequent cyber security incidents, both in terms of timing and the objectives of the threat actors. However, I find reasonably arguable the plaintiff's position that his assertions of actionable errors or omissions on the part of the defendant focus upon allegedly inadequate online security measures. As it will remain available to the defendant to raise its policy argument at a common issues

rapidement pris de mesures de protection raisonnables avant et après le lancement des programmes en ligne de la PCU et de la PCUE;

- D. l'ARC était au courant d'une hausse du nombre d'activités frauduleuses au début de chaque période mensuelle de la PCU et de la PCUE et, de façon générale, pendant la période en cause, mais elle n'a rien fait pour aviser ou avertir le demandeur.

[108] La défenderesse soutient que la décision du gouvernement d'utiliser les systèmes existants pour offrir des prestations d'aide liée à la COVID-19 a atteint l'objectif souhaité, soit d'offrir aux Canadiens une vaste accessibilité pour demander et recevoir les prestations rapidement. La défenderesse soutient que cette décision fait donc partie de la politique générale fondamentale et est donc à l'abri de toute responsabilité.

[109] En réponse, le demandeur soutient que, loin de critiquer cette décision, il considère qu'il s'agit d'un objectif admirable de la part du gouvernement de fournir rapidement des prestations à ceux qui en ont besoin. Le demandeur soutient que ses allégations ne portent pas sur cette décision, mais sur ce qu'il considère comme les protocoles de sécurité inadéquats qui sont en place pour les Canadiens qui ont choisi de s'inscrire aux services en ligne auprès de l'ARC et d'autres comptes gouvernementaux, et qui s'attendent à ce que leurs renseignements personnels ou financiers soient protégés.

[110] Je n'estime pas les arguments de la défenderesse particulièrement convaincants. Bien que la décision d'utiliser les systèmes existants pour offrir des prestations de répit financier dans le cadre de la COVID-19 puisse potentiellement être considérée comme une décision de principe, j'ai de la difficulté à accepter la position de la défenderesse selon laquelle les allégations du demandeur portent sur cette décision. J'accepte que la troisième DM allègue une relation entre l'introduction des prestations pour la COVID-19 au printemps 2020 et les incidents de cybersécurité subséquents, tant sur le plan du calendrier que des objectifs des auteurs de menaces. Toutefois, j'estime que l'on peut raisonnablement défendre la position du demandeur selon laquelle ses affirmations d'erreurs ou d'omissions de la part de la défenderesse, lesquelles

trial, I will not analyse this issue further other than that to conclude that it is not plain and obvious to me that this argument will negate the existence of a duty of care.

[111] I also note that, in *Ari v. Insurance Corporation of British Columbia*, 2015 BCCA 468, 392 D.L.R. (4th) 671 (*Ari*), the Court of Appeal for British Columbia found that a duty of care should not be recognized for several public policy reasons. In *Ari*, at the core of the negligence claim as pleaded was the adequacy of security measures that the defendant undertook as a matter of policy pursuant to its statutory obligations to protect personal information in its custody (at paragraph 52). The Court noted that the policy decisions of public bodies are not actionable in negligence. This case is distinguishable in that the plaintiff's pleadings include allegations that the defendant breached his duty by failing to adhere to its policies to ensure protection of his and the other class members' personal financial information. *Tucci* distinguished *Ari* on a similar basis (at paragraph 131).

[112] Next, the defendant submits that there are policy reasons negating a duty of care in that such a duty would raise the spectre of indeterminate liability on the part of the Government. As explained in *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at paragraph 74, the possibility of unlimited government liability to an unlimited class may tax public resources and chill governmental intervention. *Cooper* (at paragraph 54) and *Imperial Tobacco* (at paragraph 99) raise this concern in circumstances where a government has no control over the number of potential claimants.

donnent matière à procès, mettent l'accent sur des mesures de sécurité en ligne qui seraient inadéquates. Comme la défenderesse pourra toujours présenter son argument de principe lors d'une audience relative aux questions communes, je n'analyserai pas cette question davantage, si ce n'est pour conclure que selon moi, il n'est ni clair ni évident que cet argument écartera l'existence d'une obligation de diligence.

[111] Je note également que, dans l'arrêt *Ari v. Insurance Corporation of British Columbia*, 2015 BCCA 468, 392 D.L.R. (4th) 671 (*Ari*), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'une obligation de diligence ne devrait pas être reconnue pour plusieurs raisons d'intérêt public. Dans l'arrêt *Ari*, l'élément central de la demande fondée sur la négligence, ainsi qu'il a été plaidé, était le caractère adéquat des mesures de sécurité que le défendeur a prises sur le plan administratif, conformément à ses obligations légales de protéger les renseignements personnels en sa possession (au paragraphe 52). La Cour a souligné que les décisions de principe des organismes publics ne peuvent donner lieu à des poursuites pour négligence. Cette affaire est différente, du fait que les actes de procédure du demandeur comprennent des allégations selon lesquelles la défenderesse a manqué à son obligation en ne respectant pas ses politiques pour assurer la protection des renseignements financiers personnels du demandeur et de ceux des autres membres du groupe. La décision *Tucci* a établi une distinction semblable d'avec l'arrêt *Ari* (au paragraphe 131).

[112] Ensuite, la défenderesse soutient qu'il y a des raisons de principe qui écarte l'obligation de diligence en ce sens qu'une telle obligation soulèverait une responsabilité indéterminée de la part du gouvernement. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, au paragraphe 74, la possibilité d'une responsabilité gouvernementale illimitée à l'égard d'un groupe illimité peut grever les ressources publiques et freiner l'intervention du gouvernement. Les arrêts *Cooper* (au paragraphe 54) et *Imperial Tobacco* (au paragraphe 99) soulèvent cette préoccupation dans les cas où un gouvernement n'a aucun contrôle sur le nombre de demandeurs potentiels.

[113] The defendant relies on *Ari*, which addressed a motion to strike a claim arising from a breach of privacy by an Insurance Corporation of British Columbia (ICBC) employee. The claim alleged that ICBC breached its alleged duty by failing to have an adequate system in place to prevent unauthorized access to personal information. As previous noted, the Court of Appeal for British Columbia concluded that no duty of care could be recognized because of several policy concerns. These concerns included that recognizing a duty of care would raise the spectre of indeterminate liability (at paragraph 50).

[114] In my view, the indeterminate liability argument is among the strongest of the defendant's submissions in opposing the plaintiff's certification motion. In *Tucci*, the Court identified the policy concerns raised by the defendant as a difficult issue and considered the analysis in *Ari* that supported the defendant's position. However, it concluded that the indeterminate liability concerns that arose in *Ari* did not apply because the same duty is not legislated for all private entities (at paragraph 132). The indeterminate liability concern is arguably greater in the case at hand, in that the duty of care that the plaintiff seeks to impose could potentially apply to any public entity storing personal or confidential information through an online portal.

[115] In *Ari* and other authorities upon which the defendant relies, courts have been prepared to conclude at the pleadings or certification stage of a proceeding that, based on policy considerations, including concerns of indeterminate liability, no duty of care exists. *Ari* expressly stated that this determination did not require consideration at trial of the factual matrix beyond that disclosed in the pleadings (at paragraph 63). However, *Ari* is distinguishable on this point, because the indeterminate liability concern resulted from the fact that the source of the duty alleged by the plaintiff arose solely

[113] La défenderesse invoque l'arrêt *Ari*, qui portait sur une requête en radiation d'une demande découlant d'une atteinte à la vie privée d'un employé d'Insurance Corporation of British Columbia (ICBC). Dans la demande, il était allégué que l'ICBC avait manqué à son obligation alléguée en omettant de mettre en place un système adéquat pour empêcher l'accès non autorisé aux renseignements personnels. Comme il a été mentionné précédemment, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'aucune obligation de diligence ne pouvait être reconnue en raison de plusieurs préoccupations de politique. Ces préoccupations portaient notamment sur le fait que la reconnaissance d'une obligation de diligence entraînerait une responsabilité indéterminée (au paragraphe 50).

[114] À mon avis, l'argument de la responsabilité indéterminée est l'un des arguments les plus solides de la défenderesse pour s'opposer à la requête en autorisation du demandeur. Dans la décision *Tucci*, la Cour a déterminé que les préoccupations de politique générale soulevées par le défendeur constituaient une question complexe et a examiné l'analyse qui corroborait la position du défendeur dans l'arrêt *Ari*. Cependant, elle a conclu que les préoccupations relatives à la responsabilité indéterminée soulevées dans l'arrêt *Ari* ne s'appliquaient pas, parce que la même obligation n'est pas prévue par la loi pour toutes les entités privées (au paragraphe 132). On peut soutenir que la préoccupation relative à la responsabilité indéterminée est plus importante en l'espèce, en ce sens que l'obligation de diligence que le demandeur cherche à imposer pourrait s'appliquer à toute entité publique qui stocke des renseignements personnels ou confidentiels au moyen d'un portail en ligne.

[115] Dans l'arrêt *Ari* et dans d'autres arrêts sur lesquels la défenderesse s'appuie, les tribunaux ont été disposés à conclure, à l'étape des actes de procédure ou de l'autorisation, qu'il n'existe pas d'obligation de diligence fondée sur des considérations de politique générale, y compris les préoccupations relatives à la responsabilité indéterminée. Dans l'arrêt *Ari*, il est expressément déclaré que cette décision n'exigeait pas la prise en compte, au procès, de la trame factuelle autre que celle divulguée dans les actes de procédure (au paragraphe 63). Cependant, l'arrêt *Ari* se distingue sur ce point, parce que la préoccupation

out of ICBC's statutory obligation under the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, c. 165, to make reasonable security arrangements to protect personal information in its custody. The Court reasoned that every public body collecting personal information could be subject to the same private law duty of care that the plaintiff sought to impose based on the statutory obligation (at paragraph 50).

[116] In contrast, in the case at hand, the plaintiff emphasizes that he is proposing a Class composed of only those persons who established a relationship with the Government by registering for online portals that store personal and financial information, giving rise to what he argues is a duty by the Government to secure those portals reasonably. The factual matrix available on the pleadings does not allow the Court to assess the breadth of the Government's practice of employing such portals. While it remains available to the defendant to advance its public policy arguments at trial based on an evidentiary record, I am not presently able to conclude, based on the defendant's indeterminate liability argument, that it is plain and obvious that the plaintiff has not disclosed a viable cause of action in systemic negligence.

(b) *Breach of Confidence*

[117] To succeed in a claim for breach of confidence, a plaintiff must prove: (a) that the plaintiff conveyed confidential information to the defendant; (b) that the information was conveyed in confidence; and (c) that the defendant then misused the information to the plaintiff's detriment (see *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574). The defendant submits that the plaintiff's pleadings fail to disclose a reasonable cause of action for breach of confidence, both because they do not set out material facts necessary to establish the requirement of misuse and because the defendant's failure to prevent the relevant cyber attacks does not represent misuse within the meaning of this tort. The

relative à la responsabilité indéterminée découle du fait que la source de l'obligation alléguée par le demandeur résulte uniquement de l'obligation légale d'ICBC, en vertu de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 165, de prendre des dispositions raisonnables en matière de sécurité afin de protéger les renseignements personnels sous sa garde. La Cour a conclu que tout organisme public recueillant des renseignements personnels pourrait être assujéti à la même obligation de diligence de droit privé que le demandeur cherchait à imposer en fonction de l'obligation légale (au paragraphe 50).

[116] En revanche, en l'espèce, le demandeur souligne qu'il propose un groupe composé uniquement des personnes qui ont établi une relation avec le gouvernement en s'inscrivant à des portails en ligne qui stockent des renseignements personnels et financiers, donnant lieu à ce qu'il soutient être une obligation du gouvernement d'assurer raisonnablement la sécurité de ces portails. La trame factuelle disponible dans les actes de procédure ne permet pas à la Cour d'évaluer l'ampleur de l'utilisation de tels portails par le gouvernement. Bien qu'il demeure loisible à la défenderesse de faire valoir ses arguments d'intérêt public au procès sur la base d'un dossier de preuve, je ne suis pas actuellement en mesure de conclure, en me fondant sur l'argument de responsabilité indéterminée de la défenderesse, qu'il est clair et évident que le demandeur n'a pas divulgué une cause d'action valable fondée sur la négligence systémique.

b) *Abus de confiance*

[117] Pour obtenir gain de cause dans une demande fondée sur l'abus de confiance, le demandeur doit prouver : a) que le demandeur a communiqué des renseignements confidentiels à la défenderesse; b) que les renseignements ont été communiqués à titre confidentiel; c) que la défenderesse a ensuite utilisé de manière abusive les renseignements au détriment du demandeur (voir *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574). La défenderesse soutient que les actes de procédure du demandeur ne révèlent pas une cause d'action raisonnable pour abus de confiance, à la fois parce qu'ils n'établissent pas les faits importants nécessaires pour satisfaire à l'exigence relative à

defendant therefore argues that the breach of confidence claim is doomed to fail.

[118] The Third SOC contains only one paragraph under the “Breach of Confidence” heading, which alleges that the personal financial information in the online Government accounts of the plaintiff and other class members was confidential, was communicated to the defendant in confidence, and was misused by the defendant. I agree with the defendant’s submission that, in relation to the requirement of misuse, this paragraph represents bald assertions and does not allege material facts necessary to support a cause of action (see *Jensen v. Samsung Electronics Co. Ltd.*, 2021 FC 1185 (*Jensen*), at paragraph 77).

[119] However, performing the required review of the pleading as a whole (see *Mancuso v. Canada (National Health and Welfare)*, 2015 FCA 227, 476 N.R. 219, at paragraph 18) reveals more detail of the plaintiff’s allegation of misuse underlying the breach of confidence claim, which relies on essentially the same factual basis as his claim in systemic negligence. In the “Background” section of the Third SOC, the plaintiff alleges that the defendant knew or ought to have known that its databases and online systems were vulnerable to data breaches; that it failed to take timely, reasonable and adequate measures to protect the information in its databases; that it failed to follow its own cybersecurity guidance regarding passwords; that it should have offered a non-vulnerable security question mechanism; and that it should have followed industry norms regarding two-factor authentication.

[120] In my view, the plaintiff’s pleading is sufficient to perform its role of identifying the issues for the defendant (see *Jensen*, at paragraph 77). However, turning to the defendant’s second argument, that its failure to prevent the cyber attacks does not represent misuse within

l’usage abusif et parce que le défaut de la défenderesse d’empêcher les cyberattaques pertinentes ne représente pas un usage abusif au sens du présent délit. La défenderesse soutient donc que la demande fondée sur l’abus de confiance est vouée à l’échec.

[118] La troisième DM ne contient qu’un seul paragraphe sous la rubrique « Abus de confiance », dans lequel il est allégué que les renseignements financiers personnels figurant dans les comptes gouvernementaux en ligne du demandeur et des autres membres du groupe étaient confidentiels ont été communiqués à la défenderesse à titre confidentiel, et ont été utilisés de manière abusive par la défenderesse. Je souscris à l’observation de la défenderesse selon laquelle, en ce qui concerne l’exigence relative à l’usage abusif, ce paragraphe représente de simples assertions et n’allègue pas les faits importants nécessaires pour confirmer une cause d’action (voir *Jensen c. Samsung Electronics Co. Ltd.*, 2021 CF 1185 (*Jensen*), au paragraphe 77).

[119] Cependant, l’examen requis de l’acte de procédure dans son ensemble (voir *Mancuso c. Canada (Santé nationale et Bien-être social)*, 2015 CAF 227, au paragraphe 18) révèle plus de détails sur l’allégation d’usage abusif du demandeur qui sous-tend la demande fondée sur l’abus de confiance, qui repose essentiellement sur le même fondement factuel que sa demande fondée sur la négligence systémique. Dans la section « Contexte » de la troisième DM, le demandeur allègue que la défenderesse savait ou aurait dû savoir que ses bases de données et ses systèmes en ligne étaient vulnérables aux atteintes à la protection des données; qu’elle n’a pas pris rapidement des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les renseignements contenus dans ses bases de données; qu’elle n’a pas respecté ses propres directives en matière de cybersécurité concernant les mots de passe; qu’elle aurait dû offrir un mécanisme inattaquable de questions de sécurité; et qu’elle aurait dû suivre les normes de l’industrie concernant l’authentification à deux facteurs.

[120] À mon avis, les actes de procédure du demandeur sont suffisants pour remplir leur rôle, soit de cerner des questions pour la défenderesse (voir *Jensen*, au paragraphe 77). Toutefois, en ce qui concerne le deuxième argument de la défenderesse, portant que son défaut

the meaning of the breach of confidence tort, in my view, there is jurisprudential support for the defendant's position.

[121] In the *Del Giudice* hacking case described earlier in these reasons, the Ontario Superior Court of Justice found no basis for a breach of confidence claim based on the material facts pleaded, both because most of the information was not confidential and because, in the view of the Court, the defendants did not make an unauthorized use of the information such as would constitute its misuse (at paragraph 197). Similarly, in *Kaplan v. Casino Rama Services Inc.*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736 (*Kaplan*), the Ontario Superior Court of Justice reasoned that, unless the word “misuse” was distorted out of all shape and meaning, the defendants’ failure to prevent the cyber attack at issue in that case was not a misuse of confidential information within the meaning of the breach of confidence tort (at paragraph 31).

[122] In response to this argument, the plaintiff relies on *Condon FCA* and *John Doe FCA*, both of which allowed the certification of breach of confidence claims in circumstances where the Government failed to adequately safeguard confidential information. In *Tucci BCCA*, upon which I have previously relied in these reasons, the Court of Appeal for British Columbia considered *Condon FCA*, as well as the Federal Court decision in *John Doe*, as authorities identified by the plaintiffs in which breach of confidence claims had been allowed to proceed in circumstances similar to the online data breach it was considering. The Court of Appeal noted that neither of these authorities of the Federal Courts specifically addressed the issue of whether the tort of breach of confidence requires intentional misuse of confidential information (at paragraph 112). While the certification of proceedings in those two cases appeared inconsistent with a view that misuse must be intentional, the Court of Appeal for British Columbia nevertheless concluded that breach of confidence is an intentional tort (at paragraphs 112–113).

d’avoir empêché les cyberattaques ne constitue pas un usage abusif au sens du délit d’abus de confiance, je suis d’avis que la jurisprudence étaye la position de la défenderesse.

[121] Dans l’affaire de piratage *Del Giudice* décrite précédemment dans les présents motifs, la Cour supérieure de justice de l’Ontario n’a trouvé aucun fondement à une demande fondée sur l’abus de confiance, sur la base des faits substantiels invoqués, tant parce que la plupart des renseignements n’étaient pas confidentiels que parce que, de l’avis de la Cour, les défendeurs n’ont pas fait une utilisation non autorisée des renseignements qui constituerait une utilisation abusive (au paragraphe 197). De même, dans la décision *Kaplan v. Casino Rama Services Inc.*, 2019 ONSC 2025 (CanLII), 145 O.R. (3d) 736 (*Kaplan*), la Cour supérieure de justice de l’Ontario a conclu que, à moins que le mot [TRADUCTION] « utilisation abusive » ne soit dénaturé de toute forme et de toute signification, le défaut des défendeurs d’empêcher la cyberattaque en cause dans cette affaire ne constituait pas une utilisation abusive de renseignements confidentiels au sens du délit d’abus de confiance (au paragraphe 31).

[122] En réponse à cet argument, le demandeur s’appuie sur les arrêts *Condon CAF* et *Untel CAF*, qui ont tous deux permis l’autorisation de demandes fondées sur l’abus de confiance dans des circonstances où le gouvernement n’avait pas protégé adéquatement les renseignements confidentiels. Dans l’arrêt *Tucci BCCA*, sur lequel je me suis déjà appuyé dans les présents motifs, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a examiné l’arrêt *Condon CAF*, ainsi que la décision de la Cour fédérale dans l’affaire *Untel*, comme précédents relevés par les demandeurs et dans lesquels les demandes fondées sur l’abus de confiance avaient été autorisées dans des circonstances similaires à l’atteinte à la protection des données en ligne qu’ils envisageaient. La Cour d’appel a souligné qu’aucun de ces précédents des Cours fédérales ne traitait spécifiquement de la question de savoir si le délit d’abus de confiance exigeait une utilisation abusive intentionnelle de renseignements confidentiels (au paragraphe 112). Bien que l’autorisation des procédures dans ces deux affaires semble incompatible avec l’opinion selon laquelle l’utilisation abusive doit être intentionnelle, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a

[123] As such, *Tucci BCCA* represents another authority supporting the defendant's position that the tort of breach of confidence does not apply to the circumstances of the case at hand. Nevertheless, I am conscious of the principle adopted by Justice Martineau in *Arsenault v. Canada*, 2008 FC 299, 330 F.T.R. 8 (*Arsenault*), at paragraph 27, that, in order to meet the test on a motion to strike (which is the same test that applies under paragraph 334.16(1)(a)), there must be a decided case directly on point, from the same jurisdiction, demonstrating that the very issue has been squarely dealt with and rejected.

[124] Consistent with the observation in *Tucci BCCA*, neither *Condon FCA* nor *John Doe FCA* dealt expressly with the issue presently before the Court, i.e. whether the requirement of misuse in the tort of breach of confidence can be met in the absence of intention on the part of the alleged tortfeasor. Indeed, as the defendant submits, the case at hand is somewhat distinguishable even from *Condon FCA* and *John Doe FCA*, as neither of those cases involved a third party actor. However, I understand the plaintiff's reliance on these authorities, as both involved the Government failing in some manner to properly safeguard confidential information. Given that level of similarity, the fact that certification was granted in both cases, and the fact that they represent decisions of the Federal Court of Appeal, and taking into account the principle in *Arsenault*, I am unable to conclude that the plaintiff's cause of action in breach of confidence is doomed to fail.

(c) *Intrusion upon Seclusion*

[125] The tort of intrusion upon seclusion, as recognized by the Court of Appeal for Ontario in *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241 (*Tsige*), involves the following elements: (a) the defendant's conduct must be intentional or reckless; (b) the defendant must have invaded, without lawful justification, the plaintiff's private affairs or concerns; and (c) the invasion must be

néanmoins conclu que l'abus de confiance est un délit intentionnel (aux paragraphes 112 à 113).

[123] Par conséquent, l'arrêt *Tucci BCCA* représente un autre précédent qui étaye la position de la défenderesse selon laquelle l'abus de confiance ne s'applique pas aux circonstances de l'espèce. Néanmoins, je suis conscient du principe adopté par le juge Martineau dans la décision *Arsenault c. Canada*, 2008 CF 299 (*Arsenault*), au paragraphe 27, selon lequel, pour satisfaire au critère d'une requête en radiation (qui est le même critère que celui qui s'applique en vertu de l'alinéa 334.16(1)a)), il doit y avoir un dossier portant exactement sur la même question, issu de la même juridiction, et démontrant que cette même question a été clairement examinée et rejetée.

[124] Conformément à l'observation formulée dans l'arrêt *Tucci BCCA*, ni l'arrêt *Condon CAF* ni l'arrêt *Untel CAF* n'ont traité expressément de la question dont la Cour est actuellement saisie, c'est-à-dire de la question de savoir si l'exigence relative à l'utilisation abusive dans le cadre du délit d'abus de confiance peut être satisfaite en l'absence d'intention de la part de l'auteur allégué du délit. En effet, comme le prétend la défenderesse, l'espèce se distingue quelque peu des affaires *Condon CAF* et *Untel CAF*, car aucune de ces affaires ne mettait en cause un tiers. Toutefois, je comprends que le demandeur ait invoqué ces précédents, car tous deux concernaient le défaut du gouvernement, d'une manière ou d'une autre, de protéger adéquatement les renseignements confidentiels. Compte tenu de ce degré de similitude, du fait que l'autorisation a été accordée dans les deux cas, et du fait qu'il s'agit de décisions de la Cour d'appel fédérale, et compte tenu du principe de la décision *Arsenault*, je ne suis pas en mesure de conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'abus de confiance est vouée à l'échec.

c) *Intrusion dans l'intimité*

[125] Le délit d'intrusion dans l'intimité, ainsi qu'il est reconnu par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241 (*Tsige*), comprend les éléments suivants : a) la conduite de la défenderesse doit être intentionnelle ou insouciance; b) la défenderesse doit avoir envahi, sans justification légitime, les affaires ou les préoccupations privées du

such that a reasonable person would regard it as highly offensive, causing distress, humiliation or anguish (at paragraph 71). As with the breach confidence tort, the defendant argues that there is no viable cause of action for intrusion arising from a database breach, where the bad actor is a third party, not the defendant that maintained the database. Essentially, the defendant's position is that this tort can be advanced only against an intruder and, in the case at hand, it is the threat actor and not the defendant, which is the intruder.

[126] Again, there is jurisprudential support for the defendant's position, found in recent authorities from the Ontario Superior Court of Justice. In *Owsianik v. Equifax Canada Co.*, 2021 ONSC 4112 (CanLII), 75 C.C.L.T. (4th) 243 (*Owsianik*), the Divisional Court held that the tort of intrusion upon seclusion has nothing to do with a database defendant. The Court held that to extend liability under this tort to a person who does not intrude, but rather fails to prevent the intrusion of another, would represent more than an incremental change to the common law (at paragraph 54).

[127] *Owsianik* has been followed in other Ontario decisions. For instance, in *Del Giudice*, the Court declined to certify a claim for intrusion upon seclusion. It explained that Ms. Thompson was the intruder and that, while Capital One and Amazon Web were alleged to have increased the risk of data breach or to have failed to prevent the breach, a failure to prevent intrusion, even if reckless, was not intrusion (at paragraph 136). This recent Ontario jurisprudence is very much on point in favouring the defendant's position.

[128] However, the plaintiff emphasizes that there are also authorities that diverge from that position. In *Kaplan*, the Ontario Superior Court of Justice reasoned that intrusion upon seclusion is a new tort that is still evolving and could conceivably support a claim against defendants whose alleged recklessness in the design and

demandeur; c) l'invasion doit être telle qu'une personne raisonnable la considérerait comme hautement offensante, causant de la détresse, de l'humiliation ou de l'anxiété (au paragraphe 71). Comme dans le cas du délit d'abus de confiance, la défenderesse soutient qu'il n'y a pas de cause d'action valable pour l'intrusion découlant d'une violation de la base de données, où la personne malveillante est un tiers et non la défenderesse qui a géré la base de données. Essentiellement, la position de la défenderesse est que ce délit ne peut être avancé que contre l'auteur d'une intrusion et, en l'espèce, c'est l'auteur de la menace et non la défenderesse, qui est l'auteur de l'intrusion.

[126] Encore une fois, la position de la défenderesse est étayée par la jurisprudence, selon des décisions récentes de la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Dans la décision *Owsianik v. Equifax Canada Co.*, 2021 ONSC 4112 (CanLII), 75 C.C.L.T. (4th) 243 (*Owsianik*), la Cour divisionnaire a conclu que le délit d'intrusion dans l'intimité n'a rien à voir avec la base de données d'un défendeur. La Cour a conclu que le fait d'étendre la responsabilité au titre de ce délit à une personne qui ne commet pas d'intrusion, mais omet plutôt d'empêcher l'intrusion d'une autre personne, représenterait plus qu'un changement marginal à la common law (au paragraphe 54).

[127] La décision *Owsianik* a été suivie dans d'autres décisions de l'Ontario. Par exemple, dans l'affaire *Del Giudice*, la Cour a refusé d'autoriser une demande fondée sur une intrusion dans l'intimité. Elle a expliqué que Mme Thompson était l'auteure de l'intrusion et que, bien qu'il ait été allégué que Capital One et Amazon Web avaient augmenté le risque d'atteinte à la protection des données ou avaient omis de prévenir l'atteinte, le défaut de prévenir l'intrusion, même s'il était imprudent, ne constituait pas en soi une intrusion (au paragraphe 136). Ce récent précédent de l'Ontario est tout à fait en faveur de la position de la défenderesse.

[128] Toutefois, le demandeur souligne qu'il existe des précédents qui diffèrent également de cette position. Dans la décision *Kaplan*, la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que l'intrusion dans l'intimité est un nouveau délit qui évolue encore et qui pourrait vraisemblablement étayer une demande contre des défendeurs

operation of their computer system facilitated a hacker's invasion. As such, the Court was not prepared to say that the intrusion claim was plainly and obviously doomed to fail (at paragraph 29). *Kaplan* relied in part on *Tucci*, in which the Supreme Court of British Columbia held that, while it was a stretch to say that the defendant invaded the plaintiff's private affairs, as that was done by a third party, it was not plain and obvious that being sufficiently reckless may not result in that conduct being attributed to the defendant. The Court concluded that intrusion upon seclusion was a relatively new tort and should be allowed to develop through full decisions (at paragraph 152).

[129] Ultimately, *Tucci* declined to certify this tort under British Columbia common law because of binding authority based on the fact that British Columbia already has an intentional privacy tort in its provincial legislation. While *Tucci* certified the tort under federal common law, the Court of Appeal for British Columbia concluded that it was an error to conceive of federal and provincial common law being separate bodies of legal principles (see *Tucci BCCA*, at paragraphs 69–90). However, the plaintiff notes that *Tucci BCCA* also observed that it was unfortunate that no appeal had been taken from the decision not to certify the tort under provincial law and expressed the view that the time may well have come for the Court to revisit its jurisprudence on the tort of breach of privacy (at paragraph 55).

[130] It is difficult to read much into this observation in *Tucci BCCA*. However, I take the plaintiff's point that a reasonable argument can be made that the jurisprudence on the potential scope of the tort of intrusion upon seclusion is not entirely settled. It is also useful again to consider the approach of the Federal Courts in *Condon* and *John Doe* and the related appeal decisions. In *Condon*, the Federal Court found that it was not plain and obvious that an action based on the tort of intrusion upon seclusion would fail (at paragraph 64), rejecting

dont la prétendue insouciance dans la conception et l'exploitation de leur système informatique a facilité l'invasion par un pirate informatique. Par conséquent, la Cour n'était pas disposée à dire que la demande fondée sur l'intrusion était clairement et manifestement vouée à l'échec (au paragraphe 29). La décision *Kaplan* est fondée en partie sur l'arrêt *Tucci*, dans lequel la Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que, bien qu'il soit exagéré de dire que le défendeur se soit ingéré dans les affaires privées du demandeur, cet acte ayant été commis par un tiers, il n'est pas clair et évident qu'une insouciance suffisante pourrait ne pas entraîner l'attribution de cette conduite au défendeur. La Cour a conclu que l'intrusion dans l'intimité était un délit relativement nouveau et qu'il faut laisser le temps faire son œuvre pour qu'il soit mieux établi dans des décisions complètes (au paragraphe 152).

[129] En définitive, l'arrêt *Tucci* a refusé d'autoriser ce délit en vertu de la common law de la Colombie-Britannique en raison d'un pouvoir exécutoire fondé sur le fait que la législation provinciale de la Colombie-Britannique prévoit déjà un délit d'intrusion intentionnelle dans la vie privée. Bien que l'arrêt *Tucci* ait autorisé la responsabilité délictuelle en vertu de la common law fédérale, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il était erroné de concevoir que la common law fédérale et la common law provinciale étaient des corpus distincts de principes juridiques (voir *Tucci BCCA*, aux paragraphes 69 à 90). Cependant, le demandeur constate que l'arrêt *Tucci BCCA*, a également fait remarquer qu'il était malheureux qu'aucun appel n'ait été interjeté contre la décision de ne pas autoriser le délit en vertu du droit provincial et a indiqué que le temps était peut-être venu pour la Cour de revoir sa jurisprudence sur le délit d'atteinte à la vie privée (au paragraphe 55).

[130] Il est difficile d'interpréter cette observation formulée dans l'arrêt *Tucci BCCA*. Toutefois, je souscris à l'argument du demandeur selon lequel il est raisonnable de soutenir que la jurisprudence sur la portée potentielle du délit d'intrusion dans l'intimité n'est pas entièrement établie. Il est également utile d'examiner l'approche adoptée par les Cours fédérales dans les affaires *Condon* et *Untel* et les décisions d'appel connexes. Dans la décision *Condon*, la Cour fédérale a conclu qu'il n'est pas évident et manifeste qu'une action fondée sur le délit

the argument that the plaintiffs did not allege that the defendant invaded their private affairs without justification. The Court held that the plaintiffs had sufficiently responded to this argument by pleading that their personal information was disclosed in an unlawful way (at paragraphs 54–58). While *Condon FCA* did not interfere with this conclusion, it does not appear that this issue was raised on appeal.

[131] In *John Doe*, the Federal Court held that the pleading of this tort was sufficient, that the area of privacy rights was developing rapidly, and that this tort's development or limitation should not be decided at the certification stage of the litigation (at paragraphs 39–40). However, the Federal Court of Appeal disagreed, finding that it was plain and obvious that this cause of action could not possibly succeed. It reasoned that, at best, the pleadings supported that an isolated administrative error was made and concluded that there were no material facts pleaded to support an allegation of bad faith or recklessness (*John Doe FCA*, at paragraph 58).

[132] I find the present case distinguishable from *John Doe FCA*, on the basis that the plaintiff has expressly pleaded recklessness on the part of the defendant in ignoring reports by class members and service providers such as accounting and investment firms of unauthorized data breaches of class members' online Government accounts. For purposes of the present analysis, I must assume these factual allegations to be true and would find they are sufficient to disclose a reasonable cause of action in intrusion by seclusion, if recklessness in failing to prevent a data breach by a third party is legally sufficient to support this tort. Whether such recklessness is indeed legally sufficient is the question which remains unsettled and, given that there is some potential support for the plaintiff's position in the jurisprudence of the Federal Courts, I am unable to conclude that the plaintiff's cause of action in intrusion by seclusion is bound to fail.

d'intrusion dans l'intimité serait vouée à l'échec (au paragraphe 64), rejetant l'argument selon lequel les demandeurs n'allégueraient pas que le défendeur s'était ingéré leurs affaires privées sans justification. La Cour a conclu que les demandeurs avaient fourni une réponse suffisante à cet argument en plaçant que leurs renseignements personnels avaient été divulgués de façon illégale (aux paragraphes 54 à 58). Bien que l'arrêt *Condon CAF* n'ait pas d'incidence sur cette conclusion, il ne semble pas que cette question ait été soulevée en appel.

[131] Dans la décision *Untel*, la Cour fédérale a conclu que l'acte de procédure sur ce délit était suffisant, que le domaine des droits à la vie privée se développait rapidement et que son développement ou son endiguement ne devrait pas être décidé à ce stade du litige (aux paragraphes 39 et 40). Cependant, la Cour d'appel fédérale n'était pas d'accord, concluant qu'il était clair et évident que cette cause d'action ne pouvait pas aboutir. Elle a conclu que, tout au plus, l'acte de procédure établit la présence d'une erreur administrative isolée et qu'il n'y avait pas de faits substantiels avancés à l'appui d'une allégation de mauvaise foi ou d'insouciance (*Untel CAF*, au paragraphe 58).

[132] J'estime que la présente affaire se distingue de celle d'*Untel CAF*, au motif que le demandeur a expressément plaidé l'insouciance de la défenderesse faisant fi des rapports des membres du groupe et des fournisseurs de services, comme les cabinets comptables et les sociétés de placement, au sujet d'accès non autorisés aux données des comptes du gouvernement en ligne des membres du groupe. Aux fins de la présente analyse, je dois présumer que ces allégations factuelles sont vraies et je conclus qu'elles sont suffisantes pour révéler une cause d'action valable fondée sur l'intrusion dans l'intimité, si l'insouciance dont il a été fait preuve dans le défaut d'empêcher une atteinte à la protection des données par un tiers est juridiquement suffisante pour confirmer ce délit. Comme la question de savoir si une telle insouciance est effectivement suffisante sur le plan juridique n'est toujours pas réglée et, étant donné que la jurisprudence issue des Cours fédérales pourrait étayer la position du demandeur, je ne suis pas en mesure de conclure que la cause d'action du demandeur fondée sur l'intrusion dans l'intimité est vouée à l'échec.

(3) Identifiable Class of Two or More Persons

[133] Paragraph 334.16(1)(b) [of the Rules] requires the Court to consider whether there is some basis in fact to conclude there is an identifiable class of two or more persons. As previously noted, the evidence in this motion indicates that 48 110 CRA My Accounts were impacted by the unauthorized use of credentials, with 12 700 of those accounts showing evidence of being used for fraud. Similarly, the evidence indicates that 5 957 accounts across several Enabled Services of ESDC were potentially impacted by the data breach, including 3 200 compromised MSCAs that were used to access CRA My Accounts via the link between MSCA and CRA, 1 200 of which were used to apply for CERB or other COVID-related benefits. As such, there is clearly a basis in fact to conclude that the potential Class extends to two or more persons.

[134] The paragraph 334.16(1)(b) requirement also entails identifying an appropriate definition for the proposed class. As explained by the Supreme Court in *Sun-Rype Products Ltd. v. Archer Daniels Midland Company*, 2013 SCC 58, [2013] 3 S.C.R. 545, at paragraph 57:

I agree with the courts that have found that the purpose of the class definition is to (i) identify those persons who have a potential claim for relief against the defendants; (ii) define the parameters of the lawsuit so as to identify those persons who are bound by its result; (iii) describe who is entitled to notice of the action (*Lau v. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (Ont. S.C.J.), at paras. 26 and 30; *Bywater v. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 10; Eizenga et al., at § 3.31). *Dutton* states that “[i]t is necessary ... that any particular person’s claim to membership in the class be determinable by stated, objective criteria” (para. 38). According to Eizenga et al., “[t]he general principle is that the class must simply be defined in a way that will allow for a later determination of class membership” (§ 3.33).

3) Groupe identifiable formé d’au moins deux personnes

[133] L’alinéa 334.16(1)(b) des Règles exige que la Cour examine s’il y a un certain fondement factuel pour conclure qu’il existe un groupe identifiable formé d’au moins deux personnes. Comme il a été mentionné précédemment, la preuve présentée dans la présente requête indique que 48 110 comptes du service Mon dossier de l’ARC ont été touchés par l’utilisation non autorisée de justificatifs d’identité, et 12 700 de ces comptes montrent des preuves d’utilisation frauduleuse. De même, les éléments de preuve indiquent que 5 957 comptes de plusieurs services adaptés d’EDSC pourraient avoir été touchés par l’atteinte à la protection des données, y compris 3 200 MDSC compromis qui ont été utilisés pour accéder à Mon dossier de l’ARC au moyen du lien entre MDSC et l’ARC, dont 1 200 ont été utilisés pour présenter une demande de PCU ou d’autres prestations liées à la COVID-19. Par conséquent, il existe clairement un fondement factuel qui permet de conclure que le groupe potentiel compte au moins deux personnes.

[134] L’exigence de l’alinéa 334.16(1)(b) des Règles suppose également que le groupe proposé soit adéquatement défini. Comme l’a expliqué la Cour suprême dans l’arrêt *Sun-Rype Products Ltd. c. Archer Daniels Midland Company*, 2013 CSC 58, [2013] 3 R.C.S. 545, au paragraphe 57 :

Je suis d’accord avec les tribunaux qui sont arrivés à la conclusion que la définition du groupe a les objets suivants : i) recenser les personnes susceptibles d’avoir un droit de réparation contre les défendeurs; ii) établir les paramètres de la poursuite afin de circonscrire les personnes liées par son issue; iii) déterminer les personnes ayant le droit d’être avisées de l’existence du recours (*Lau c. Bayview Landmark Inc.* (1999), 40 C.P.C. (4th) 301 (C.S.J. Ont.), par. 26 et 30; *Bywater c. Toronto Transit Commission* (1998), 27 C.P.C. (4th) 172 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 10; Eizenga et autres, § 3.31). Pour citer l’arrêt *Dutton*, « [i]l est [...] nécessaire que l’appartenance d’une personne au groupe puisse être déterminée sur des critères explicites et objectifs » (par. 38). Selon Eizenga et autres, [TRADUCTION] « [l]e principe général veut que le groupe soit tout simplement défini de manière à permettre de déterminer par la suite qui en fait partie » (§ 3.33).

[135] The class definition proposed by the plaintiff is set out earlier in these reasons. Leaving aside the definitions for the terms used therein, the substance of the definition reads as follows (with the underlined portion representing a change from the Third SOC to the Fourth SOC):

All persons whose personal or financial information in their Government of Canada Online Account was disclosed to a third party without authorization on or after March 1, 2020, excluding Excluded Persons.

[136] The defendant takes issue with the proposed definition on several bases. First, the defendant submits that the definition is overly broad, and unrelated to the proposed common issues (which will be identified and addressed in more detail later in these reasons), because it includes persons who had information in their accounts disclosed to a third party for any reason, even if unrelated to the conduct of the defendant. This criticism is fair, particularly if one considers the definition set out in the Third SOC, in which the words “without authorization” are missing. As the defendant submits, that definition would include disclosure to third parties that a class member had authorized, such as an accounting firm or other authorized representatives.

[137] However, it is clearly not the plaintiff’s intent to propose a Class that includes persons whose information was the subject of only authorized disclosure. This clarification is achieved through the inclusion of the words “without authorization” in the definition as set out in the draft Fourth SOC. Significantly, in my view, while the Fourth SOC was prepared as part of the plaintiff’s Reply Memorandum of Fact and Law filed on April 13, 2022, the plaintiff’s original Memorandum of Fact and Law dated December 10, 2021, also included these words. Notwithstanding the discrepancy between the definition proposed in the Memorandum of Fact and Law and that contained in the Third SOC, in my view, the plaintiff’s intent is and has been clear from the definition included in his original memorandum and from his overall submissions.

[135] La définition du groupe proposée par le demandeur est énoncée précédemment dans les présents motifs. Si on laisse de côté les définitions des termes utilisés, la substance de la définition est libellée ainsi (la partie soulignée représentant un changement entre la troisième DM et la quatrième DM) :

[TRADUCTION] Toute personne dont les renseignements personnels ou financiers contenus dans son compte en ligne du Gouvernement du Canada ont été divulgués à un tiers sans autorisation à compter du 1^{er} mars 2020, à l’exclusion des personnes exclues.

[136] La défenderesse conteste la définition proposée pour plusieurs motifs. Premièrement, la défenderesse soutient que la définition est trop large et qu’elle n’a aucun lien avec les points communs proposés (qui seront ultérieurement cernés et traités plus en détail dans les présents motifs), parce qu’elle inclut les personnes dont les comptes contenaient des renseignements qui ont été divulgués à un tiers pour quelque raison que ce soit, même si cette raison n’est pas liée à la conduite de la défenderesse. Cette critique est juste, surtout si on tient compte de la définition énoncée dans la troisième DM, où les mots « sans autorisation » sont absents. Comme le soutient la défenderesse, cette définition inclurait la divulgation à des tiers qu’un membre du groupe a autorisée, comme un cabinet comptable ou d’autres représentants autorisés.

[137] Toutefois, il est clair que le demandeur n’a pas l’intention de proposer un groupe qui comprend des personnes dont les renseignements ont fait l’objet d’une divulgation autorisée seulement. Cette précision est obtenue par l’inclusion des mots « sans autorisation » dans la définition énoncée dans la quatrième DM. Fait important, à mon avis, bien que la quatrième DM ait été préparée dans le cadre du mémoire des faits et du droit en réplique du demandeur, déposé le 13 avril 2022, le mémoire des faits et du droit initial du demandeur daté du 10 décembre 2021 comprenait également ces mots. Nonobstant la divergence entre la définition proposée dans le mémoire des faits et du droit et celle contenue dans la troisième DM, à mon avis, l’intention du demandeur est et était claire dans la définition incluse dans son mémoire initial et dans ses observations générales.

[138] In *Lin v. Airbnb Inc.*, 2019 FC 1563, Justice Gascon agreed with the defendant's objection to a proposed class definition, arguing that it was too broad, and was prepared to allow certification on condition that the class definition be amended (at paragraphs 90–91). Although narrowing the class definition will require a pleading amendment, and notwithstanding the effect of the Case Management Order, I am satisfied that such an amendment is appropriate, and my order will grant leave for that amendment.

[139] However, the amendment does not fully address the defendant's position, which argues that the proposed Class definition would still capture persons whose information was disclosed without authorization as a result of a data breach not attributable to any conduct by the defendant. For instance, as will be canvassed in more detail later these reasons, the defendant takes the position that the plaintiff himself was the victim of identity theft unrelated to the defendant's conduct.

[140] While I accept the logic of the defendant's submission, in my view it does not make the proposed Class definition inappropriate. As the plaintiff argues, the definition is intended to be objective rather than merits-based, notwithstanding that this may result in it being over-inclusive (see, e.g. *Tiboni v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2008 CanLII 37911, 295 D.L.R. (4th) 32 (Ont. S.C.J.), at paragraph 64–82). The objective nature of the definition results from the class members being able to identify as having been subject to data breaches within the relevant temporal limits, based on the notices sent by the Government or their own observations of unauthorized activity in their online accounts.

[141] The defendant also takes issue with the temporal limits, or lack thereof, of the plaintiff's proposed definition. The plaintiff submits that the definition should capture unauthorized disclosures beginning as of March 1, 2020. He has not proposed any end date for the definition. In support of these positions, the plaintiff argues that, while the evidence is that the bulk of the cyber incidents

[138] Dans la décision *Lin c. Airbnb Inc.*, 2019 CF 1563, le juge Gascon a souscrit à l'objection du défendeur à l'égard d'une définition de groupe proposée, faisant valoir qu'elle était trop large, et il était prêt à accorder l'autorisation à la condition que la définition de groupe soit modifiée (aux paragraphes 90 à 91). Bien que le resserrement de la définition du groupe exige une modification de l'acte de procédure, et nonobstant l'effet de l'ordonnance de gestion de l'instance, je suis convaincu qu'une telle modification est utile, et mon ordonnance accordera la permission d'apporter cette modification.

[139] Toutefois, la modification ne répond pas entièrement à la position de la défenderesse, qui soutient que la définition du groupe proposée inclurait toujours les personnes dont les renseignements ont été communiqués sans autorisation en raison d'une atteinte à la protection des données qui n'est pas attribuable à une conduite de la défenderesse. Par exemple, comme il sera expliqué plus en détail plus loin dans les présents motifs, la défenderesse soutient que le demandeur lui-même a été victime d'un vol d'identité sans rapport avec la conduite de la défenderesse.

[140] Bien que j'accepte la logique derrière l'observation de la défenderesse, à mon avis, cela ne rend pas la définition du groupe proposée inappropriée. Comme le fait valoir le demandeur, la définition se veut objective plutôt que basée sur le fond, même si cela peut entraîner une portée trop vaste (voir, p. ex., *Tiboni v. Merck Frosst Canada Ltd.*, 2008 CanLII 37911, 295 D.L.R. (4th) 32 (C. sup. Ont.), aux paragraphes 64 à 82). La nature objective de la définition découle du fait que les membres du groupe peuvent s'identifier comme ayant fait l'objet d'atteintes à la protection des données dans les limites temporelles pertinentes, en fonction des avis envoyés par le gouvernement ou de leurs propres observations d'activités non autorisées dans leurs comptes en ligne.

[141] La défenderesse conteste également les limites temporelles, ou leur absence, de la définition proposée par le demandeur. Le demandeur soutient que la définition devrait comprendre les divulgations non autorisées à compter du 1^{er} mars 2020. Il n'a proposé aucune date de fin pour la définition. Pour étayer ces positions, le demandeur soutient que, bien que la preuve indique que la

occurred between June and August 2020, the timing of commencement of the data breaches is not yet known. As I understand the plaintiff's reasoning behind the proposed commencement date, it is intended to shortly precede the first of the CERB application periods, which commenced on March 15, 2020. Given the evidence that the cyber incidents were motivated by interest on the part of the threat actors in exploiting CERB and other COVID-related benefits, I accept that there is some basis in fact for the March 1, 2020, commencement date in the definition proposed by the plaintiff.

[142] However, I agree with the defendant's position that it is appropriate that the definition include an end date, selected by reference to evidence as to when the deficiencies in the defendant's system as alleged by the plaintiff were addressed. The defendant suggests a date in August 2020. The plaintiff argues that this is too early, as some of the defendant's remedies were not implemented until later in 2020.

[143] While I appreciate the evidence that the defendant's first interventions in response to the data breach occurred in August 2020, I also note the evidence in the defendant's expert report of Christopher McDonald that CRA began to add multifactor authentication to My Accounts in September and October 2020 and that ESDC added this protection in December 2020. I rely on this evidence as a basis in fact to conclude that the Proposed Class definition should include an end date of December 31, 2020.

(4) Common Questions of Law or Fact

[144] The next requirement, prescribed by paragraph 334.16(1)(c) [of the Rules], is that the plaintiff demonstrate some basis in fact for the claims of the class members raising common questions of law or fact, regardless of whether those common questions predominate over questions affecting only individual members. I have listed earlier in these reasons the common questions proposed by the plaintiff and will now address the

majorité des cyberincidents se sont produits entre juin et août 2020, le moment du début des atteintes à la protection des données n'est pas encore connu. Si je comprends bien le raisonnement du demandeur à l'égard de la date de début proposée, celle-ci devrait précéder de peu la première période de demande de la PCU, qui a commencé le 15 mars 2020. Compte tenu de la preuve selon laquelle les cyberincidents ont été motivés par l'intérêt des auteurs de menaces à l'égard de l'exploitation de la PCU et d'autres prestations liées à la COVID-19, j'admets qu'il y a un certain fondement factuel pour la date de début du 1^{er} mars 2020 dans la définition proposée par le demandeur.

[142] Cependant, je souscris à la position de la défenderesse selon laquelle la définition devrait comprendre une date de fin, choisie en fonction de la preuve quant au moment où les lacunes du système de la défenderesse, comme l'a allégué le demandeur, ont été corrigées. La défenderesse propose août 2020 comme date. Le demandeur soutient que c'est trop tôt, car certains des correctifs de la défenderesse n'ont pas été mis en œuvre avant la fin de 2020.

[143] Bien que je reconnaisse la preuve selon laquelle les premières interventions de la défenderesse en réponse à l'atteinte à la protection des données ont eu lieu en août 2020, je note également la preuve dans le rapport d'expert de la défenderesse, préparé par Christopher McDonald, selon laquelle l'ARC a commencé à ajouter l'authentification multifactorielle à Mon dossier en septembre et en octobre 2020 et qu'EDSC a ajouté cette protection en décembre 2020. Je me fonde sur cette preuve pour conclure que la définition du groupe proposée devrait inclure une date de fin du 31 décembre 2020.

4) Points de droit ou de fait communs

[144] La condition suivante, prévue à l'alinéa 334.16(1)c) des Règles, consiste à ce que le demandeur démontre l'existence d'un certain fondement factuel relativement aux demandes des membres du groupe qui soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre. J'ai énuméré plus tôt dans les présents motifs les points communs proposés par le demandeur et je vais maintenant examiner

parties' respective submissions on whether the plaintiff has demonstrated some basis in fact for these questions.

(a) *Systemic Negligence*

[145] The plaintiff submits that the evidence establishes a basis in fact to conclude that the class members' claims raise common questions surrounding the elements of a cause of action in systemic negligence, i.e. whether the defendant owed the Class a duty of care, identification of the applicable standard of care, whether the defendant breached that duty, and whether that breach caused damages to the Class.

[146] In relation to all these questions, the defendant takes the position that their answers would turn on class members' individual circumstances and are therefore ill-suited for determination on a class-wide basis. In relation to the duty and standard of care, the defendant submits that both will depend on the particular nature of the information that exists in a particular online Government account, as well as the reason that information has been collected, which will vary significantly among different types of accounts. By way of example, the defendant argues that the standard of care applicable to CRA collecting taxpayer information cannot be the same as for Parks Canada collecting a name and address for a campsite reservation.

[147] The defendant refers the Court to *Kaplan*, in which an anonymous hacker accessed a casino's computer system, stole personal information relating to customers, employees and suppliers, and posted it online. The Court refused to certify the duty and standard of care questions, because the type and amount of personal information accessed by the hacker in that case varied widely between individuals (at paragraph 64). It accepted that, if an issue can be resolved only by asking it of each class member, it is not a common issue (at paragraph 55).

les observations respectives des parties sur la question de savoir si le demandeur a démontré un certain fondement factuel à l'égard de ces points.

a) *Négligence systémique*

[145] Le demandeur soutient que la preuve établit un fondement factuel permettant de conclure que les demandes des membres du groupe soulèvent des points communs concernant les éléments d'une cause d'action fondée sur la négligence systémique, c.-à-d. si la défenderesse devait au groupe une obligation de diligence, la détermination de la norme de diligence applicable, si la défenderesse a manqué à cette obligation et si ce manquement a causé préjudice au groupe.

[146] La défenderesse est d'avis que les réponses à ces questions dépendraient de la situation individuelle des membres du groupe et qu'elles ne sont donc pas utiles pour la détermination à l'échelle du groupe. En ce qui concerne l'obligation et la norme de diligence, la défenderesse soutient que les deux dépendront de la nature particulière des renseignements qui existent dans un compte gouvernemental en ligne particulier, ainsi que de la raison pour laquelle ces renseignements ont été recueillis, ce qui variera considérablement entre les différents types de comptes. À titre d'exemple, la défenderesse soutient que la norme de diligence applicable à la collecte de renseignements sur les contribuables par l'ARC ne peut pas être la même que pour Parcs Canada qui recueille un nom et une adresse pour une réservation de camping.

[147] La défenderesse renvoie la Cour à l'affaire *Kaplan*, dans laquelle un pirate anonyme a accédé au système informatique d'un casino, a volé des renseignements personnels concernant des clients, des employés et des fournisseurs et les a affichés en ligne. La Cour a refusé d'autoriser les questions relatives à l'obligation et à la norme de diligence, car le type et la quantité de renseignements personnels auxquels le pirate a eu accès dans cette affaire variaient grandement d'une personne à l'autre (au paragraphe 64). Il a accepté que, si une question ne peut être résolue qu'en la posant à chaque membre du groupe, il ne s'agit pas d'un point commun (au paragraphe 55).

[148] In support of its position that this reasoning applies to the case at hand, the defendant submits that the GCKey service is used by over 30 government departments and agencies to access multiple governmental online Enabled Services that collect only mundane information. The defendant also relies on the evidence that, in the case of some of the online Government accounts that were impacted by the cyber incidents, the level of intrusion was minimal, such as accessing only the CRA My Account homepage. The defendant contrasts these circumstances with those in *Condon* and *John Doe*, in which the information collected, stored and allegedly disclosed was the of the same nature for each class member.

[149] The defendant advances similar arguments in relation to the proposed common question as to whether the defendant's alleged breach of duty caused damage to the Class. The defendant notes that there is difficulty in working backward from alleged fraud experienced by an individual and attributing it to a specific data breach, because fraud and cyber attacks are common in today's online world. Therefore, the defendant submits that causation cannot be assessed without an examination of the specific circumstances of each individual class member, including consideration of whether contributory negligence may be attributed to a particular class member, for instance as a result of the imprudent reuse of credentials.

[150] I accept that not all online Government accounts that were accessed in the data breaches would necessarily have contained sensitive information, and I accept that some class members' accounts suffered a higher level of intrusion than others. The points raised by the defendant that may require consideration in connection with causation, including contributory negligence, are also valid. However, I agree with the plaintiff's position that these potential differences among class members' claims are not necessarily an impediment to certification. As the Supreme Court explained in *Vivendi Canada Inc. v. Dell'Aniello*, 2014 SCC 1, [2014] 1 S.C.R. 3 (*Vivendi*), at paragraphs 44 to 46:

[148] Pour étayer sa position selon laquelle ce raisonnement s'applique à l'espèce, la défenderesse soutient que le service CléGC est utilisé par plus de 30 ministères et organismes gouvernementaux pour accéder à de multiples services gouvernementaux en ligne qui recueillent uniquement des renseignements ordinaires. La défenderesse s'appuie également sur la preuve selon laquelle, dans le cas de certains comptes du gouvernement en ligne qui ont été touchés par les cyberincidents, le niveau d'intrusion était minime, comme l'accès à la page d'accueil de Mon dossier de l'ARC seulement. La défenderesse compare ces circonstances à celles de *Condon* et d'*Untel*, dans lesquelles les renseignements recueillis, stockés et qui auraient été divulgués étaient de même nature pour chaque membre du groupe.

[149] La défenderesse présente des arguments semblables relativement au point commun proposé quant à savoir si le manquement allégué de la défenderesse à son obligation a causé préjudice au groupe. La défenderesse fait remarquer qu'il est difficile de travailler à rebours à partir d'une fraude présumée subie par une personne et de l'attribuer à une atteinte précise à la protection des données, parce que la fraude et les cyberattaques sont courantes dans le monde en ligne d'aujourd'hui. Par conséquent, la défenderesse soutient que la causalité ne peut être évaluée sans un examen des circonstances particulières de chaque membre du groupe, y compris la question de savoir si la négligence contributive peut être attribuée à un membre particulier du groupe, par exemple, en raison de la réutilisation imprudente des justificatifs d'identité.

[150] Je reconnais que tous les comptes du gouvernement en ligne qui ont été consultés dans le cadre des atteintes à la protection des données ne contenaient pas nécessairement des renseignements de nature délicate, et je reconnais que les comptes de certains membres du groupe ont subi un niveau d'intrusion plus élevé que d'autres. Les points soulevés par la défenderesse qui peuvent nécessiter un examen en lien avec la causalité, y compris la négligence contributive, sont également valides. Toutefois, je souscris à la position du demandeur selon laquelle ces différences possibles entre les demandes des membres du groupe ne constituent pas nécessairement un obstacle à l'autorisation. Comme la Cour suprême l'a expliqué dans

l'arrêt *Vivendi Canada Inc. C. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3 (*Vivendi*), aux paragraphes 44 à 46 :

In *Rumley v. British Columbia*, 2001 SCC 69, [2001] 3 S.C.R. 184, this Court confirmed the principles from *Dutton*. In the case of the commonality requirement, the purpose of the analysis is to determine “whether allowing the suit to proceed as a representative one will avoid duplication of fact-finding or legal analysis”: para. 29, quoting *Dutton*, at para. 39. The Court also stated that a question can remain common even though the answer to the question could be nuanced to reflect individual claims: para. 32.

Having regard to the clarifications provided in *Rumley*, it should be noted that the common success requirement identified in *Dutton* must not be applied inflexibly. A common question can exist even if the answer given to the question might vary from one member of the class to another. Thus, for a question to be common, success for one member of the class does not necessarily have to lead to success for all the members. However, success for one member must not result in failure for another.

Dutton and *Rumley* therefore establish the principle that a question will be considered common if it can serve to advance the resolution of every class member's claim. As a result, the common question may require nuanced and varied answers based on the situations of individual members. The commonality requirement does not mean that an identical answer is necessary for all the members of the class, or even that the answer must benefit each of them to the same extent. It is enough that the answer to the question does not give rise to conflicting interests among the members.

[151] To similar effect, in *Campbell v. Flexwatt Corp.*, 1997 CanLII 4111, 44 B.C.L.R. (3d) 343 (B.C.C.A.), at paragraph 53, the British Columbia Court of Appeal observed that common issues do not have to be issues, which are determinative of liability. They need only be issues of fact or law that move the litigation forward. In class proceedings in the Federal Court, rule 334.26 provides for procedural mechanisms for the determination of any individual issues that remain following a judgment on common questions of law or fact.

[152] The defendant responds to these submissions by arguing that *Vivendi* was not a systemic negligence case.

Dans l'affaire *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184, notre Cour a confirmé les principes énoncés dans *Dutton*. Dans le cas du critère de la communauté de questions, le but de l'analyse est de déterminer « si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique » : par. 29, citant *Dutton*, par. 39. La Cour a également affirmé qu'une question peut demeurer commune, malgré la possibilité qu'une réponse nuancée lui soit donnée selon la réclamation : par. 32.

À la lumière des précisions apportées dans l'affaire *Rumley*, il convient de rappeler que le critère du succès commun dégagé dans *Dutton* ne doit pas être appliqué rigidelement. En effet, une question commune peut exister même si la réponse qu'on lui donne peut différer d'un membre à l'autre du groupe. Ainsi, pour qu'une question soit commune, il n'est pas nécessaire que le succès d'un membre du groupe entraîne nécessairement celui de tous les membres du groupe. Toutefois, le succès d'un membre ne doit pas provoquer l'échec d'un autre membre.

Les arrêts *Dutton* et *Rumley* établissent donc le principe selon lequel une question sera considérée comme commune si elle permet de faire progresser le règlement de la réclamation de chacun des membres du groupe. En conséquence, la question commune peut exiger des réponses nuancées et diverses selon la situation de chaque membre. Le critère de la communauté de questions n'exige pas une réponse identique pour tous les membres du groupe, ni même que la réponse bénéficie dans la même mesure à chacun d'entre eux. Il suffit que la réponse à la question ne crée pas de conflits d'intérêts entre les membres du groupe.

[151] Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Campbell v. Flexwatt Corp.*, 1997 CanLII 4111, 44 B.C.L.R. (3d) 343 (C.A. C.-B.), au paragraphe 53, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait observer que les points communs n'ont pas à être déterminants en matière de responsabilité. Il suffit que ce soit des points de fait ou de droit qui fassent avancer le litige. Dans les recours collectifs devant la Cour fédérale, la règle 334.26 prévoit des mécanismes procéduraux pour la détermination de tout point individuel qui reste à trancher à la suite d'un jugement sur des points de droit ou de fait communs.

[152] La défenderesse répond à ces observations en soutenant que l'arrêt *Vivendi* n'était pas une affaire de

I am not persuaded by that argument, as I read the principles from *Vivendi* upon which the plaintiff relies to be of general application. Applying those principles, I find compelling the plaintiff's submission that the variation in the types of accounts and information that were breached is dwarfed by the commonality, in the sense that all persons whose accounts were breached registered for online accounts, and there is commonality in the alleged flaws that the plaintiff says permitted the breaches: including requiring insufficiently robust passwords, misconfiguration of the security question protocol, and a lack of two-factor authentication.

[153] Moreover, I do not regard this as a case akin to *Kaplan*, in which it can be concluded that each class member's claim must be analysed individually in order to answer the questions surrounding duty and standard of care or causation. By way of example only, if it were to be assumed that there are variations in the level of sensitivity of the information maintained in the online portals of the over 30 Government departments that the evidence indicates rely upon the GCKey service (as well as further variations over different Enabled Services), these variations might result in a significant number of nuanced responses to the common questions. However, this process would still serve to move the litigation forward. Moreover, to the extent particular class members' claims may raise unique issues individual to them, including contributory negligence, the Court is equipped to address these at the individual stage of the litigation.

[154] The defendant also argues that the plaintiff has presented no basis in fact for the certification of class members' damages as a common issue. The defendant submits that the damages will need to be determined on an individual basis. It notes that the unauthorized disclosure of any individual class member's information may not actually lead to anxiety, future identity theft, or any of the other claimed heads of damages, particularly in the case of those who had only mundane information disclosed. In response to these arguments, the plaintiff

négligence systémique. Je ne suis pas convaincu par cet argument, car selon mon interprétation des principes de l'arrêt *Vivendi*, sur lesquels le demandeur se fonde, ceux-ci sont d'application générale. En appliquant ces principes, je conclus que l'argument du demandeur selon lequel la variation des types de comptes et de renseignements qui ont fait l'objet d'une violation est éclipsée par le caractère commun, en ce sens que toutes les personnes dont les comptes ont fait l'objet d'une violation sont inscrites à des comptes en ligne, et il y a des points communs dans les failles alléguées qui, selon le demandeur, ont permis les manquements, y compris l'exigence de mots de passe insuffisamment robustes, une mauvaise configuration du protocole des questions de sécurité et l'absence d'authentification à deux facteurs.

[153] De plus, je ne considère pas qu'il s'agit d'une affaire semblable à l'affaire *Kaplan*, dans laquelle on peut conclure que la demande de chaque membre du groupe doit être analysée individuellement afin de répondre aux questions entourant le devoir et la norme de diligence ou de causalité. À titre d'exemple seulement, si on suppose qu'il y a des variations dans le niveau de sensibilité de l'information conservée dans les portails en ligne de plus de 30 ministères du gouvernement qui, selon la preuve, dépendent du service CléGC (ainsi que d'autres variations sur différents Services adaptés), ces variations peuvent entraîner un nombre important de réponses nuancées à l'égard des points communs. Toutefois, ce processus permettrait quand même de faire avancer le litige. De plus, dans la mesure où les demandes de certains membres du groupe peuvent soulever des questions particulières qui leur sont propres, y compris la négligence contributive, la Cour est en mesure de les examiner à l'étape individuelle du litige.

[154] La défenderesse soutient également que le demandeur n'a présenté aucun fondement factuel pour l'autorisation des dommages-intérêts des membres du groupe comme point commun. La défenderesse soutient que les dommages-intérêts devront être déterminés au cas par cas. Elle souligne que la divulgation non autorisée des renseignements d'un membre individuel du groupe peut ne pas conduire à l'anxiété, à un vol d'identité futur ou à tout autre chef de dommages-intérêts demandés, particulièrement dans le cas où seuls des renseignements

repeats its submissions above on the application of the principles derived from *Vivendi*. For the reasons explained above, I find those submissions compelling.

[155] However, the defendant also takes the position that some class members may have no basis to claim damages at all, as applicable jurisprudence explains that damages for stress and anxiety may be compensated only when they are serious and prolonged and rise above life's ordinary annoyances, anxieties and fears (see *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543 (*Saadati*), at paragraph 37; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114 (*Mustapha*), at paragraph 9).

[156] Moreover, the defendant argues that, with the exception of the claim for anxiety, each of the claimed heads of damages constitutes a pure economic loss claim, which is not compensable in negligence except in limited circumstances that do not apply. The defendant refers the Court to *Del Giudice*, which concluded that the majority of the class members' anxiety claims would not rise to the level of compensable harm and that the remaining claims were for non-compensable pure economic loss (at paragraphs 223–228).

[157] In response, the plaintiff argues that *Saadati* has advanced the jurisprudence surrounding claims for mental injury in a manner that favours his position. While the plaintiff accepts that class members would be required to demonstrate mental disturbance that is serious and prolonged and rises above the ordinary annoyances, anxieties and fears that come with living in a civil society, he emphasizes the Supreme Court's recognition that claimants need not demonstrate that their mental injury is classified as a recognized psychiatric illness (at paragraph 37). This development was explained in *Reddock v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONSC 5053 (CanLII), 441 C.R.R. (2d) 1 (appeal allowed on other grounds 2020 ONCA 184, 149 O.R. (3d) 705), which also identified

ordinaires ont été divulgués. En réponse à ces arguments, le demandeur reprend ses observations déjà formulées sur l'application des principes tirés de l'arrêt *Vivendi*. Pour les motifs exposés ci-dessus, j'estime que ces observations sont convaincantes.

[155] Toutefois, la défenderesse fait également valoir que certains membres du groupe peuvent ne pas avoir de fondement pour demander des dommages-intérêts, car la jurisprudence applicable explique que les préjudices subis en raison du stress et de l'anxiété sont indemnisables seulement lorsqu'ils sont graves et prolongés et qu'il ne s'agit pas simplement des désagréments, angoisses et craintes ordinaires inhérents à la vie en société (voir *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543 (*Saadati*), au paragraphe 37; *Mustapha c. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114 (*Mustapha*), au paragraphe 9).

[156] De plus, la défenderesse soutient que, à l'exception de la demande fondée sur l'anxiété, chacun des chefs de dommages-intérêts demandés constitue une demande pour perte purement économique, qui n'est pas indemnisable en cas de négligence, sauf dans des circonstances limitées qui ne s'appliquent pas. La défenderesse renvoie la Cour à la décision *Del Giudice*, dans laquelle il a été conclu que la majorité des demandes des membres du groupe fondées sur l'anxiété n'atteindraient pas le niveau du préjudice indemnisable et que les demandes restantes concernaient une perte purement économique non indemnisable (aux paragraphes 223 à 228).

[157] En réponse, le demandeur soutient que l'arrêt *Saadati* a fait progresser la jurisprudence entourant les demandes d'indemnisation pour préjudice mental d'une manière qui favorise sa position. Bien que le demandeur accepte que les membres du groupe soient tenus de faire la preuve de troubles mentaux graves et prolongés qui s'élèvent au-dessus des désagréments, des inquiétudes et des peurs ordinaires inhérents à la vie en société, il insiste sur le fait que la Cour suprême reconnaît que les demandeurs n'ont pas à démontrer que leur préjudice mental est répertorié en tant que trouble psychiatrique reconnu (au paragraphe 37). Cette évolution a été expliquée dans la décision *Reddock v. Canada (Attorney General)*, 2019 ONSC 5053 (CanLII), 441 C.R.R. (2d) 1

that it is therefore not necessary to rely on expert opinion in order to establish a compensable mental injury (at paragraphs 387–390).

[158] The plaintiff also refers to the Court to other post-*Saadati* cases (including *Condon FCA* and *John Doe FCA*) that have certified claims relating to mental distress and inconvenience in the breach of privacy context. In particular, in *Condon FCA*, the Federal Court of Appeal overturned the Federal Court’s decision not to certify causes of action in negligence and breach of confidence because of a lack of compensable damages.

[159] In *Condon*, the Federal Court identified that the plaintiffs’ negligence and breach of confidence claims sought damages for wasted time, inconvenience, frustration, anxiety and increased risk of future identity theft, resulting from the data loss (at paragraph 66). However, the Court found, based on the evidence adduced, that the plaintiffs had not suffered any compensable damages, as they had not been victims of fraud or identity theft, had spent minimal time seeking status updates from the relevant Minister, and did not avail themselves of any credit monitoring or other services offered by the defendant (at paragraph 68). Relying in part on *Mustapha*, the Court concluded that damages are rarely awarded for mild disruption alone and held that it was plain and obvious that the claims based on negligence and breach of confidence would fail for lack of compensable damages (at paragraphs 73–79).

[160] On appeal, *Condon FCA* held that this evaluation of the evidence represented an error, as the Federal Court should have determined whether the plaintiffs had a reasonable cause of action based on the facts as pled (including costs incurred in preventing identity theft and out-of-pocket expenses) rather than the evidence (at paragraphs 5 and 14–22).

(appel accueilli pour d’autres motifs : voir 2020 ONCA 184), qui a également indiqué qu’il n’est donc pas nécessaire de se fier à l’avis d’experts pour établir un préjudice mental indemnisable (aux paragraphes 387 à 390).

[158] Le demandeur renvoie également la Cour à d’autres affaires postérieures à l’arrêt *Saadati* (y compris *Condon CAF* et de *Untel CAF*) dans lesquelles des demandes ont été autorisées relativement à la souffrance morale et aux inconvénients dans le contexte de l’atteinte à la vie privée. En particulier, dans l’arrêt *Condon CAF*, la Cour d’appel fédérale a infirmé la décision de la Cour fédérale de ne pas autoriser les causes d’action en cas de négligence et d’abus de confiance en raison de l’absence de préjudices indemnissables.

[159] Dans la décision *Condon*, la Cour fédérale a déterminé que les demandes fondées sur la négligence et l’abus de confiance des demandeurs réclamaient des dommages-intérêts pour perte de temps, inconvénients, frustration, anxiété et risque accru de vol d’identité, résultant de la perte de données (au paragraphe 66). Toutefois, la Cour a conclu, en se fondant sur la preuve présentée, que les demandeurs n’avaient pas subi de préjudices indemnissables, puisqu’ils n’avaient pas été victimes de fraude ou de vol d’identité, qu’ils avaient passé très peu de temps à demander des mises à jour sur le statut au ministre compétent, et ne se sont prévalus d’aucun service de surveillance du crédit ou d’autres services offerts par le défendeur (au paragraphe 68). Se fondant en partie sur l’arrêt *Mustapha*, la Cour a conclu que des dommages-intérêts sont rarement accordés pour une perturbation légère seulement et a conclu qu’il était clair et évident que les demandes fondées sur la négligence et l’abus de confiance échoueraient en l’absence de préjudices indemnissables (aux paragraphes 73 à 79).

[160] En appel, l’arrêt *Condon CAF* a conclu que cette évaluation de la preuve constituait une erreur, car la Cour fédérale aurait dû déterminer si les demandeurs avaient une cause d’action raisonnable fondée sur les faits allégués (y compris les coûts engagés pour prévenir le vol d’identité et les dépenses personnelles) plutôt que sur la preuve (aux paragraphes 5 et 14 à 22).

[161] In *John Doe FCA*, the Federal Court of Appeal relied on *Condon FCA* in concluding that the Federal Court in *John Doe* had not erred in finding that the plaintiff's pleading in negligence and breach of confidence was sufficient, based on their identification of the nature of the damages claimed. In addition to claims for mental distress as well as inconvenience, frustration and anxiety associated with precautionary steps taken to prevent home invasion, theft, robbery and/or damage to personal property, the pleading sought costs related to such steps. The Court of Appeal concluded that such costs were not negligible inconveniences or entirely speculative and noted that it was to be assumed that the claimed costs had been incurred in light of the principle that a statement of claim is to be read as generously as possible at the certification stage of the class action (at paragraphs 49–51).

[162] In considering the application of *Condon FCA* and *John Doe FCA* to the present issue, I note first that both decisions addressed the paragraph 334.16(1)(a) [of the Rules] requirement that the pleadings disclose a reasonable cause of action, not the paragraph 334.16(1)(c) [of the Rules] requirement that the claims of the class members raise common questions of law or fact. As explained earlier in these reasons, when considering the paragraph 334.16(1)(c) [of the Rules] requirement, the Court must consider the evidence adduced on the certification motion. I nevertheless find these authorities instructive in resolving the parties' disagreement on whether the evidence demonstrates a basis in fact for the class members' damages claim. These authorities support a conclusion that defence arguments based on the principles in *Saadati/Mustapha*, or related to the recoverability of pure economic loss, are best addressed in considering the sufficiency of pleadings in demonstrating a viable cause of action. Moreover, these authorities support a conclusion that, in a breach of privacy case, it is not plain and obvious that a plaintiff will fail in asserting a claim for categories of damages such as mental stress and anxiety or out-of-pocket expenses related to the risk of identity theft.

[161] Dans l'arrêt *Untel CAF*, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur l'arrêt *Condon CAF* pour conclure que la Cour fédérale dans la décision *Untel* n'avait pas commis d'erreur en concluant que l'acte de procédure du demandeur fondé sur la négligence et l'abus de confiance était suffisant, compte tenu de la nature des dommages-intérêts demandés. En plus des demandes fondées sur la souffrance morale ainsi sur les inconvénients, la frustration et l'anxiété associés aux mesures de précaution prises pour prévenir le braquage à domicile, le vol, le vol qualifié et/ou les dommages aux biens personnels, l'acte de procédure visait à obtenir le recouvrement des coûts liés à ces mesures. La Cour d'appel a conclu que ces coûts n'étaient pas des inconvénients négligeables ou entièrement spéculatifs et a fait remarquer qu'il fallait supposer que les coûts réclamés avaient été engagés compte tenu du principe selon lequel une déclaration doit être interprétée de la manière la plus large possible à l'étape de l'autorisation du recours collectif (aux paragraphes 49 à 51).

[162] En examinant l'application de la présente question aux arrêts *Condon CAF* et *Untel CAF*, je note d'abord que les deux décisions portaient sur l'exigence prévue à l'alinéa 334.16(1)a) des Règles, selon laquelle les actes de procédure doivent révéler une cause d'action raisonnable, et non sur l'exigence prévue à l'alinéa 334.16(1)c) des Règles, selon laquelle les demandes des membres du groupe doivent soulever des points de droit ou de fait communs. Comme il a été expliqué précédemment dans les présents motifs, la Cour doit tenir compte de la preuve présentée dans la requête en autorisation lorsqu'elle examine l'exigence prévue à l'alinéa 334.16(1)c) des Règles. J'estime néanmoins que ces précédents sont instructifs pour ce qui est de résoudre le désaccord des parties quant à la question de savoir si la preuve démontre un fondement factuel pour la demande en dommages-intérêts des membres du groupe. Ces précédents étayaient la conclusion selon laquelle il est préférable de traiter des arguments de la défense fondés sur les principes énoncés dans les arrêts *Saadati/Mustapha*, ou liés au recouvrement de la perte purement économique, dans l'examen du caractère suffisant des actes de procédure pour démontrer une cause d'action valable. De plus, ces précédents étayaient la conclusion selon laquelle, dans une affaire d'atteinte à la vie privée, il n'est pas clair et évident qu'un demandeur ne pourra pas faire valoir une demande pour des catégories de préjudices comme le stress mental et

[163] Of course, the plaintiff must still adduce evidence supporting some basis in fact for the Court to conclude that the class members' claims raise a common question related to the damages claimed. I find this requirement satisfied by the evidence of the plaintiff and other of the plaintiff's affiants, identifying steps taken and costs incurred as a result of the data breaches, as well as mental harm they say they have suffered. It will remain available for the defendant to raise pure economic loss and *Saadati/Mustapha* arguments in a common issues trial. However, for purposes of this motion, I am satisfied that the low threshold represented by some basis in fact has been met.

[164] In so concluding, I am conscious that, other than the plaintiff, the other affiants represent "Excluded Persons" within the meaning of the Class definition, and therefore will not actually be class members. Their affidavits were prepared before the amendment to the proposed Class resulting from the Murphy Battista data breach. However, I accept the plaintiff's argument that their evidence is nevertheless indicative of the categories of damages incurred by those affected by the cyber incidents at issue in this action who would fall within the Class definition.

[165] I have also considered the defendant's argument, in relation to the plaintiff in particular, that he admitted on cross-examination that the anxiety he experienced in the summer of 2020 was largely due to a traumatic incident unrelated to the cyber breaches. I agree with the plaintiff's response that a tortious act need not be the sole cause of injury in order to be actionable (see *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 488, at paragraph 17). The plaintiff's affidavit evidence that he has experienced significant anxiety and stress as a consequence of the breach of his CRA account provides some basis in fact for this aspect of the damages claim that he seeks to pursue in common with other class members.

l'anxiété ou les dépenses personnelles liées au risque de vol d'identité.

[163] Bien entendu, le demandeur doit quand même présenter des éléments de preuve corroborant un certain fondement factuel pour que la Cour puisse conclure que les demandes des membres du groupe soulèvent un point commun lié aux dommages-intérêts demandés. J'estime que cette exigence est satisfaite par la preuve du demandeur et d'autres déposants du demandeur, en indiquant les mesures prises et les coûts engagés à la suite des atteintes à la protection des données, ainsi que les préjudices psychologiques qu'ils disent avoir subis. Il demeure loisible à la défenderesse de soulever les pertes purement économiques et les arguments des arrêts *Saadati/Mustapha* dans une audience relative aux points communs. Toutefois, aux fins de la présente requête, je suis convaincu que le seuil peu élevé représenté par un certain fondement factuel a été atteint.

[164] En concluant ainsi, je suis conscient que, à l'exception du demandeur, les autres déposants représentent des « personnes exclues » au sens de la définition du groupe et ne seront donc pas en fait des membres du groupe. Leurs affidavits ont été préparés avant la modification du groupe proposé, à la suite de l'atteinte à la protection des données dont a été victime Murphy Battista. Toutefois, j'accepte l'argument du demandeur selon lequel son témoignage est néanmoins révélateur des catégories de préjudices subis par les personnes touchées par les cyberincidents en cause dans la présente action, lesquelles seraient visées par la définition du groupe.

[165] J'ai également tenu compte de l'argument de la défenderesse, en ce qui concerne le demandeur en particulier, selon lequel il a admis en contre-interrogatoire que l'anxiété qu'il a ressentie à l'été 2020 était en grande partie attribuable à un incident traumatisant non lié aux atteintes à la cybersécurité. Je souscris à la réponse du demandeur selon laquelle un acte délictueux ne doit pas être la seule cause de préjudice pour pouvoir faire l'objet d'une poursuite (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 488, au paragraphe 17). Le témoignage par affidavit du demandeur selon lequel il a subi beaucoup d'anxiété et de stress à la suite de l'accès non autorisé à son compte auprès de l'ARC fournit un certain fondement factuel

pour cet aspect de la demande de dommages-intérêts qu'il cherche à faire valoir en commun avec d'autres membres du groupe.

(b) *Breach of Confidence*

[166] The plaintiff submits that the evidence establishes a basis in fact to conclude that the class members' claims raise a common question whether the defendant is liable to them for the tort of breach of confidence. The defendant disagrees, but has offered no particular submissions in support of this position other than those analysed earlier in these reasons in connection with the viability of this cause of action under paragraph 334.16(1)(a) [of the Rules].

[167] As with the systemic negligence claim, the plaintiff argues that the focus of the claim for breach of confidence is on the defendant's overall conduct and implementation of policy, rather than on the individual circumstances of the class members. Based on the same evidence on which the plaintiff relies for certification of the common questions related to systemic negligence, I find that the evidence raises some basis in fact for the proposed question related to breach of confidence.

(c) *Intrusion upon Seclusion*

[168] Similarly, the plaintiff submits that the evidence establishes a basis in fact to conclude that the class members' claims raise a common question whether the defendant is liable to them for the tort of intrusion upon seclusion. The defendant responds that there is no evidence provided, by way of affidavit or otherwise, that the defendant, as opposed to the threat actor, invaded the class members' privacy or that the plaintiff or any class member was humiliated.

[169] On the latter point, *Tsige* explains that one of the elements of intrusion upon seclusion is that the invasion must be such that a reasonable person would regard it

b) *Abus de confiance*

[166] Le demandeur soutient que la preuve établit un fondement factuel pour conclure que les demandes des membres du groupe soulèvent un point commun, c'est-à-dire déterminer si la défenderesse est responsable envers eux du délit d'abus de confiance. La défenderesse n'est pas d'accord, mais n'a présenté aucune observation particulière étayant cette position, à l'exception de celles qui ont été analysées plus tôt dans les présents motifs relativement à la validité de la présente cause d'action en vertu de l'alinéa 334.16(1)a) des Règles.

[167] Comme dans le cas de la demande fondée sur la négligence systémique, le demandeur soutient que l'objet principal de la demande fondée sur l'abus de confiance est la conduite générale de la défenderesse et la mise en œuvre de la politique, plutôt que la situation individuelle des membres du groupe. À la lumière des mêmes éléments de preuve sur lesquels le demandeur s'appuie pour obtenir l'autorisation des points communs liés à la négligence systémique, je conclus que les éléments de preuve présentent un certain fondement factuel pour le point proposé concernant l'abus de confiance.

c) *Intrusion dans l'intimité*

[168] Par ailleurs, le demandeur soutient que la preuve établit un fondement factuel pour conclure que les demandes des membres du groupe soulèvent un point commun, c'est-à-dire déterminer si la défenderesse est responsable envers eux du délit d'intrusion dans l'intimité. La défenderesse répond qu'aucune preuve n'a été fournie, sous forme d'affidavit ou autrement, selon laquelle c'est elle, plutôt que l'auteur de menaces, qui a porté atteinte à la vie privée des membres du groupe ou selon laquelle le demandeur ou un membre du groupe a été humilié.

[169] Sur ce dernier point, l'arrêt *Tsige* explique que l'un des éléments de l'intrusion dans l'intimité est que l'invasion doit être telle qu'une personne raisonnable la

as highly offensive, causing distress, humiliation or anguish (at paragraph 71). As noted in *Condon*, the focus is upon what a reasonable person would conclude would result from the intrusion, not whether the information at issue actually caused humiliation. Moreover, frustration and anxiety could represent forms of distress (at paragraphs 60–61). I do not find the absence of class members expressly deposing to being humiliated a compelling argument.

[170] The argument that there is no evidence that the defendant, as opposed to the threat actor, intruded upon the class members' privacy merely repeats the defendant's argument that failure to protect against intrusion by a third party is insufficient to support this cause of action. I addressed this argument earlier in these reasons.

[171] Finally, the defendant submits that the determination of whether the relevant intrusion would be highly offensive to a reasonable person cannot be decided in this case on a class-wide or common basis, given the disparate types of information at issue. Again, as reasoned in the context of the proposed systemic negligence questions, I find the plaintiff's arguments based on *Vivendi* responsive to this submission.

[172] The plaintiff relies upon the same evidence that supports certification of the common questions related to systemic negligence and breach of confidence, arguing that the defendant's conduct represents the recklessness necessary to support the tort of intrusion upon seclusion. I find that this evidence raises some basis in fact for the proposed question related to that tort.

(d) *Aggregate Damages*

[173] The plaintiff's proposed common question on aggregate damages asks whether the Court can make an aggregate assessment of all or part of the damages suffered by class members and, if so, in what amount.

considérerait comme hautement offensante, causant de la détresse, de l'humiliation ou de l'angoisse (au paragraphe 71). Comme il est mentionné dans l'arrêt *Condon*, l'accent est mis sur ce qu'une personne raisonnable conclurait de l'intrusion, et non sur la question de savoir si l'information en cause a réellement causé de l'humiliation. De plus, la frustration et l'anxiété peuvent constituer des formes de détresse (aux paragraphes 60 à 61). Je n'estime pas que le fait qu'aucun autre membre du groupe n'a expressément déclaré avoir été humilié constitue un argument convaincant.

[170] L'argument selon lequel il n'y a pas de preuve que la défenderesse, plutôt que l'auteur de menaces, a porté atteinte à la vie privée des membres du groupe, ne fait que répéter l'argument de la défenderesse portant que le défaut de se protéger contre l'intrusion d'un tiers est insuffisant pour établir cette cause d'action. J'ai déjà examiné cet argument dans les présents motifs.

[171] Enfin, la défenderesse soutient que la question de savoir si l'intrusion pertinente serait très offensante pour une personne raisonnable ne peut être tranchée en l'espèce à l'échelle du groupe ou sur une base commune, compte tenu des types de renseignements disparates en cause. Encore une fois, dans le contexte des points proposés sur la négligence systémique, j'estime que les arguments du demandeur fondés sur l'arrêt *Vivendi* répondent à cette observation.

[172] Le demandeur invoque les mêmes éléments de preuve qui étayaient l'autorisation des points communs liés à la négligence systémique et à l'abus de confiance, faisant valoir que la conduite de la défenderesse représente l'insouciance nécessaire pour appuyer le délit d'intrusion dans l'intimité. J'estime que ces éléments de preuve justifient en partie le point proposé concernant ce délit.

d) *Dommages-intérêts globaux*

[173] Le point commun proposé par le demandeur au sujet des dommages-intérêts globaux porte sur la question de savoir si la Cour peut procéder à une évaluation globale de tout ou partie des dommages subis par les membres du groupe et, dans l'affirmative, dans quelle mesure.

[174] The defendant opposes certification of this question, referencing the explanation in *Paradis Honey Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2018 FC 814 (*Paradis Honey*), at paragraph 27, that aggregate assessment is not the tallying of the individual class members' claims but rather is a communal assessment of the totality of the claims where the underlying facts permit such an assessment to be done with reasonable accuracy. The defendant submits there is no common amount that objectively could be awarded to every class member, because not every proposed class member's information was actually disclosed causing harm, some class members had mundane information disclosed that may not be worthy of compensation, and others that information disclosed that was already in the public domain.

[175] The defendant also relies on *McCrea*, at paragraph 377, in which the Court declined to certify a question whether general damages could be determined on an aggregate basis, agreeing with the defendant in that case that individual assessment would be required. However, the Court in *McCrea* explained that the plaintiff had not proposed any methodology for the determination of aggregate damages. As will be canvassed below, the plaintiff in the case at hand has proposed such a methodology through the Allen Report.

[176] Moreover, while I note the explanation in *Paradis Honey* as to the nature of aggregate damages, I do not find the decision in that case to support the defendant's position. That decision addressed a motion by the defendant for documentary production by the plaintiffs following certification of the class action in that matter, including certification of the question whether aggregate damages were available. The plaintiffs refused to produce documents including their personal financial records on the grounds that they were not relevant to the common issues. In rejecting that position and ordering the requested production, the Court reasoned that, in order to consider the damages claimed and determine how such damages might be calculated in the aggregate or otherwise, it was necessary to consider a particular

[174] La défenderesse s'oppose à l'autorisation de ce point, faisant référence à l'explication dans la décision *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2018 CF 814 (*Paradis Honey*), au paragraphe 27, selon laquelle cette évaluation globale ne consiste pas à faire le décompte des demandes individuelles, mais plutôt à évaluer la totalité des demandes de l'ensemble des membres lorsque les faits essentiels permettent d'y arriver avec un niveau de précision raisonnable. La défenderesse soutient qu'il n'y a pas de montant commun qui pourrait objectivement être accordé à chaque membre du groupe, parce que les renseignements sur chaque membre du groupe proposé n'ont pas tous été divulgués de manière à causer un préjudice, certains renseignements divulgués étant ordinaires et ne donnant pas lieu à une indemnisation, alors que d'autres renseignements étaient déjà du domaine public.

[175] La défenderesse s'appuie également sur la décision *McCrea*, au paragraphe 377, dans laquelle la Cour a refusé d'autoriser la question de savoir si le montant réclamé à titre de dommages-intérêts globaux peut être déterminé de façon générale, et ce, en accord avec l'avis du défendeur dans cette cause voulant qu'un examen individuel était nécessaire. Toutefois, dans la décision *McCrea*, la Cour a expliqué que le demandeur n'avait proposé aucune méthode pour la détermination des dommages-intérêts globaux. Comme nous le verrons ci-après, le demandeur en l'espèce a proposé une telle méthodologie dans le rapport Allen.

[176] De plus, bien que je note l'explication donnée dans la décision *Paradis Honey* de la nature des dommages-intérêts globaux, je ne trouve pas que la décision dans cette affaire étaye la position de la défenderesse. Cette décision portait sur une requête du défendeur visant la production de documents par les demandeurs à la suite de l'autorisation du recours collectif dans cette affaire, y compris l'autorisation de la question de savoir si des dommages-intérêts globaux étaient offerts. Les demandeurs ont refusé de produire des documents, y compris leurs dossiers financiers personnels, au motif qu'ils n'ont pas de lien avec les points communs. En rejetant cette position et en ordonnant la production des documents demandés, la Cour a conclu que, afin d'examiner les dommages-intérêts demandés et de déterminer comment

plaintiff's circumstances, as well as how such circumstances might differ between plaintiffs in the class action (at paragraphs 27–30).

[177] As explained in more detail earlier in these reasons, the plaintiff offers the Allen Report as expert evidence of two methodologies that could be used to calculate aggregate damages in this matter. As also previously explained, the defendant takes issue with Dr. Allen's opinions and relies on the PWC Report in support of its positions, arguing that the Allen Report should be afforded little weight. However, it is not the Court's role in a certification motion to engage in detail with the parties' respective expert opinions and address disputes therein. It is sufficient at this stage that Dr. Allen's opinions raise some basis in fact for a conclusion that there are methodologies that could be used to calculate damages on an aggregate basis. I am therefore satisfied that this proposed question should be certified.

(c) *Punitive Damages*

[178] The plaintiff's proposed common question on punitive damages asks whether the conduct of the defendant merits an award of punitive damages and, if so, in what amount.

[179] The defendant opposes certification of this question on the basis that the plaintiff does not allege malice on the part of the defendant or plead any facts to support a basis for awarding punitive damages. As the defendant submits, punitive damages are awarded only in exceptional circumstances for high-handed, malicious, arbitrary or highly reprehensible misconduct that departs to a marked degree from ordinary standards of decent behaviour (see *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595, at paragraph 94).

[180] The plaintiff has provided little in the way of submissions in support of this proposed question. Indeed,

ils pourraient être calculés dans l'ensemble ou autrement, il était nécessaire de tenir compte de la situation d'un demandeur en particulier, ainsi que la façon dont de telles circonstances peuvent différer entre les demandeurs d'un même recours collectif (aux paragraphes 27 à 30).

[177] Comme il a été expliqué plus en détail précédemment dans les présents motifs, le demandeur présente le rapport Allen comme preuve d'expert de deux méthodes qui pourraient être utilisées pour calculer les dommages-intérêts globaux en l'espèce. Comme il a également été expliqué précédemment, la défenderesse conteste les opinions de M. Allen et s'appuie sur le rapport PWC pour étayer ses positions, faisant valoir que le rapport Allen devrait avoir peu de poids. Toutefois, il n'appartient pas à la Cour, dans le cadre d'une requête en autorisation, de discuter en détail des opinions d'experts respectives des parties et de régler les différends qui y sont liés. À ce stade-ci, il suffit que les opinions de M. Allen permettent en fait de conclure qu'il existe des méthodes qui pourraient être utilisées pour calculer les dommages de façon globale. Je suis donc convaincu que le point proposé devrait être autorisé.

e) *Dommages-intérêts punitifs*

[178] Le point commun proposé par le demandeur au sujet des dommages-intérêts punitifs consiste à déterminer si la conduite de la défenderesse justifie l'octroi de dommages-intérêts punitifs et, le cas échéant, de quel ordre.

[179] La défenderesse s'oppose à l'autorisation de ce point au motif que le demandeur n'allègue pas de malveillance de sa part et ne plaide aucun fait étayant un fondement pour l'octroi de dommages-intérêts punitifs. Comme le fait valoir la défenderesse, des dommages-intérêts punitifs ne sont accordés que dans des circonstances exceptionnelles pour une inconduite autoritaire, malveillante, arbitraire ou hautement répréhensible qui s'écarte nettement des normes ordinaires de comportement décent (voir *Whiten c. Pilot Insurance Co.*, 2002 CSC 18, [2002] 1 R.C.S. 595, au paragraphe 94).

[180] Le demandeur a fourni peu d'observations pour étayer le point proposé. En effet, à l'audition de la présente

at the hearing of this motion, the plaintiff's counsel brought to the Court's attention the recent decision in *MacKinnon v. Pfizer Canada Inc.*, 2022 BCCA 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269, in which the British Columbia Court of Appeal concluded that the motions judge erred in certifying a proposed common issue on punitive damages solely on the basis of the allegations in the pleadings. As the plaintiffs had not pointed to any material beyond the pleadings to establish a basis in fact for the certification of this common issue, the certification of the punitive damages issue was set aside.

[181] Similarly, in the case at hand, the plaintiff has not referred to Court to any evidence on which he relies as some basis in fact to certify a common question related to punitive damages. I therefore find that it would be inappropriate to certify this question.

(5) Preferable Procedure

[182] The next requirement is that a class proceeding be the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions. In assessing this requirement, the Court must consider all relevant matters, including those expressly set out in subsection 334.16(2) [of the Rules], which in turn include whether the common questions predominate over any questions affecting only individual class members.

[183] The defendant's submissions on this issue focus on its argument that individual issues surrounding liability, injury, causation, and damages, specific to each individual claimant, predominate over the common issues. I accept that, as expressly contemplated by paragraph 334.16(2)(a) [of the Rules], whether common or individual issues predominate is a factor to be considered in assessing whether there is a procedure that is preferable to a class action. As the defendant submits, a class action may be found not to be the preferable procedure based on the need for individual proof by class members (see, e.g., *Setoguchi v. Uber B.V.*, 2021 ABQB 18 (CanLII), 72 C.C.L.T. (4th) 107, at paragraph 97).

requête, l'avocat du demandeur a porté à l'attention de la Cour la récente décision dans l'affaire *MacKinnon v. Pfizer Canada Inc.*, 2022 BCCA 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269 dans laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que le juge des requêtes avait commis une erreur en autorisant un point commun proposé sur les dommages-intérêts punitifs uniquement en fonction des allégations formulées dans les actes de procédure. Comme les demandeurs n'avaient pas signalé d'éléments autres que les actes de procédure pour établir un fondement factuel pour l'autorisation de ce point proposé, l'autorisation de la question des dommages-intérêts punitifs a été annulée.

[181] Par ailleurs, en l'espèce, le demandeur n'a renvoyé la Cour à aucun élément de preuve sur lequel il s'est fondé comme fondement quant à l'autorisation d'un point commun lié aux dommages-intérêts punitifs. J'estime donc qu'il serait inapproprié d'autoriser ce point.

5) Meilleur moyen de procéder

[182] L'exigence suivante est qu'un recours collectif constitue le meilleur moyen pour assurer le règlement juste et efficace des points communs. Pour évaluer cette exigence, la Cour doit tenir compte de tous les points pertinents, y compris ceux qui sont expressément énoncés au paragraphe 334.16(2) des Règles, qui, par ricochet, comprend la question de savoir si les points communs prédominent sur les points qui ne touchent que les membres individuels du groupe.

[183] Les observations de la défenderesse à cet égard portent sur l'argument selon lequel les points individuels relatifs à la responsabilité, aux préjudices, au lien de causalité et aux dommages-intérêts, propres à chaque demandeur, prédominent sur les points communs. Je conviens que, comme le dispose expressément l'alinéa 334.16(2)a) des Règles, la prédominance des points communs ou individuels est un facteur à examiner pour évaluer si le recours collectif est le meilleur moyen. Comme le soutient la défenderesse, un recours collectif peut être jugé comme n'étant pas le meilleur moyen, en raison de la nécessité d'obtenir une preuve individuelle de la part des membres du groupe (voir, p. ex. *Setoguchi v. Uber B.V.*, 2021 ABQB 18 (CanLII), 72 C.C.L.T. (4th) 107, au paragraphe 97).

[184] However, as the plaintiff argues, the preferability inquiry is to be conducted through the lens of the three principal goals of class actions, namely judicial economy, behaviour modification and access to justice. This does not represent a requirement to prove that the proposed class action will actually achieve those goals in the specific case. Rather, the preferability analysis is a comparative exercise. While the Court must consider whether the proposed class action will achieve these goals, the ultimate question is whether other available means of resolving the claim are preferable if a class action would not fully achieve these goals (see *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, at paragraphs 22–23).

[185] As such, I agree with the plaintiff's position that the difficulty with the defendant's arguments is that they assert that a class action is not the preferable procedure but offer no alternative. In the absence of a class action, the only apparent option for claimants who would otherwise be class members would be to bring individual actions against the defendant. Based on the nature of the damages claimed, I agree with the plaintiff's argument that such actions would likely be uneconomic, effectively leaving claimants with no alternative at all.

[186] In my view, the plaintiff's action meets the goals that animate class proceedings. Access to justice is achieved in circumstances where such access would otherwise likely be unavailable due to the applicable economics. Judicial economy is achieved, because there are at least some aspects of the litigation that can be advanced in common and therefore will not require repetition multiple times. By way of example, evidence surrounding the defendant's policies, practices, and the manner in which the 2020 cyber incidents occurred can be adduced only once rather than potentially thousands of times.

[187] With respect to the goal of behaviour modification, the defendant submits that it followed all appropriate steps once it learned it was the victim of a breach and

[184] Toutefois, comme le fait valoir le demandeur, l'analyse relative au meilleur moyen s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice. On n'entend pas par là qu'il faille prouver que le recours collectif projeté réalisera effectivement ces objectifs dans un cas donné. L'analyse du meilleur moyen se veut plutôt un exercice comparatif. Bien que la Cour doive déterminer si le recours collectif proposé permettra d'atteindre ces objectifs, la question ultime consiste à savoir s'il existe des moyens préférables de régler la demande, dans le cas où un recours collectif n'atteint pas pleinement ces objectifs (voir *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, aux paragraphes 22 à 23).

[185] Par conséquent, je souscris à la position du demandeur, selon laquelle le problème avec les arguments de la défenderesse est qu'elle affirme qu'un recours collectif ne constitue pas le meilleur moyen, mais qu'elle n'offre aucune solution de rechange. En l'absence d'un recours collectif, la seule option apparente pour les demandeurs qui seraient autrement membres du groupe serait d'intenter des actions individuelles contre la défenderesse. Compte tenu de la nature des dommages-intérêts demandés, je souscris à l'argument du demandeur selon lequel de telles actions ne seraient probablement pas rentables, ce qui, dans les faits, ne laisserait aucune alternative aux demandeurs.

[186] À mon avis, l'action du demandeur répond aux objectifs qui animent les recours collectifs. L'accès à la justice est obtenu dans des circonstances où un tel accès serait autrement probablement impossible en raison des facteurs économiques applicables. L'économie judiciaire est réalisée, parce qu'il y a au moins certains aspects du litige qui peuvent être mis de l'avant en commun et qui, par conséquent, ne nécessiteront pas de répétitions multiples. À titre d'exemple, la preuve entourant les politiques et les pratiques de la défenderesse et la façon dont les cyberincidents de 2020 se sont produits peut être présentée une seule fois plutôt que des milliers de fois.

[187] En ce qui concerne l'objectif de modification des comportements, la défenderesse soutient qu'elle a suivi toutes les étapes pertinentes une fois qu'elle a appris

that behaviour modification therefore has no application. I agree with the plaintiff's response to this argument. Behaviour modification is intended to prevent breaches from occurring in the first place, by creating the motivation to take proactive steps to avoid such events.

[188] I am satisfied there is a basis in fact to conclude that a class proceeding is the preferable procedure for the just and efficient resolution of the common questions in this matter.

(6) Representative Plaintiff

[189] The final requirement for certification is that there is a representative plaintiff who meets certain conditions prescribed by paragraph 334.16(1)(e) [of the Rules], including that they would fairly and adequately represent the interests of the class (subparagraph 334.16(1)(e)(i)) and have prepared a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members as to how the proceeding is progressing (subparagraph 334.16(1)(e)(ii)).

[190] The defendant takes the position that the plaintiff is not an appropriate representative, arguing that he does not have a basis for a claim against the defendant and that his claim is not representative of the claims of the proposed class members.

[191] In addition to the Rae Affidavit referenced earlier in these reasons, Mr. Rae affirmed a second affidavit dated February 14, 2022, in response to the November 25, 2021 affidavit of the plaintiff, Mr. Sweet, after he was proposed as the new representative plaintiff. Mr. Rae explains in his second affidavit activity that occurred in the plaintiff's CRA My Account in June, July and August 2020. This includes the plaintiff's account being accessed on June 29, 2020, using a valid username and password, without any signs of brute force attack or password guessing, as well as a correct answer to the randomly selected security question after only one failed attempt. The user accessing the account then modified the security questions and answers, likely to maintain persistent access to the account, deleted

avoir été victime d'une atteinte à la sécurité et que la modification des comportements ne s'applique donc pas. Je souscris à la réponse du demandeur à cet argument. La modification des comportements vise à prévenir les violations en premier lieu, en créant la motivation nécessaire pour prendre des mesures proactives afin d'éviter de tels événements.

[188] Je suis convaincu qu'il y a effectivement matière à conclure qu'un recours collectif est le meilleur moyen pour assurer le règlement juste et efficace des points communs en l'espèce.

6) Représentant demandeur

[189] La dernière exigence d'autorisation est qu'il y ait un représentant demandeur qui répond à certaines conditions prescrites par l'alinéa 334.16(1)e) [des Règles], notamment : il doit représenter de façon équitable et adéquate les intérêts du groupe (sous-alinéa 334.16(1)e)(i) des Règles) et avoir élaboré un plan qui propose une méthode efficace pour poursuivre l'instance au nom du groupe et tenir les membres du groupe informés de son déroulement (sous-alinéa 334.16(1)e)(ii) des Règles).

[190] La défenderesse soutient que le demandeur n'est pas un représentant approprié, faisant valoir qu'il ne dispose d'aucun motif justifiant une réclamation contre la défenderesse et que sa demande n'est pas représentative des demandes des membres du groupe proposé.

[191] En plus de l'affidavit Rae mentionné précédemment dans les présents motifs, M. Rae a souscrit un deuxième affidavit daté du 14 février 2022, en réponse à l'affidavit du 25 novembre 2021 du demandeur, M. Sweet, après que son nom a été proposé comme nouveau représentant demandeur. M. Rae, dans son deuxième affidavit, fait état d'une activité qui a eu lieu dans Mon dossier de l'ARC du demandeur en juin, juillet et août 2020. Cela comprend l'accès au compte du demandeur le 29 juin 2020, au moyen d'un nom d'utilisateur et d'un mot de passe valides, sans signe d'attaque par force brute ou de craquage de mot de passe, ainsi que la réponse correcte à la question de sécurité sélectionnée au hasard après une seule tentative infructueuse. L'utilisateur ayant accédé au

the email address on file, changed the direct deposit information, and applied for four periods of CERB.

[192] Mr. Gad also affirmed a second affidavit, dated February 11, 2022, again in response to the plaintiff's affidavit. Mr. Gad explains that he reviewed the security logs of the plaintiff's CRA My Account from June 15 to August 15, 2020, and found no signs of bot activities used to gain access to this account and no signs of credential stuffing attack techniques. Mr. Gad found that the username and password for the plaintiff's account were entered correctly for each access attempt and that there were no signs of password guessing.

[193] Mr. Gad also explains that the CRA IT Security team was able to locate the plaintiff's combination of username and password on the Dark Web as part of a third party data breach that occurred in 2018. Finally, he explains that the CRA IT Security team flagged the plaintiff's account for unauthorized activities based on an attempt to access the account on July 22, 2020, using the security question bypass method, following use of the correct username and password to login. However, the account was already locked at that point, and the user was not able to access the account.

[194] I understand the defendant to take the position that this evidence indicates that the plaintiff was the victim of identity theft unrelated to the defendant's conduct impugned in this action. While the defendant may be able to rely on this evidence at a future stage in the proceeding in an effort to argue either that the defendant is not liable to the plaintiff or that there are aspects of other class members' claims which differ from those of the plaintiff, I am not convinced that these arguments make the plaintiff an unsuitable representative. Certainly, the Court considering a certification motion is not expected to enter into any merits based assessment of the

compte a ensuite modifié les questions de sécurité et les réponses, le rendant susceptible de maintenir un accès continu au compte, puis a supprimé l'adresse courriel au dossier, a modifié les renseignements sur le dépôt direct et a demandé quatre périodes de PCU.

[192] M. Gad a également souscrit un deuxième affidavit, daté du 11 février 2022, encore une fois en réponse à l'affidavit du demandeur. M. Gad explique qu'il a examiné les registres de sécurité de Mon dossier de l'ARC concernant le demandeur du 15 juin au 15 août 2020, et qu'il n'a trouvé aucun signe d'activité de robot utilisée pour accéder à ce compte ni aucun signe de techniques d'attaque par bourrage de justificatifs. M. Gad a constaté que le nom d'utilisateur et le mot de passe du compte du demandeur avaient été saisis correctement pour chaque tentative d'accès et qu'il n'y avait aucun signe de craquage du mot de passe.

[193] M. Gad explique également que l'équipe de sécurité informatique de l'ARC a été en mesure de trouver la combinaison de nom d'utilisateur et de mot de passe du demandeur sur le Web invisible dans le cadre d'une atteinte à la protection des données commise par un tiers en 2018. Enfin, il explique que l'équipe de sécurité informatique de l'ARC a signalé le compte du demandeur pour des activités non autorisées en raison d'une tentative d'accès au compte le 22 juillet 2020, au moyen de la méthode de contournement des questions de sécurité, après que le bon nom d'utilisateur et le bon mot de passe ont été utilisés pour ouvrir une session. Cependant, le compte était déjà verrouillé à ce moment-là, et l'utilisateur n'a pas pu y accéder.

[194] Je comprends que la défenderesse adopte la position selon laquelle cette preuve indique que le demandeur a été victime d'un vol d'identité non lié à la conduite reprochée à la défenderesse dans la présente action. Bien que la défenderesse puisse être en mesure de s'appuyer sur cette preuve à une étape ultérieure de l'instance afin de faire valoir qu'elle n'est pas responsable envers le demandeur ou qu'il y a des aspects des demandes d'autres membres du groupe qui diffèrent de celles du demandeur, je ne suis pas convaincu que ces arguments font du demandeur un représentant inapproprié. On ne s'attend certainement pas à ce que la Cour, qui examine une requête

proposed representative plaintiff's individual claim (see *T.L. v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2006 ABQB 104 (CanLII), 395 A.R. 327, at paragraphs 117).

[195] As I read the authorities cited by the defendant (*Canada (Attorney General) v. Jost*, 2020 FCA 212, at paragraphs 103–105, and *Fehr v. Life Assurance Company of Canada*, 2015 ONSC 6931 (CanLII), 56 C.C.L.I. (5th) 15, at paragraph 335), they focus principally on the requirement that the representative plaintiff is actually a member of the class (see also *Piett v. Global Learning Group Inc.*, 2021 SKQB 232 (CanLII), 2021 D.T.C. 5115, at paragraphs 69–72). As explained in *Williamson v. Johnson & Johnson*, 2020 BCSC 1746 (*Williamson*), it is possible to find that the representative plaintiff will adequately and fairly represent the class, even where there are differences, as long as there is no impact on the common issues. The Court in *Williamson* noted such potential differences and reasoned that, as a result, the proposed representatives may advocate vigorously for a broad basis of liability on the part of the defendant (at paragraphs 339–342).

[196] There is clearly a basis in fact, relying even on the defendant's evidence, to conclude that the plaintiff's CRA My Account was accessed without authorization in the summer of 2020 and that he therefore falls within the Class definition. To the extent there may be differences, as between the plaintiff and other class members, as to the circumstances under which an account was breached or the mechanisms employed to accomplish such breach, I am not convinced that such differences would undermine the plaintiff's ability or motivation to fairly and adequately represent the interests of the Class.

[197] The defendant also argues that the plaintiff's litigation plan filed in support of this motion fails to address key matters, including a plan to determine who is a class member, the presence of individual issues, and an acceptable method for addressing such issues. The defendant argues in particular that nothing in the plaintiff's

en autorisation, procède à une évaluation du bien-fondé de la demande personnel du représentant demandeur proposé (voir *T.L. v. Alberta (Director of Child Welfare)*, 2006 ABQB 104 (CanLII), 395 A.R. 327, au paragraphe 117).

[195] Selon mon interprétation des arrêts cités par la défenderesse (*Canada (Procureur général) c. Jost*, 2020 CAF 212, aux paragraphes 103 à 105; *Fehr v. Life Assurance Company of Canada*, 2015 ONSC 6931 (CanLII), 56 C.C.L.I. (5th) 15, au paragraphe 335), ceux-ci portent principalement sur l'exigence selon laquelle le représentant demandeur doit effectivement être membre du groupe (voir aussi *Piett v. Global Learning Group Inc.*, 2021 SKQB 232 (CanLII), 2021 D.T.C. 5115, aux paragraphes 69 à 72). Comme il est expliqué dans la décision *Williamson c. Johnson & Johnson*, 2020 BCSC 1746 (*Williamson*), il est possible de conclure que le représentant demandeur représentera adéquatement et équitablement le groupe, même s'il y a des différences, tant qu'il n'y a pas d'incidence sur les points communs. Dans la décision *Williamson*, la Cour a relevé des différences possibles et a conclu que, par conséquent, les représentants proposés peuvent plaider avec force qu'il existe un large fondement de responsabilité de la part de la défenderesse (aux paragraphes 339 à 342).

[196] Il existe clairement un fondement factuel, même en s'appuyant sur la preuve de la défenderesse, pour conclure que le compte du demandeur sur le service Mon dossier de l'ARC a été consulté sans autorisation à l'été 2020 et qu'il est donc visé par la définition du groupe. Dans la mesure où il peut y avoir des différences, notamment entre le demandeur et les autres membres du groupe, quant aux circonstances dans lesquelles il y a eu accès non autorisé au compte ou aux mécanismes utilisés pour ce faire, je ne suis pas convaincu que de telles différences mineraient la capacité ou la motivation du demandeur à représenter équitablement et adéquatement les intérêts du groupe.

[197] La défenderesse soutient également que le plan de déroulement de l'instance déposé par le demandeur pour étayer la présente requête ne traite pas des questions clés, notamment un plan visant à déterminer qui est membre du groupe, la présence de points individuels et une méthode acceptable pour traiter de ces questions. La

material suggests that he has considered whether any individual class member could prove causation. The defendant also relies on the plaintiff's cross-examination as indicating that the litigation plan in the motion materials is outdated and fails to include important information. The plaintiff also acknowledged in cross-examination that there are significant aspects about the prosecution of the case about which he knows nothing.

[198] I agree with the defendant that the plaintiff's litigation plan is light. It is relatively generic and does not engage in any substantive way with the potential need to address common questions in a nuanced manner or otherwise address the potential individual issues upon which many of the defendant's arguments focus. The plan is also clearly outdated, as it relies to some extent on the experience and resources of Murphy Battista, who are no longer involved.

[199] However, I am not convinced that the plan is so inadequate that the Court should decline to certify this proceeding. In *MacKinnon v. Pfizer Canada Inc.*, 2021 BCSC 1093 (affirmed 2022 BCCA 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269 other than in relation to certification of punitive damages), the Court addressed similar concerns as follows at paras 167–171:

Finally, the defendants say that the plaintiffs' proposed litigation plan is "rudimentary, vague and formulaic", and provides no insight into how the plaintiffs anticipate the common and individual issues will actually be resolved. The defendants take particular issue with the lack of detail as to how individual issues of causation and damages will be determined after a common issues trial.

The plaintiffs' litigation plan is relatively minimalist. It includes provision for notice to the class, examinations for discovery, document production, the exchange of expert reports, and the conduct of a common issues trial. The defendants are correct that there is limited detail regarding

défenderesse fait valoir en particulier que rien dans les documents du demandeur ne soutient qu'il a examiné la question de savoir si un membre individuel du groupe pouvait prouver la causalité. La défenderesse s'appuie également sur le contre-interrogatoire du demandeur pour indiquer que le plan de déroulement de l'instance figurant dans les documents de la requête est désuet et ne comprend pas de renseignements importants. Le demandeur a également reconnu en contre-interrogatoire qu'il y a des aspects importants de la poursuite dont il ne sait rien.

[198] Je conviens avec la défenderesse que le plan de déroulement de l'instance du demandeur est rudimentaire. Il est relativement générique et n'engage d'aucune façon importante le besoin éventuel d'examiner des points communs de façon nuancée ou d'aborder autrement les points individuels potentiels sur lesquels portent bon nombre des arguments de la défenderesse. De plus, le plan est clairement désuet, puisqu'il s'appuie, dans une certaine mesure, sur l'expérience et les ressources de Murphy Battista, qui ne fait plus partie du dossier.

[199] Cependant, je ne suis pas convaincu que le plan soit à ce point inadéquat que la Cour devrait refuser d'autoriser la présente instance. Dans la décision *Mackinnon v. Pfizer Canada Inc.*, 2021 BCSC 1093 (confirmée dans 2022 BCCA 151, 73 B.C.L.R. (6th) 269 autrement qu'en ce qui a trait à l'autorisation des dommages-intérêts punitifs), la Cour a tenu compte des préoccupations semblables suivantes aux paragraphes 167 à 171 :

[TRADUCTION] Enfin, les défenderesses affirment que le plan de déroulement de l'instance proposé par les demanderesses est « rudimentaire, vague et formuliste », et qu'il ne donne aucun aperçu de la façon dont les demanderesses prévoient que les points communs et individuels seront réellement réglés. Les défenderesses contestent particulièrement le manque de détails sur la façon dont les points individuels que sont la causalité et les préjudices seront tranchés après l'audience relative aux points communs.

Le plan de déroulement de l'instance des demanderesses est relativement minimaliste. Il comprend des dispositions relatives à l'avis au groupe, aux interrogatoires préalables, à la production de documents, à la communication de rapports d'experts et à la tenue d'une audience

the individual trials that may follow the common issues trial. The litigation plan appears to depend on the exercise of the court's case management powers under the CPA.

The purpose of a litigation plan is to provide a framework for the class proceeding that shows that the representative and class counsel understand the complexities of the case. It is not intended to resolve all procedural issues before certification has occurred. It can be anticipated that litigation plans will require amendment as the case proceeds: *Jiang v. Vancouver City Savings Credit Union*, 2019 BCCA 149 at paras. 57—61 [*Jiang 2019*].

As observed by the Court of Appeal at para. 61 of *Jiang 2019*, ss. 12, 27 and 28 of the CPA provide post-certification tools to address how individual issues will be resolved. The adequacy of a litigation plan may be viewed through the lens of the case-management tools available to the court post-certification.

In my view, the plaintiffs' proposed litigation plan is sufficient at this stage of the proceeding to satisfy the requirement in s. 4(1)(e)(ii) of the CPA.

[200] Similarly, the plaintiff's litigation plan in the case at hand addresses the principal steps that will be involved in progressing the litigation, including in some respects the method of providing notice to the Class, and relies significantly on the Court's case management to develop more detailed approaches to addressing individual issues. As for the plaintiff's acknowledgment that there are significant aspects about the prosecution of the case about which he knows nothing, I considered a similar argument in *Tippett*, concluding as follows at paragraph 88:

I accept that a number of the Plaintiff's responses to answers posed during his cross-examination demonstrate that he has little understanding of the litigation process. However, I do not consider this to disqualify him from being a representative plaintiff, when he has the benefit of competent counsel experienced in class action litigation. In *Pederson v Saskatchewan (Minister of Social Services)*, 2016 SKCA 142 at paras 95-106, the Saskatchewan Court of Appeal held that the certification judge erred in concluding that the proposed representative plaintiffs were

relative aux points communs. Les défenderesses ont raison de dire qu'il y a peu de détails sur les procès individuels qui peuvent suivre l'audience relative aux points communs. Le plan de déroulement de l'instance semble dépendre de l'exercice des pouvoirs de gestion de l'instance conférés au tribunal en vertu de la CPA.

Le but d'un plan de déroulement de l'instance est de fournir un cadre pour le recours collectif qui démontre que le représentant et l'avocat du groupe comprennent les complexités de l'affaire. Il ne vise pas à résoudre tous les problèmes de procédure avant que l'autorisation n'ait lieu. On peut prévoir que les plans de déroulement de l'instance devront être modifiés à mesure que l'affaire avance : *Jiang v. Vancouver City Savings Credit Union*, 2019 BCCA 149 aux paragraphes 57 à 61 [*Jiang 2019*].

Comme l'a fait remarquer la Cour d'appel au paragraphe 61 de *Jiang 2019*, les articles 12, 27 et 28 de la CPA fournissent des outils post-autorisation pour examiner la façon dont les points individuels seront réglés. Le caractère adéquat d'un plan de déroulement de l'instance peut être examiné dans l'optique des outils de gestion de l'instance dont dispose la cour après l'autorisation.

À mon avis, le plan de déroulement de l'instance proposé par les demandereses est suffisant à cette étape de l'instance pour satisfaire à l'exigence du sous-alinéa 4(1)(e)(ii) de la CPA.

[200] Par ailleurs, le plan de déroulement de l'instance du demandeur en l'espèce porte sur les principales étapes qui seront nécessaires à l'avancement du litige, y compris, à certains égards, la méthode d'envoi d'un avis au groupe, et compte beaucoup sur la gestion de l'instance de la Cour pour élaborer des approches plus détaillées qui permettront de traiter des points individuels. Quant à la reconnaissance par le demandeur qu'il y a des aspects importants de la poursuite dont il ne connaît rien, j'ai examiné un argument semblable dans la décision *Tippett*, concluant ce qui suit au paragraphe 88 :

Je conviens qu'un certain nombre de réponses qu'a données le demandeur aux questions posées durant son contre-interrogatoire montrent qu'il comprend peu le processus judiciaire. Toutefois, je considère que cela ne l'empêche pas d'agir comme représentant demandeur, puisqu'il a l'avantage d'avoir un avocat compétent spécialisé en matière de recours collectif. Dans la décision *Pederson c Saskatchewan (Minister of Social Services)*, 2016 SKCA 142, aux paragraphes 95 à 106, la Cour d'appel de la Saskatchewan a soutenu que le juge qui avait

unsuitable based on personal motivations and lack of understanding of the claim. The Court of Appeal noted that it is not surprising that litigants do not know the law or litigation procedures, as they look to competent counsel for advice in that respect. A detailed examination of the competence and circumstances of a proposed representative is not in accordance with the relatively low threshold for this requirement. Rather, a representative plaintiff should only be rejected where he or she clearly will not or cannot represent a class.

[201] Taking into account the relatively low threshold for the requirement in subparagraph 334.16(1)(e)(ii) [of the Rules], I am satisfied that the plaintiff's litigation plan, including intended reliance on future case management as this matter proceeds, represents a workable method of achieving the objectives set out in the rule. Following certification, I will expect the parties to work together to develop a more detailed plan for identification of and notice to class members, including the time and manner in which they can opt out of the class proceeding, and present this plan to the Court through the case management process.

[202] Turning briefly to the other requirements in paragraph 334.16(1)(e) [of the Rules], nothing in the record indicates a conflict between the interests of the plaintiff and those of other class members, and I note that the plaintiff's affidavit provides a copy of the contingency fee agreement that he has executed with his counsel. My conclusion is that the paragraph 334.16(1)(e) requirements are satisfied.

V. Conclusion

[203] In conclusion, I find that the requirements for certification are met. The order issued with these reasons will address the points contemplated by subsection 334.17(1) [of the Rules], in a manner consistent with the conclusions in these reasons, subject to the reservation on the time and manner for class members to opt out of the class proceeding as mentioned above.

entendu la requête en autorisation avait commis une erreur en concluant que les représentants demandeurs envisagés étaient non admissibles en raison de motivations personnelles et d'un manque de compréhension du recours. La Cour d'appel a indiqué qu'il n'était pas surprenant que les parties au litige ne connaissent pas le droit ou les procédures judiciaires, car ils se fiaient à un avocat compétent pour obtenir des conseils à cet égard. Un examen détaillé de la compétence et de la situation d'un représentant envisagé n'est pas conforme au seuil relativement peu élevé de cette condition. Un représentant demandeur ne devrait être rejeté que lorsqu'il est évident qu'il ne représentera pas, ou qu'il ne peut représenter un groupe.

[201] Compte tenu du seuil relativement bas de l'exigence énoncée au sous-alinéa 334.16(1)(e)(ii) des Règles, je suis convaincu que le plan de déroulement de l'instance du demandeur, y compris le recours prévu à la gestion de l'instance à mesure que l'affaire avance, représente une méthode pratique pour atteindre les objectifs énoncés dans la règle. Après l'autorisation, je m'attends à ce que les parties collaborent à l'élaboration d'un plan plus détaillé pour l'identification des membres du groupe et l'envoi d'un avis aux membres du groupe, y compris le moment et la façon dont ils peuvent se retirer du recours collectif, et présenter ce plan à la Cour dans le cadre du processus de gestion de l'instance.

[202] Après avoir examiné brièvement les autres conditions prévues à l'alinéa 334.16(1)(e) des Règles, j'estime qu'il n'y a rien dans le dossier qui indique qu'il existe un conflit entre les intérêts du demandeur et ceux d'autres membres du groupe, et je constate que l'affidavit du demandeur fournit une copie de la convention relative aux honoraires conditionnels qu'il a conclue avec son avocat. Je conclus que les conditions énoncées à l'alinéa 334.16(1)(e) des Règles sont remplies.

V. Conclusion

[203] En conclusion, j'estime que les conditions d'autorisation sont remplies. L'ordonnance rendue avec les présents motifs tiendra compte des points énoncés au paragraphe 334.17(1) des Règles, conformément aux conclusions des présents motifs, sous réserve du respect des directives quant à la façon dont les membres du groupe peuvent s'exclure du recours collectif et quant à la date limite pour le faire, comme il est mentionné plus haut.

VI. Costs

[204] Pursuant to rule 334.39, there are typically no costs awarded on a motion for certification. While the defendant requested that the plaintiff's motion for certification be dismissed with costs, the plaintiff has not sought costs, and I find no basis to award costs in granting this motion.

ORDER IN T-982-20

THIS COURT ORDERS that:

1. The defendant's motion to strike certain paragraphs of the report dated December 11, 2020, of Dr. Douglas Allen is dismissed without costs.
2. The defendant's motion to strike the affidavit of Elizabeth Emery dated July 23, 2021, is granted in part, and paragraph 2 and the related Exhibits B and C are struck. The motion is otherwise dismissed, all without costs.
3. This action is hereby certified as a class proceeding.
4. Todd Sweet is appointed as the representative plaintiff.
5. The definition of the class shall be as follows, and the plaintiff is granted leave to amend his statement of claim to reflect this definition:

All persons whose personal or financial information in their Government of Canada Online Account was disclosed to a third party without authorization between March 1, 2020, and December 31, 2020, excluding Excluded Persons.

"Government of Canada Online Account" means:

VI. Dépens

[204] Suivant la règle 334.39, il n'y a habituellement pas d'adjudication de dépens dans le cadre d'une requête en autorisation. Bien que la défenderesse ait demandé que la requête en autorisation du demandeur soit rejetée avec dépens, le demandeur n'a pas demandé de dépens, et je ne trouve aucun motif d'adjuger des dépens en accueillant la présente requête.

ORDONNANCE dans le dossier T-982-20

LA COUR ORDONNE ce qui suit :

1. La requête de la défenderesse en radiation de certains paragraphes du rapport daté du 11 décembre 2020 de M. Douglas Allen est rejetée sans dépens.
2. La requête de la défenderesse en radiation de l'affidavit d'Elizabeth Emery daté du 23 juillet 2021 est accueillie en partie, et le paragraphe 2 et les pièces B et C connexes sont radiés. La requête est autrement rejetée, sans dépens.
3. La présente action est autorisée comme recours collectif.
4. Todd Sweet est nommé représentant demandeur.
5. La définition du groupe est la suivante, et le demandeur est autorisé à modifier sa déclaration pour refléter cette définition :

toute personne dont les renseignements personnels ou financiers contenus dans son compte en ligne du Gouvernement du Canada ont été divulgués à un tiers sans autorisation entre le 1^{er} mars 2020 et le 31 décembre 2020, à l'exclusion des personnes exclues.

On entend par «compte en ligne du gouvernement du Canada» :

- a. a Canada Revenue Agency account;
- b. a My Service Canada account; or
- c. another Government of Canada online account, where that account is accessed using the Government of Canada Branded Credential Service (GCKey).

“Excluded Persons” means all persons who contacted Murphy Battista LLP about the CRA privacy breach class action, with Federal Court file number T-982-20 prior to June 24, 2021.

(Collectively “Class” or “Class Members”).

6. The nature of the claims made on behalf of the Class is as follows:

The claims concern allegations that the defendant was negligent and is also liable for intrusion upon seclusion and breach of confidence.

7. The relief claimed by the Class is as follows:

The claims seek general and special damages, damages equal to the costs of administering notice and the plan of distribution, pre-judgment and post-judgment interest, and costs.

8. The following issues are certified as common questions of law or fact for the Class:

Systemic Negligence

- A. Did the defendant owe the Class a duty of care?
- B. If so, what was the applicable standard of care?

- a. un compte de l’Agence du revenu du Canada;
- b. un compte Mon dossier Service Canada;
- c. un autre compte en ligne du gouvernement du Canada, lorsque l’accès à ce compte se fait par l’intermédiaire des services de justificatif d’identité du gouvernement du Canada (CléGC).

On entend par «personnes exclues» toutes les personnes qui ont communiqué avec Murphy Battista LLP au sujet du recours collectif concernant les atteintes à la vie privée de l’ARC, dont le numéro de dossier de la Cour fédérale est le T-982-20, avant le 24 juin 2021.

(Collectivement «le groupe» ou «les membres du groupe».)

6. La nature des demandes présentées au nom du groupe est la suivante :

Les demandes portent sur des allégations selon lesquelles la défenderesse a fait preuve de négligence et est également responsable d’une intrusion dans l’intimité et d’un abus de confiance.

7. Le groupe demande la réparation suivante :

Les demandes visent à obtenir des dommages-intérêts généraux et spéciaux, des dommages-intérêts égaux aux coûts d’administration de l’avis et du plan de distribution, des intérêts avant et après jugement, et des dépens.

8. Les points suivants sont autorisés comme des points de droit ou de fait communs pour le groupe :

Négligence systémique

- A. La défenderesse était-elle tenue de faire preuve de diligence à l’égard du groupe?
- B. Dans l’affirmative, quelle était la norme de diligence applicable?

C. Did the defendant breach the applicable standard of care?

D. Did the defendant's breach of duty cause damage to the Class?

Breach of Confidence

A. Is the defendant liable for the tort of breach of confidence vis-à-vis Class Members?

Intrusion Upon Seclusion

A. Is the defendant liable for the tort of intrusion upon seclusion vis-à-vis Class Members?

Damages

A. Can the Court make an aggregate assessment of all or part of the damages suffered by Class Members and, if so, in what amount?

9. The form and content of the notice to the Class and the time and manner for Class Members to opt out of the class proceeding will be determined by further order of the Court.

10. No costs are payable on this certification motion.

C. La défenderesse a-t-elle enfreint la norme de diligence applicable?

D. Le manquement de la défenderesse à son obligation a-t-il causé des préjudices au groupe?

Abus de confiance

A. La défenderesse est-elle responsable du délit d'abus de confiance à l'égard des membres du groupe?

Intrusion dans l'intimité

A. La défenderesse est-elle responsable du délit d'intrusion dans l'intimité à l'égard des membres du groupe?

Dommages

A. La Cour peut-elle procéder à une évaluation globale de tout ou partie des dommages subis par les membres du groupe et, dans l'affirmative, dans quelle mesure?

9. La forme et le contenu de l'avis au groupe ainsi que le moment et la manière dont les membres du groupe peuvent se retirer du recours collectif seront déterminés par une ordonnance supplémentaire de la Cour.

10. Aucuns dépens ne sont payables à l'égard de la présente requête en autorisation.

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.**

Editor's note: These digests were originally published in the 2022 volume year. They are being republished here in an effort to maintain historical accuracy by publishing digests and decisions from a given year in the volume for that year.

COMPETITION

Appeal from Competition Tribunal order dated December 31, 2022 (2023 Comp Trib 1) — Appellant initially applied to Competition Tribunal for order blocking merger between respondents, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. — Later, divestiture of Shaw's subsidiary, Freedom Mobile Inc., to Videotron Ltd. became part of overall transaction — To make order blocking overall transaction, Tribunal needed to find that it would be likely to prevent or lessen competition substantially in accordance with *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 92 — Competition Tribunal not concluding as such — Considered extensive testimony of lay, expert witnesses, documentary evidence — Preferred testimony of almost all respondents' experts over appellant's — While Competition Tribunal dealing with some relatively uncontroversial issues of law, Competition Tribunal's task largely factual — Whether Competition Tribunal committed reversible error in making order — Overall, Competition Tribunal made two key factually suffused findings of mixed fact, law: transactions would not be likely to prevent or lessen competition substantially; transactions in some key aspects actually promote competition — In competition terms, present matter far from close case — Two key findings amply supported by evidence, were central to outcome of case, were unshakeable in Court — Even if Competition Tribunal erred on narrow legal points appellant was raising, was not established that result could have been different — Thus, would be pointless to send case back to Competition Tribunal for re-decision — This point alone was sufficient to dismiss appellant's appeal but, for completeness, points of law appellant raising addressed — First, appellant submitted that, as matter of law, Competition Tribunal had to consider only merger of respondents Rogers, Shaw, which was original version of transactions, not merger with additional element proposed after Tribunal's proceedings started: divestiture of Freedom Mobile to Videotron — Appellant stated that this mattered in particular since respondents would bear burden of proving that divestiture would ensure that any lessening of competition shown by appellant would no longer be substantial — Argument rejected; burden of proof can matter where there is gap in evidence on key element or where, overall, case is so close that make-weight or tie-breaker is needed — However, this was not a close case — Considering force of evidentiary record before it, Competition Tribunal concluded that result would have been same even if it accepted appellant's view of burden of proof — Reasoned basis for such finding present — Tribunal's many clear, strong findings of fact supporting respondents' positions provided such basis — Burden of proof can also matter where ignoring it or circumstances surrounding it might cause procedural unfairness to party — Here, however, appellant knew about divestiture to Videotron, Competition Tribunal's possible views on burden of proof early enough to react, prosecute its case to fullest — Whether Competition Tribunal could consider actual, real matter (i.e. merger and divestiture rather than just merger) coming down to what Act says — Here, purpose of Act predominated — Act aims to address truth, reality, not fiction, fantasy — Examining merger alone would be foray into fiction, fantasy — Efficiency is another purpose of Act: change in transaction would require entire process under Act to start all over again from beginning — Delay, potentially substantial, could cause a transaction that, in fact, is pro-competitive and in the public interest, to die — Appellant also submitted that Tribunal erred by considering network access agreements, pricing commitments without appellant's consent, contrary to Act, ss. 92(1)(f)(iii)(B) but this was wrong — Tribunal's remedial jurisdiction under s. 92(1)(f) was not engaged because it found no substantial lessening of competition to begin with — Finally, just before hearing of present appeal, appellant brought motion for leave to admit fresh evidence, showing that party applying to Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, raising certain competitive

COMPETITION—Concluded

aspects of divestiture of Freedom Mobile — However, test for admission of fresh evidence not met — Motion for fresh evidence, appeal dismissed.

CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) V. ROGERS COMMUNICATIONS INC. (A-286-22, 2023 FCA 16, Stratas J.A., reasons for judgment dated January 24, 2023, 10 pp.) [Originally published: [2022] 1 F.C.R. D-12]

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Social Security Tribunal, Appeal Division decision denying leave to appeal General Division’s refusal to overturn denial of employment insurance (EI) benefits — Applicant former employee of Lakeridge Health hospital — Suspended from his employment, ultimately terminated, because failing to comply with employer’s policy regarding COVID-19 vaccinations, testing — Lakeridge Health not having its own policy, but rather followed rules set out in Directive 6, issued by Ontario’s Chief Medical Officer of Health pursuant to *Health Protection and Promotion Act*, R.S.O. 1990, c. H-7 — Applicant participated in education session regarding vaccines pursuant to Directive but did not get vaccinated or provide antigen test results as required — Put on unpaid leave, dismissed from employment as a result — Applied for employment insurance in October 2021 — Canada Employment Insurance Commission (Commission) denied application, finding that applicant had lost job due to misconduct — General Division assessed two issues: why applicant had been suspended, whether law considered that reason to be misconduct, as that term understood for purposes of administering EI benefits — Accepted employer’s evidence, found applicant’s denial that he had been notified of Directive’s requirements, that he had never refused antigen testing to be lacking in credibility — Based on this, General Division found applicant committed misconduct under law — Appeal Division found that applicant had not demonstrated that his appeal had reasonable chance of success — Noted that General Division could not make ruling in relation to misconduct based on other legislation cited by applicant — Found that fact applicant having avenues of recourse under other legislation not undermining General Division’s finding that Commission had proven that employer dismissed applicant because of his misconduct, therefore was not entitled to EI benefits — Whether Appeal Division’s decision denying applicant leave to appeal reasonable — While applicant frustrated that decision makers not addressing legal or factual issues that he raised, i.e. bodily integrity, consent to medical testing, safety, efficacy of COVID-19 vaccines or antigen tests, this not making decision of Appeal Division unreasonable — Appeal Division properly summarized law applying to this case, in particular its limited role in making decision whether to grant leave to appeal from decision of General Division — Made no factual errors that might justify overturning its decision — Appeal Division’s decision, like that of General Division, rooted in interpretation of term “misconduct” — Misconduct not requiring that the employee act with malicious intent — Applicant raised none of the reviewable errors listed in *Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34, s. 58(1) that could justify the granting of his appeal — *AL v. Canada Employment Insurance Commission*, 2022 SST 1428 distinguished herein — General Division, Appeal Division having important, but narrow, specific role to play in legal system — In this case, that role involved determining why applicant dismissed from his employment, whether that reason constituting “misconduct” — That is what they did — Application dismissed.

CECCHETTO V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1665-22, 2023 FC 102, Pentney J., reasons for judgment dated January 23, 2023, 20 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-2]

PRACTICE**CONTEMPT OF COURT***Sentencing*

Appeal from Federal Court order (2019 FC 794) sentencing five appellants for contempt of court — Appellants five of seven persons convicted of contempt of court for failing to comply with Federal Court judgment (2017 FC 1179) — Judgment cancelling election by which appellants elected members of council of Pessamit Innu Nation (Nation), ordering new election unless Nation’s 1994 custom election code duly amended before certain date — Chief Simon sentenced to fine of \$20,000.00, each councillor fined \$10,000.00, payable within 90 days of decision — Appellants criticizing Federal Court for not properly applying principles of sentencing, particularly principles of proportionality, individualization, parity in sentencing — Appellants contesting quantum of fines, considering fines excessive, inappropriate — More specifically, appellants insisting Federal Court failed to consider all mitigating factors raised or give sufficient weight to Indigenous aspect or context of Indigenous governance, an important mitigating factor in appellants’ view — Before Federal Court, respondent arguing term of imprisonment

PRACTICE—Continued

as well as fines of \$50,000.00 for Chief Simon, \$30,000.00 for each councillor, appropriate considering serious, flagrant nature of contempt — Whether Federal Court correctly determined sentence imposed on five appellants for contempt of court — Is settled law that court of appeal cannot vary sentence simply because court would have ordered different one — Appellate courts must instead show great deference when reviewing trial court decisions where appeal against sentence concerned — In decision, Federal Court noted case law factors to consider with regard to sentencing — Review of arguments submitted regarding mitigating factors Federal Court allegedly did not give sufficient weight to in sentencing not establishing Federal Court committed error in principle warranting intervention — As for context of Indigenous governance, Federal Court noted appellants believed themselves acting in interest of community in not holding election, wanted to preserve Nation's self-government — Federal Court emphasized objective or effect of 2017 judgment not intended to strip Nation of right to self-determination, but to enforce laws, customs of Nation with regard to elections — Moreover, Federal Court duly considered Indigenous aspect, principles set out by Supreme Court in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, before concluding appellants should be fined because sentence of imprisonment inappropriate — Regarding political interference, judicial review under rule of law, decisions of all government authorities subject to judicial review, must comply with rules of law governing exercise of authorities' powers — On whole, appellants' arguments essentially called into question Federal Court's findings of fact regarding circumstances of contempt — However, findings fell within purview of trier of fact's assessment of evidence, contained no reviewable errors — Federal Court's reasoning suggested Federal Court prioritized objectives of deterrence, denunciation in determining appropriate sentence, as Federal Court entitled to do — Fines imposed by Federal Courts in cases of contempt of court vary enormously depending on context — At end of a proceeding, one party will always disagree with decision rendered — But in state founded on rule of law, disagreement with court order never justifying refusal to comply with order before order quashed or stayed — In case at hand, appellants not only broke law of appellants' First Nation and caused Nation harm, but also tried to undermine members of Nation seeking Federal Court's intervention — Federal Court correct in finding flagrant, repeated contempt because appellants had had multiple opportunities to think issue over — Chief Simon well aware could lose in Federal Court in 2017, had [TRANSLATION] "plan of action" — Chief Simon definitely directing mind in decision making after 2017 judgment — Given Chief Simon's position holding that right to self-determination allowed contravening Federal Court judgment, position could influence other bands as well as appellants, fine against chief, although steep, not unjust — Similarly, not clearly inappropriate to set fine applicable to other appellants at amount equal to half of fine imposed on chief — Fine took into account other appellants' level of responsibility — As for one appellant in present case, exceptional circumstances justified Court's intervention to offer alternative way to pay fine, which alternative offered — Appeal dismissed with exception of one appellant.

SIMON V. BACON ST-ONGE (A-258-19, 2023 FCA 1, Gauthier J.A., reasons for judgment dated January 4, 2023, 22 pp.)
[Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-6]

CLASS PROCEEDINGS

Motion for directions regarding implementation of late claims provision (Late Claims Provision) in final settlement agreement (FSA) negotiated between plaintiffs, defendant in two class proceedings — Proceedings, FSA encompassing two classes consisting of women, men who experienced sexual misconduct while serving in Canadian Armed Forces, in Department of National Defence, and as Staff of the Non-Public Funds, Canadian Forces — FSA established individual application deadline (Individual Application Deadline) of 18 months from implementation date of May 25, 2020 — Also provided for additional period of 60 days within which class members could continue to submit claims, provided Administrator was satisfied they were delayed "due to disability" or "due to other exceptional circumstances" (Extension Period) — In addition, FSA conferred upon Federal Court discretion to grant leave to permit further late claims after expiry of Extension Period referred to as Late Claims Provision — At time motion heard, estimated that approximately 640 late claims had been received by Administrator after expiry of Extension Period — Parties herein disagreeing about test to be applied in granting leave to permit late claims, manner in which Late Claims Provision should be administered — In addition to motion for directions, plaintiffs seeking leave on behalf of 13 class members to submit their claims after expiry of Extension Period — Plaintiffs noting that Late Claims Provision in FSA specifically authorizing the granting of leave to late claimants; stating that Federal Court having jurisdiction to appoint Administrator to decide whether to admit late claims — Plaintiffs also relying on *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, in particular rule 8, which allows for the extension of any period fixed by order — Motion may be granted under rule 8 whenever it is in "interests of justice" to do so — Defendants stating in particular that supervising court's jurisdiction to administer settlement agreement is limited to filling gap or applying term of agreement; that supervising court has no jurisdiction to re-write terms of settlement unless this power is expressly conferred by terms of settlement — Also arguing that once settlement is concluded, no provision in agreement or settlement approval order should be changed unless all parties agree or provision is

PRACTICE—Concluded

invalid — According to defendant, directions requested by plaintiffs not addressing any gap in settlement — Issues were: what test should be applied when determining whether to grant leave to submit late claims?; how should Late Claims Provision be administered?; should leave be granted to 13 class members to submit their claims after expiry of Extension Period? — FSA confers general discretion to permit further late claims after Extension Period — However, FSA silent about test to be applied — Nor clear whether discretion must be exercised on case-by-case basis or whether directions may be provided to administrators or assessors regarding circumstances in which further late claims may be accepted after expiry of Extension Period. — Authority that had closest resemblance to this case was Ontario Superior Court of Justice’s decision in *Guglietti v. Toronto Area Transit Operating Authority*, [2000] O.J. No. 2144 (QL) (Sup. Ct.) — In that case, “interests of justice” test to grant leave to late claimant applied — FSA in this case contemplating that further claims may be submitted after expiry of Extension Period with leave — No reason to depart from application of “interests of justice” test in *Guglietti* in comparable circumstances — When applying interests of justice test under rule 8, necessary to consider whether party seeking leave has established: (1) continuing intention to pursue matter; (2) that application has some merit; (3) that no prejudice arising from delay; (4) that there is reasonable explanation for delay — Failure to establish one of preceding criteria is not determinative, as real test is ultimately that justice be done between parties — Regarding administration of late claims provision, reasonable to infer that parties anticipated number of claims submitted after Individual Application Deadline, Extension Period to be small — However, in reality, number was significant — Obligations in settlement agreement must be read in light of agreement’s spirit, to address damage inflicted by, or as result of, defendant’s conduct — Would be incompatible with overarching principles of FSA to resolve numerous applications for leave to participate in settlement in public, adversarial manner contemplated by Rules — Furthermore, FSA, s. 10.03 stating that Administrator’s duties include “such other duties and responsibilities as the Court may from time to time by order direct” — As to whether, pursuant to provisions of FSA, or in accordance with rule 334.26, Administrator or assessors may be assigned additional duty, responsibility of deciding whether further claims may be accepted following expiry of Extension Period, Administrator is best suited to perform this additional duty, responsibility — Administrator has considered, accepted approximately 19,000 claims for determination by assessors, including late claims that were brought in extenuating circumstances — With respect to late claims of 13 class members, FSA not prescribing end date for adjudication of claims — Must be end date for acceptance of claims — While defendant not demonstrating that permitting further claims beyond Extension Period will result in prejudice, prejudice will result unless clear directions provided on acceptance of late claims, final date set by which all claims must be submitted — Thirteen claimants who requested leave to submit claims after Extension Period did so without knowing test that would be applied to determination of their applications — Administrator better placed to decide whether late claims should be accepted — Therefore, Administrator shall decide whether to accept 12 late claims for which leave sought in this motion, all other claims received after expiry of Extension Period, in accordance with directions provided in Order accompanying reasons — Administrator shall not accept any further late claims 30 days beyond date of Order — Separate Order to be issued granting leave to lone claimant whose leave application not contested, addressing confidentiality of all 13 leave applications accompanying present motion.

HEYDER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2111-16, T-460-17, 2023 FC 28, Fothergill J., reasons for order dated January 6, 2023, 20 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-5]

PRIVACY

Related subject: Administrative Law

Consolidated applications brought by Information Commissioner on behalf of applicants (Patrick Cain, Molly Hayes) pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (Act), s. 41(1) challenging Health Canada’s refusal to disclose parts of postal codes, names of cities associated with licenses to grow medical marijuana — Canadian postal codes containing six characters divided into two groups of three: first three characters called Forward Sortation Area (FSA), which identify major geographic divisions in urban or rural location; last three characters called Local Delivery Unit, which identify smallest delivery zone within FSA — Ms. Hayes in August, Mr. Cain in October 2017 making access to information request to Health Canada for list of addresses, first three characters of postal codes of licensed personal production grow operations, producers of medical cannabis — Requested information obtained by Health Canada under *Access to Cannabis for Medical Purposes Regulations*, SOR/2016-230 regime — This scheme replaced by *Cannabis Act*, S.C. 2018, c. 16, *Cannabis Regulations*, SOR/2018-144 — Regarding Ms. Hayes’ request, Health Canada’s Access to Information and Privacy (ATIP) Division found most information to be personal information, thus exempt from disclosure under Act, s. 19 — ATIP Division applied severance to record, only disclosed province names — Information Commissioner agreeing with Health Canada that s. 19(1) exemption for personal information applied to civic numbers, street names, last three digits of postal codes — However, Commissioner asked Health Canada

PRIVACY—Concluded

to determine whether additional portions of postal codes, city names could be disclosed — Health Canada subsequently agreed to release first character of postal code but refused to release any other information, claiming it was “personal information” — Also asserted unreasonable to require it to analyze each FSA separately to determine risk of re-identification — Information Commissioner not convinced that risk of identification arising from disclosure of city names or FSAs for more populous areas — Also disagreed with Health Canada’s assertion not reasonable to ask it to analyze each FSA to determine which could be disclosed — Regarding Mr. Cain’s request, Health Canada refused to disclose second, third characters of FSAs pursuant to Act, s. 19(1) — Information Commissioner found that Health Canada’s blanket refusal to release more information not justified, because risk of re-identification of designated persons not meeting legal test — In response to Information Commissioner’s reports on complaints, Health Canada maintained its position that FSAs, cities personal information exempt from disclosure — Asserted that because of risk of identification, information falling within definition of “personal information” — First issue whether respondent Minister of Health authorized to refuse disclosure of records at issue pursuant to s. 19(1) because they constitute personal information — Second issue whether Minister correctly refused to further sever records pursuant to Act, s. 25 — Regarding standard of review for first issue, law clear that under Act, s. 41, reviews heard *de novo* — As regards second issue, in light of *Merck Frosst Canada Ltd. v. Canada (Health)*, 2012 SCC 3, [2012] 1 S.C.R. 23, question of how much effort required to meet s. 25 severance obligation should be treated as part of *de novo* review, rather than as discretionary decision — Dispute at centre of present case whether second, third characters of FSAs with larger populations, city names protected from disclosure because of “serious possibility” this data can be linked with other information to identify specific individuals — Related to this is proper approach to assessing risks regarding “structured data sets”, methodology to assess such risks — “Serious possibility” test set out in *Gordon v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FC 258, [2008] 3 F.C.R. D-5 governing authority guiding analysis — Releasing second or third character of FSA, names of cities creating serious possibility of re-identification — This information therefore falling within definition of personal information about identifiable individual — Disclosure of information about individual’s medical condition(s) having particularly devastating consequences — Risks of disclosure of such intimate information must be reduced as much as is feasible — Evidence showing progressive release of more information about medical marijuana licenses, details about individuals who received them, including medical conditions, year of birth, gender, type of license issued, dosage — Question whether significant possibility that data can be combined to identify particular individuals — Datasets sufficiently comparable to serve as foundation for assessing risk that mosaic of information could be assembled — Fact that datasets not exactly comparable not impediment to motivated user seeking to identify person licensed for personal production or designated producer under medical marijuana licensing regime — In undertaking *de novo* review, Court required to take into account more recent developments pertinent to task at hand — Court conducting *de novo* review of refusal to disclose record should take into account any relevant changes between date of refusal, time of hearing of matter — *Ontario (Community Safety and Correctional Services) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, 2014 SCC 31, [2014] 1 S.C.R. 674 not supporting more general proposition that population thresholds suitable to manage privacy risks — Expert’s report highly relevant, persuasive regarding risks associated with further disclosure of second, third characters of FSAs, names of cities — Releasing only first character posing much lower risk — As to whether Minister correctly refused to further sever records pursuant to Act, s. 25, core question whether more effort required by Health Canada to respect its obligations under s. 25 — Reference in French version of s. 25 to “problèmes sérieux” not setting different, more rigorous standard than English version — Only where expenditure of effort disproportionate to quality of access that disclosure becoming unreasonable — Test from *Merck Frosst* applicable herein — In assessing whether effort reasonably proportionate to quality of access, two points needing to be emphasized: (1) sensitive nature of information suggesting that lowest-risk option should be adopted, (2) with general location of most of licenses revealed, question whether further narrowing of lens would bring significant benefits — Imposing such requirement on Health Canada, in context of particular facts of case, going beyond what s. 25 requiring — Health Canada not required to undertake further severance in order to meet its disclosure obligations under s. 25 — In conclusion, risks to privacy arising from any further disclosure of records simply too great — Evidence compelling conclusion that requiring Health Canada to undertake risk analysis for each FSA separately would impose burden disproportionate to quality of additional access it would provide — Applications dismissed.

CAIN V. CANADA (HEALTH) (T-645-20, T-641-20, T-637-20, 2023 FC 55, Pentney J., amended public reasons for judgment dated January 25, 2023, 73 pp.) [Originally published: [2022] 2 F.C.R. D-8]

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.**

Note de l'arrêtiiste : Ces fiches analytiques ont été précédemment publiées dans le volume de l'année 2022. Elles sont republiées ici dans le but de maintenir l'exactitude historique en publiant les fiches analytiques et les décisions d'une année donnée dans le volume de cette année-là.

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la division d'appel du Tribunal de la sécurité sociale, qui a rejeté la permission d'en appeler du refus de la division générale d'annuler un refus de prestations d'assurance-emploi — Le demandeur était un ancien employé de Lakeridge Health — Il a été suspendu de son emploi et a finalement été licencié parce qu'il ne s'était pas conformé à la politique de l'employeur concernant la vaccination contre la COVID-19 et les tests de dépistage — Lakeridge Health n'avait pas sa propre politique, mais elle suivait plutôt les règles énoncées dans la Directive n° 6, émise par le médecin-hygiéniste en chef de l'Ontario en vertu de la *Loi sur la protection et la promotion de la santé*, L.R.O. 1990, chap. H.7 — Le demandeur a participé à une séance d'information sur les vaccins conformément à la Directive, mais il ne s'est pas fait vacciner ni n'a fourni les résultats de tests antigéniques comme il y était tenu — Il a été mis en congé sans solde et a été congédié en conséquence — Il a demandé des prestations d'assurance-emploi en octobre 2021 — La Commission de l'assurance-emploi du Canada (la Commission) a rejeté la demande, concluant que le demandeur avait perdu son emploi en raison d'une inconduite — La division générale a examiné deux questions : celle de savoir pourquoi le demandeur avait été suspendu et celle de savoir si la loi considérait ce motif comme étant une inconduite, au sens où ce terme était compris aux fins de l'administration des prestations d'assurance-emploi — Elle a accepté la preuve de l'employeur et a conclu que l'affirmation du demandeur selon laquelle il n'avait pas été informé des exigences de la Directive et qu'il n'avait jamais refusé le test antigénique manquait de crédibilité — Pour cette raison, la division générale a conclu que le demandeur avait commis une inconduite au sens de la loi — La division d'appel a conclu que le demandeur n'avait pas démontré que son appel avait une chance raisonnable de succès — Elle a souligné que la division générale ne pouvait rendre une décision sur l'inconduite en se fondant sur les autres lois citées par le demandeur — Elle a conclu que le fait que le demandeur disposait de recours sous le régime d'autres lois ne venait pas miner la conclusion de la division générale selon laquelle la Commission avait prouvé que l'employeur a congédié le demandeur en raison de son inconduite et qu'il n'avait donc pas droit à des prestations d'assurance-emploi — Il s'agissait de savoir si la décision de la division d'appel de rejeter la demande de permission d'en appeler du demandeur était raisonnable — Le demandeur était frustré parce que les décideurs n'ont pas abordé les questions juridiques ou factuelles qu'il a soulevées, c'est-à-dire l'intégrité corporelle, le consentement à des tests médicaux, et l'innocuité et l'efficacité des vaccins contre la COVID-19 ou des tests antigéniques, mais la décision de la division d'appel n'était pas déraisonnable pour autant — La division d'appel a résumé correctement le droit qui s'appliquait en l'espèce, en particulier son rôle limité dans la décision d'accorder ou non la permission d'interjeter appel d'une décision de la division générale — Elle n'a commis aucune erreur factuelle susceptible de justifier l'annulation de sa décision — La décision de la division d'appel, comme celle de la division générale, reposait sur l'interprétation du terme « inconduite » — L'inconduite n'exige pas que l'employé agisse avec une intention malveillante — Le demandeur n'a soulevé aucune des erreurs susceptibles de contrôle énumérées au paragraphe 58(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34, qui pourrait justifier qu'il soit fait droit à son appel — En l'espèce, une distinction a été établie d'avec l'affaire *AL c. Commission de l'assurance-emploi du Canada*, 2022 TSS 1428 — La division générale et la division d'appel ont un rôle important, mais restreint et précis à jouer dans le système juridique — Ici, ce rôle

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

consistait à établir pourquoi le demandeur avait été congédié et si ce motif constituait une « inconduite » — C’est ce qu’elles ont fait — Demande rejetée.

CECCHETTO C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1665-22, 2023 CF 102, juge Pentney, motifs du jugement en date du 23 janvier 2023, 20 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-1]

CONCURRENCE

Appel d’une ordonnance rendue par le Tribunal de la concurrence le 31 décembre 2022 (2023 Trib. conc. 1) — Dans un premier temps, l’appelant a sollicité auprès du Tribunal de la concurrence une ordonnance visant à interdire le fusionnement des intimées Rogers Communications Inc. et Shaw Communications Inc. — Par la suite, le dessaisissement de Freedom Mobile Inc., une filiale de Shaw, en faveur de Vidéotron Ltée a été envisagé dans le cadre de l’opération — Pour rendre l’ordonnance interdisant l’opération dans son ensemble, le Tribunal devait conclure qu’elle aurait vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence au sens de l’art. 92 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 — Le Tribunal de la concurrence n’est pas arrivé à une telle conclusion — Il a tenu compte des nombreux témoignages, notamment de témoins experts, ainsi que d’une preuve documentaire — Il a préféré le témoignage de presque tous les experts des intimées à celui des experts de l’appelant — Certes, le Tribunal de la concurrence a traité certains points de droit, dont des questions relativement non litigieuses, mais il était surtout saisi de questions de fait — Il s’agissait de savoir si le Tribunal de la concurrence a commis une erreur susceptible de révision en rendant l’ordonnance en cause — Dans l’ensemble, le Tribunal de la concurrence a tiré deux principales conclusions mixtes de fait et de droit : les opérations n’auraient vraisemblablement pas pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence; les opérations à certains égards favorisaient en fait la concurrence — L’affaire, sur le plan de la concurrence, était loin de reposer sur des subtilités — Ces deux principales conclusions étaient amplement étayées par la preuve, avaient une importance cruciale pour l’issue de l’affaire et étaient inébranlables devant la Cour — Même si le Tribunal de la concurrence avait fait erreur sur les points de droit étroits soulevés par l’appelant, il n’a pas été établi que cette erreur aurait eu une incidence sur l’issue de l’affaire — Partant, il serait inutile de renvoyer l’affaire au Tribunal de la concurrence pour qu’il se prononce à nouveau — Cela suffisait à la Cour pour rejeter l’appel de l’appelant mais, par souci d’exhaustivité, les points de droit que l’appelant a soulevés ont été examinés — En premier lieu, l’appelant a affirmé qu’en droit, le Tribunal de la concurrence était limité à l’examen du scénario initial, à savoir le fusionnement de Rogers et Shaw, et qu’il ne devait pas examiner le fusionnement assorti d’un autre élément proposé après le début de l’instance devant le Tribunal, soit le dessaisissement de Freedom Mobile Inc. en faveur de Vidéotron — L’appelant a déclaré que la distinction importait, puisqu’il incomberait alors aux intimées de démontrer que le dessaisissement n’aurait pas pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, dès lors qu’une telle diminution aurait été établie par l’appelant — L’argument a été rejeté; le fardeau de preuve peut importer si la preuve est lacunaire à l’égard d’un élément important ou dans les cas où les plateaux de la balance sont pour ainsi dire à égalité et qu’un poids doit y être jeté — Ce n’était toutefois pas le cas en l’espèce — À la lumière du dossier de preuve dont il était saisi, le Tribunal de la concurrence a conclu que l’issue serait inchangée même s’il acceptait la thèse de l’appelant sur le fardeau de la preuve — Cette conclusion était étayée par un raisonnement — Le Tribunal a tiré de nombreuses constatations de fait, claires et solides, en faveur de la thèse des intimées; il s’agissait là du fondement de son raisonnement — Le fardeau de la preuve peut aussi importer dans les cas où en faire fi — ou faire fi des circonstances — risquerait d’entraîner un manquement à l’équité procédurale à l’égard d’une partie — Cependant, en l’espèce, l’appelant était au courant du dessaisissement en faveur de Vidéotron et de l’avis possible du Tribunal de la concurrence sur la question du fardeau de la preuve assez tôt pour être en mesure d’ajuster le tir et de plaider pleinement sa cause — La question de savoir si le Tribunal de la concurrence pouvait connaître du véritable litige (le fusionnement et le dessaisissement plutôt que le fusionnement seul) était déterminée par le libellé de la Loi — En l’espèce, l’objet de la Loi prédominait — La Loi s’applique sur le plan de la vérité et de la réalité, et non sur celui de la fiction et de la fantaisie — Examiner le fusionnement seul constituerait une incursion dans la fiction et la fantaisie — L’efficacité est un autre objet de la Loi : une modification visant l’opération en cause nécessiterait la reprise de la procédure depuis le début — Retarder ainsi les choses, parfois longuement, risquerait de mener à l’abandon d’un projet somme toute favorable à la concurrence et qui était dans l’intérêt public — L’appelant a également fait valoir que le Tribunal a examiné à tort les ententes d’accès au réseau et les engagements relatifs aux prix sans le consentement de l’appelant, en contravention à l’art. 92(1)f(iii)(B) de la Loi, mais il a eu tort — Le pouvoir de rendre une ordonnance que l’art. 92(1)f) confère au Tribunal n’intervenait pas, ce dernier n’ayant pas conclu à une diminution sensible de la concurrence — Enfin, peu de temps avant la tenue de l’audience dans l’appel, l’appelant a présenté une requête en vue de faire admettre de nouveaux éléments de preuve, suivant lesquels une partie a présenté au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes une demande soulevant certains aspects relatifs à la concurrence du dessaisissement visant Freedom Mobile — Toutefois, il n’a pas été satisfait

CONCURRENCE—Fin

au critère relatif à l'admission de nouveaux éléments de preuve — Requête en présentation de nouveaux éléments de preuve et appel rejetés.

CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) C. ROGERS COMMUNICATIONS INC. (A-286-22, 2023 CAF 16, juge Stratas, J.C.A., motifs du jugement en date du 24 janvier 2023, 10 p.) [Première parution : [2022] 1 R.C.F. F-13]

PRATIQUE**RECOURS COLLECTIFS**

Requête visant à obtenir une directive sur l'application de la clause sur les demandes tardives (la clause sur les demandes tardives) dans l'entente de règlement définitive (ERD) négociée entre les demandeurs et le défendeur dans deux recours collectifs — Les recours et l'ERD rassemblaient deux groupes composés de femmes et d'hommes qui ont vécu de l'inconduite sexuelle alors qu'ils servaient dans les Forces armées canadiennes, travaillaient au ministère de la Défense nationale ou faisaient partie du Personnel des fonds non publics, Forces canadiennes — L'ERD prévoyait que la date limite de présentation des demandes individuelles arriverait au terme du dix-huitième mois suivant la date de mise en œuvre du 25 mai 2020 — Elle accordait par ailleurs une période additionnelle de 60 jours pendant laquelle les membres du groupe pouvaient toujours déposer leur demande si l'administrateur était convaincu que le retard était dû à une « invalidité ou [à] d'autres circonstances exceptionnelles » (période de prolongation) — En outre, l'ERD conférait à la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la présentation d'autres demandes tardives après l'échéance de la période de prolongation appelée la clause sur les demandes tardives — À l'audition de la présente requête, on a estimé que l'administrateur avait reçu environ 640 demandes tardives après l'échéance de la période de prolongation — Les parties aux présentes ne s'entendaient pas sur le critère à appliquer pour autoriser les demandes tardives et sur la façon dont la clause sur les demandes tardives devait être appliquée — En plus de la requête visant à obtenir une directive, les demandeurs ont sollicité l'autorisation, au nom de 13 membres du groupe, de déposer leur demande après l'échéance de la période de prolongation — Les demandeurs ont soutenu que la clause sur les demandes tardives prévue dans l'ERD permet expressément d'accorder l'autorisation aux réclamants tardifs; ils ont soutenu que la Cour fédérale a compétence pour charger l'administrateur de déterminer s'il y a lieu d'accepter les demandes tardives — Les demandeurs ont invoqué en outre les *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, et plus particulièrement la règle 8, qui permet de proroger tout délai fixé par ordonnance — Toute requête déposée sous le régime de la règle 8 peut être accueillie s'il est dans « l'intérêt de la justice » de le faire — Les défendeurs ont fait valoir plus particulièrement que la fonction de surveillance judiciaire concernant l'administration d'une entente de règlement se limite à combler les lacunes ou à faire exécuter les modalités de l'entente, que la cour qui exerce la fonction de surveillance n'a pas compétence pour modifier les modalités d'une entente à moins que le pouvoir ne lui soit expressément conféré par l'entente — Ils ont également soutenu qu'une fois le règlement conclu, aucune disposition de l'entente ou de l'ordonnance d'approbation de l'entente de règlement ne peut être modifiée sans le consentement de toutes les parties; sinon, la disposition est invalide — Selon le défendeur, la directive que les demandeurs souhaitaient obtenir ne visait aucune lacune dans l'entente de règlement — Il s'agissait de savoir quel critère devrait être appliqué pour déterminer s'il faut accorder l'autorisation de présenter une demande tardive; de quelle façon la clause sur les demandes tardives doit être appliquée; s'il y a lieu d'autoriser 13 membres du groupe à déposer leur demande après l'échéance de la période de prolongation — L'ERD confère le pouvoir discrétionnaire général d'autoriser les demandes tardives après l'échéance de la période de prolongation — Mais elle ne précise pas le critère qui doit être appliqué — Elle ne précise pas si le pouvoir discrétionnaire doit être exercé au cas par cas ou si une directive peut être fournie à l'administrateur ou aux évaluateurs pour définir les circonstances dans lesquelles les demandes tardives présentées après l'échéance de la période de prolongation peuvent être acceptées — C'est l'affaire *Guglietti c. Toronto Area Transit Operating Authority*, [2000] O.J. n° 2144 (QL) (C.S.), que la Cour supérieure de justice de l'Ontario a tranchée, qui ressemble le plus à la présente affaire — Dans cette affaire, le critère de l'« intérêt de la justice » a été appliqué pour autoriser une demande tardive — En l'espèce, l'ERD prévoyait la possibilité de présenter une demande après l'échéance de la période de prolongation, avec autorisation — Il n'y avait aucune raison de déroger à l'application du critère de l'« intérêt de la justice » énoncé dans l'affaire *Guglietti* dans des circonstances comparables — Lorsqu'on applique le critère de l'« intérêt de la justice » sous le régime de la règle 8, il faut déterminer si la partie qui demande l'autorisation a démontré : 1) qu'elle a une intention constante de poursuivre sa demande; 2) que la demande est bien fondée; 3) qu'aucun préjudice ne naît du délai; 4) qu'il existe une explication raisonnable justifiant le délai — Le défaut de démontrer l'un ou l'autre des critères précédents n'est pas déterminant, puisque le véritable critère est, en fin de compte, que la justice soit rendue entre les parties — En ce qui concerne l'application de la clause sur les demandes tardives, il est raisonnable de déduire que les parties s'attendaient à ce que le nombre de demandes présentées après la date limite de présentation des demandes individuelles et après

PRATIQUE—Suite

l'échéance de la période de prorogation soit peu élevé — En réalité, ce nombre était toutefois important — Les obligations de l'entente doivent être interprétées en fonction de l'esprit de l'entente de façon à réparer les torts causés par le défendeur ou imputables à ce dernier — Il serait incompatible avec les principes fondamentaux de l'ERD de trancher de nombreuses demandes d'autorisation pour prendre part au règlement de façon publique et contradictoire, comme le prévoient les Règles — En outre, l'article 10.03 de l'ERD stipule que les fonctions et responsabilités de l'administrateur incluent « les autres fonctions et responsabilités que la Cour pourra de temps à autre requérir par ordonnance » — Quant à savoir s'il est possible, tant aux termes des clauses de l'ERD que de la règle 334.26, de confier à l'administrateur ou aux évaluateurs les fonctions et responsabilités additionnelles de déterminer s'il y a lieu d'accepter les demandes tardives présentées après l'échéance de la période de prolongation, c'est l'administrateur qui est le mieux placé pour s'acquitter de ces fonctions et responsabilités additionnelles — L'administrateur a examiné et accepté environ 19 000 demandes, incluant les demandes tardives lorsque des circonstances atténuantes le justifiaient, qu'il a ensuite transmises aux évaluateurs — En ce qui concerne les demandes tardives de 13 membres du groupe, l'ERD ne prévoyait pas de date finale au règlement des réclamations — Il doit y avoir une date finale pour accepter les demandes — Bien que le défendeur n'ait pas établi que l'autorisation de présenter des demandes au-delà de la période de prolongation causera un préjudice, il y aura un préjudice à moins qu'une directive précise soit donnée sur l'acceptation des demandes tardives et qu'une date finale où toutes les demandes devront avoir été présentées soit fixée — Les 13 réclamants qui ont demandé l'autorisation de déposer leur demande après l'échéance de la période de prolongation l'ont fait sans savoir le critère qui serait appliqué pour déterminer si l'autorisation serait accordée ou non — L'administrateur est le mieux placé pour décider s'il y a lieu d'accepter les demandes tardives — Par conséquent, l'administrateur doit déterminer s'il y a lieu d'accepter les 12 demandes tardives visées par la présente requête pour obtenir une autorisation ainsi que toute autre demande reçue après l'échéance de la période de prolongation conformément à la directive donnée dans l'ordonnance qui accompagne les présents motifs — L'administrateur doit refuser toute demande présentée après les 30 jours suivant la date de l'ordonnance — Une ordonnance distincte sera rendue pour autoriser la seule réclamante dont la demande d'autorisation n'a pas été opposée et garantir la confidentialité des 13 demandes d'autorisation visées par la présente requête.

HEYDER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-2111-16, T-460-17, 2023 CF 28, juge Fothergill, motifs de l'ordonnance en date du 6 janvier 2023, 20 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-8]

OUTRAGE AU TRIBUNAL*Détermination de la peine*

Il s'agissait d'un appel d'une ordonnance de la Cour fédérale (2019 CF 794) établissant la peine pour l'outrage au tribunal à l'encontre des cinq appelants — Les appelants étaient cinq des sept personnes déclarées coupables d'outrage au tribunal pour le non-respect d'un jugement de la Cour fédérale (2017 CF 1179) — Ce jugement annulait l'élection par laquelle ils ont été élus membres du conseil des Innus de Pessamit et ordonnait qu'une nouvelle élection soit tenue à moins que le code électoral coutumier de 1994 de la Nation innue de Pessamit (la Nation) ne soit dûment modifié avant cette date — Le chef Simon a été condamné à une amende de 20 000,00 \$ et chacun des conseillers à une amende de 10 000,00 \$ payable dans les 90 jours de la décision — Les appelants reprochaient à la Cour fédérale de ne pas avoir adéquatement appliqué les principes de détermination de la peine, notamment les principes de proportionnalité, d'individualisation et d'harmonisation des peines — Ils contestaient le quantum des amendes imposées, qu'ils estimaient excessif et inapproprié. — Plus particulièrement, les appelants insistaient que la Cour fédérale n'a pas considéré tous les facteurs atténuants qu'ils avaient soulevés et n'a pas accordé suffisamment de poids à l'aspect autochtone ou au contexte de gouvernance autochtone qui, selon eux, était un facteur atténuant important — Devant la Cour fédérale, l'intimé faisait valoir que compte tenu du caractère grave et flagrant de l'outrage, il y avait lieu d'imposer une peine d'emprisonnement, de même qu'une amende de 50 000,00 \$ au chef Simon, et de 30 000,00 \$ à chacun des conseillers — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a bien établi la peine pour l'outrage au tribunal à l'encontre des cinq appelants — Il est bien établi qu'une cour d'appel ne peut modifier une peine pour la seule raison qu'elle aurait prononcé une sentence différente — Les tribunaux d'appel doivent plutôt faire preuve d'une grande retenue dans l'examen des décisions des cours de première instance à l'occasion d'un appel d'une sentence — Dans sa décision, la Cour fédérale a rappelé les facteurs jurisprudentiels à considérer en matière de détermination de la peine — L'examen des arguments soumis quant aux facteurs atténuants auxquels la Cour fédérale n'aurait pas accordé suffisamment de poids dans l'établissement de la peine n'a pas établi que la Cour fédérale a commis une erreur de principe justifiant une intervention — Quant au contexte de gouvernance autochtone, la Cour fédérale a noté la conviction qu'avaient les appelants d'agir dans l'intérêt de leur communauté en ne tenant pas d'élection et leur volonté de préserver l'autonomie gouvernementale de la Nation — La Cour fédérale a souligné que le jugement de 2017 n'avait

PRATIQUE—Fin

pas pour but ou effet de dépouiller la Nation de son droit à l'autodétermination, mais plutôt de faire respecter les lois et coutumes de la Nation en matière électorale — Qui plus est, la Cour fédérale a dûment tenu compte de l'aspect autochtone et des principes énoncés par la Cour suprême dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688 et *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433 pour conclure qu'il y avait lieu d'imposer une amende aux appelants puisque l'imposition d'une peine d'emprisonnement n'était pas appropriée — En ce qui concerne l'ingérence politique et le contrôle judiciaire dans un État de droit, les décisions de toutes les autorités gouvernementales sont soumises à la révision judiciaire et celles-ci doivent respecter les règles de droit qui encadrent l'exercice de leur pouvoir — Dans l'ensemble, les arguments qu'ont soumis les appelants consistaient essentiellement à remettre en question les conclusions de fait de la Cour fédérale quant aux circonstances de l'outrage — Or, ces conclusions relevaient de l'appréciation de la preuve par le juge des faits qui n'étaient pas entachées d'une erreur révisable — Quant au raisonnement de la Cour fédérale, il en ressortait que cette dernière a priorisé les objectifs de dissuasion et de dénonciation dans sa détermination de la peine appropriée comme elle était en droit de le faire — Les amendes imposées par les Cours fédérales dans des cas d'outrages au tribunal varient énormément selon le contexte — À la conclusion d'un litige, il y aura presque toujours une partie qui sera en désaccord avec la décision rendue — Mais dans un état fondé sur la règle de droit, un désaccord ne justifie jamais de refuser d'obtempérer à une ordonnance de la Cour avant qu'elle ne soit cassée ou suspendue — Dans la présente affaire, les appelants ont non seulement brimé le droit de leur Première Nation et lui ont causé un préjudice, mais ils ont aussi tenté de miner ceux du membre de cette nation qui a demandé l'intervention de la Cour fédérale — La Cour fédérale avait raison de conclure à un outrage flagrant et répété puisque les appelants avaient eu plusieurs occasions de réfléchir à cette question — Le chef Simon savait bien qu'il pouvait perdre devant la Cour fédérale en 2017, et il avait un « plan d'action » — Il était définitivement la tête dirigeante dans la prise de décisions suite au jugement de 2017 — Compte tenu de sa position voulant que le droit à l'autodétermination lui permettait de contrevenir à un jugement de la Cour fédérale, laquelle pouvait influencer d'autres bandes ainsi que les appelants, l'amende à son encontre n'était pas injuste bien qu'elle était élevée — De la même façon, il n'était pas manifestement non indiqué d'établir l'amende applicable aux autres appelants à un montant équivalent à la moitié de l'amende imposée au chef — Ceci tenait compte de leur niveau de responsabilité — Quant à une des appelantes dans cette affaire, il existait des circonstances exceptionnelles justifiant l'intervention de la Cour pour lui offrir une manière alternative de s'acquitter de l'amende imposée, ce qui a été fait — Appel rejeté sauf quant à une des appelantes.

SIMON C. BACON ST-ONGE (A-258-19, 2023 CAF 1, juge Gauthier, J.C.A., motifs du jugement en date du 4 janvier 2023, 22 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-7]

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS*Sujet connexe: Droit administratif*

Demandes réunies présentées par la commissaire à l'information pour le compte des demandeurs (Patrick Cain, Molly Hayes) en application du paragraphe 41(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (Loi), pour contester le refus de Santé Canada de communiquer des parties des codes postaux et des noms de villes associés à des permis de culture de marijuana à des fins médicales — Les codes postaux canadiens sont formés de six caractères divisés en deux groupes de trois : les trois premiers caractères représentent la région de tri d'acheminement (RTA), laquelle désigne les grandes divisions géographiques dans les milieux urbains et ruraux; les trois derniers caractères représentent l'unité de distribution locale, qui désigne les zones de livraison plus petites dans la RTA — M^{me} Hayes, en août, et M. Cain, en octobre 2017, ont présenté à Santé Canada une demande d'accès à l'information pour obtenir une liste des adresses et les trois premiers caractères des codes postaux d'opérations de culture à des fins personnelles et de producteurs de cannabis à des fins médicales détenteurs d'un permis — Les renseignements demandés ont été obtenus par Santé Canada en vertu du régime du *Règlement sur l'accès au cannabis à des fins médicales*, DORS/2016-230 — Ce régime a été remplacé par la *Loi sur le cannabis*, L.C. 2018, ch. 16, et le *Règlement sur le cannabis*, DORS/2018-144 — En ce qui concerne la demande de M^{me} Hayes, la Division de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (AIPRP) de Santé Canada a conclu que la plupart des renseignements étaient des renseignements personnels et qu'ils ne pouvaient donc pas être communiqués en application de l'article 19 de la Loi — La Division de l'AIPRP a prélevé certaines parties du document et elle n'a communiqué que les noms des provinces — La commissaire à l'information a convenu avec Santé Canada que l'exemption prévue au paragraphe 19(1) concernant les renseignements personnels s'appliquait aux numéros de voirie, aux noms de rue et aux trois derniers caractères des codes postaux — Toutefois, la commissaire a demandé à Santé Canada de déterminer si d'autres parties des codes postaux et les noms des villes pouvaient être communiqués — Santé Canada a par la suite accepté de divulguer le premier caractère du code postal, mais a refusé de communiquer tout autre renseignement, affirmant qu'il s'agissait de « renseignements personnels » — Santé Canada a également affirmé qu'il était

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Suite

déraisonnable de l'obliger à analyser chaque RTA séparément pour déterminer le risque de réidentification — La commissaire à l'information n'était pas convaincue que le risque d'identification découlait de la communication des noms de ville ou des RTA pour les régions plus peuplées — En outre, elle n'était pas d'accord avec l'affirmation de Santé Canada selon laquelle il n'était pas raisonnable de lui demander d'analyser chaque RTA pour déterminer laquelle pouvait être communiquée — En ce qui concerne la demande de M. Cain, Santé Canada a refusé de communiquer les deuxième et troisième caractères des RTA en application du paragraphe 19(1) de la Loi — La commissaire à l'information a conclu que le refus général de Santé Canada de communiquer plus de renseignements n'était pas justifié, car le risque de réidentification des personnes désignées ne satisfaisait pas au critère juridique — En réponse aux rapports de la commissaire à l'information sur les plaintes, Santé Canada a maintenu sa position selon laquelle les RTA et les noms des villes étaient des renseignements personnels et qu'ils étaient exemptés de la communication — Il a affirmé qu'en raison du risque d'identification, les renseignements tombaient sous le coup de la définition de « renseignements personnels » — Il s'agissait d'abord de savoir si le ministre de la Santé intimé était autorisé à refuser la communication des documents en cause en vertu du paragraphe 19(1) parce qu'ils constituent des renseignements personnels — Il s'agissait ensuite de savoir si le ministre a refusé à juste titre de prélever d'autres parties des documents en vertu de l'article 25 de la Loi — En ce qui concerne la norme de contrôle applicable à l'égard de la première question, le droit est clair : en vertu de l'article 41 de la Loi, le recours en révision est entendu *de novo* — En ce qui concerne la deuxième question, compte tenu de l'arrêt *Merck Frosst Canada Ltd. c. Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, [2012] 1 R.C.S. 23, la question de savoir combien d'efforts doivent être déployés pour respecter l'obligation de prélèvement prévue à l'article 25 devrait être traitée dans le cadre du recours en révision *de novo* plutôt que comme une décision discrétionnaire — En l'espèce, il s'agissait de savoir si les deuxième et troisième caractères des RTA dont la population est plus nombreuse et les noms des villes étaient protégés contre la communication en raison de la « forte possibilité » que ces données puissent être couplées à d'autres renseignements pour identifier certaines personnes — Se rapporte à cette question l'approche appropriée pour évaluer les risques en ce qui concerne les « ensembles de données structurées » et la méthodologie utilisée pour évaluer ces risques — Le critère de la « forte possibilité » énoncé dans l'arrêt *Gordon c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CF 258, [2008] 3 R.C.F. F-5, est le critère qui doit guider l'analyse — La communication du deuxième ou du troisième caractère de la RTA et des noms des villes crée une forte possibilité de réidentification — Ces renseignements entrent donc dans la définition de renseignements personnels concernant un individu identifiable — La communication de renseignements sur l'état de santé d'une personne a des conséquences particulièrement dévastatrices — Les risques de communication de renseignements à ce point intimes doivent être réduits autant que possible — La preuve a démontré une communication progressive de plus de renseignements sur les permis de marijuana à des fins médicales et de détails sur les personnes qui les ont obtenus, y compris l'état de santé, l'année de naissance, le sexe, le type de permis délivré et la posologie — La question était de savoir s'il était fort possible que les données puissent être combinées pour identifier certaines personnes — Les ensembles de données étaient suffisamment comparables pour servir de fondement à l'évaluation du risque qu'une mosaïque de renseignements puisse être assemblée — Le fait que les ensembles de données ne soient pas exactement comparables n'empêchait pas un utilisateur motivé de chercher à identifier une personne détenant un permis de production à des fins personnelles ou un producteur désigné dans le cadre du régime de délivrance de licences de marijuana à des fins médicales — En entreprenant une révision *de novo*, la Cour est tenue de tenir compte des développements plus récents qui sont pertinents relativement à la tâche à accomplir — La cour qui effectue une révision *de novo* du refus de communiquer un document doit tenir compte de tout changement pertinent survenu entre la date du refus et la date de l'audition de l'affaire — L'arrêt *Ontario (Sécurité communautaire et Services correctionnels c. Ontario (Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée)*, 2014 CSC 31, [2014] 1 R.C.S. 674, n'appuyait pas la proposition plus générale selon laquelle les seuils de population conviennent à la gestion des risques liés à la protection des renseignements personnels — Le rapport de l'expert était très pertinent et convaincant en ce qui concerne les risques associés à la communication des deuxième et troisième caractères des RTA et des noms de villes — La communication du premier caractère seulement pose un risque beaucoup plus faible — Quant à savoir si le ministre a refusé à juste titre de prélever davantage de parties des documents en vertu de l'article 25 de la Loi, il s'agissait de savoir principalement si Santé Canada aurait dû faire plus d'efforts pour respecter les obligations qui lui étaient imposées par l'article 25 — Le renvoi dans la version française de l'article 25 à des « problèmes sérieux » n'établit pas une norme différente et plus rigoureuse que la version anglaise — Ce n'est que lorsque les efforts consacrés à la communication sont disproportionnés par rapport à la qualité de l'accès que cette communication devient déraisonnable — Le critère tiré de l'arrêt *Merck Frosst* était applicable dans la présente affaire — Pour déterminer si l'effort est raisonnablement proportionnel à la qualité de l'accès, il faut souligner deux points : 1) la nature délicate des renseignements permettait de penser que l'option présentant le risque le plus faible devrait être adoptée; 2) l'emplacement de la plupart des licences en général ayant été révélé, se posait la question de savoir si rétrécir davantage le champ visuel apporterait des avantages importants — Imposer une telle exigence à Santé Canada, dans le contexte de faits particuliers de l'affaire, allait au-delà de ce que l'article 25 exige — Santé Canada n'était pas tenu d'effectuer d'autres prélèvements pour s'acquitter de ses obligations de communication prévues à

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS—Fin

l'article 25 — En conclusion, les risques pour la vie privée découlant de toute autre communication de documents étaient tout simplement trop importants — La preuve poussait à conclure que le fait d'exiger de Santé Canada qu'il entreprenne une analyse des risques pour chaque RTA séparément lui imposerait un fardeau disproportionné par rapport à la qualité de l'accès supplémentaire qu'il fournirait — Demandes rejetées.

CAIN C. CANADA (SANTÉ) (T-645-20, T-641-20, T-637-20, 2023 CF 55, juge Pentney, motifs publics modifiés du jugement en date du 25 janvier 2023, 73 p.) [Première parution : [2022] 2 R.C.F. F-9]

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